

Recht im digitalen Zeitalter

Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen



# Recht im digitalen Zeitalter

**Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015  
in St. Gallen**

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Abteilung  
der Universität St. Gallen von

Lukas Gschwend  
Peter Hettich  
Markus Müller-Chen  
Benjamin Schindler  
Isabelle Wildhaber



Das Kunstwerk auf dem Umschlagbild stammt von Felice Varini «Dix disques évidés plus neuf moitiés et deux quarts», 2014, Acryl und Folien. Es befindet sich im Bibliotheksgebäude der Universität St. Gallen.

Abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des Künstlers. Das Copyright liegt bei Felice Varini und der Universität St. Gallen (HSG).

Fotografie: Hannes Thalmann

Bibliografische Information der «Deutschen Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015  
ISBN 978-3-03751-708-6

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

# Vorwort

Dem Schweizerischen Juristenverein kommt das Verdienst zu, seit über 150 Jahren mit dem jährlich stattfindenden Juristentag aktuelle juristische Fragestellungen von grundlegender Bedeutung aufzugreifen und zu vertiefen. Wird der Juristentag in einer Universitätsstadt durchgeführt, so gehört es zur schönen Tradition, dass die jeweilige juristische Fakultät als Willkommensgruss eine Festschrift überreicht. Die vergleichsweise junge Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen wünscht dem Juristenverein, dass die älteste Bücherstadt der Schweiz der richtige Ort sei, um die Herausforderungen der Digitalisierung für das Recht in anregender Atmosphäre zu diskutieren.

Im Versuch der Regelung von Lebenssachverhalten formt das Recht seit jeher Institute aus, von denen es wiederum rückkoppelnd beeinflusst wird. Nicht unvermutet verändert das Recht daher die sich durch Digitalisierung kontinuierlich transformierende Realität, kann sich selbst der Digitalisierung aber auch nicht entziehen. Die Digitalisierung verändert dabei nicht nur die Formen des Rechtsverkehrs, sondern die Substanz des Rechts an sich. Betroffen von Digitalisierungsvorgängen sind damit neben dem materiellen Recht und dem Verfahrensrecht auch die Arbeit des Rechtsforschers und Rechtspraktikers sowie die rechtswissenschaftliche Ausbildung. Als Lebensvorgang perforiert und überwindet die Digitalisierung dogmatische Grenzen, was die aus verschiedensten Rechtsgebieten stammenden Beiträge dieser Festschrift deutlich veranschaulichen. Gleichsam stehen diese Beiträge auch für die Diversität der Dozierenden der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität St. Gallen und die Vielfalt ihrer Forschungsfragen.

Die vielen facettenreichen Beiträge haben der Herausgeberschaft die Festlegung einer systematischen Ordnung nicht leicht gemacht. Sie hat sich schliesslich für eine Reihung der Beiträge nach Rechtsgebieten entschieden, im Wissen darum, dass diese Ordnung weder die perfekte noch einzig mögliche darstellt.

Die Rechtswissenschaftliche Abteilung ist allen, die einen Beitrag zu dieser Festgabe geleistet haben und damit ihre Verbundenheit mit der Universität St. Gallen zum Ausdruck bringen, zu grossem Dank verpflichtet.

Gedankt sei an dieser Stelle besonders Frau Fiona Savary, die im Bereich des Informationsrechts promovieren wird und diese Festgabe daher kompetent betreuen konnte. Frau Anita Samyn hat vor allem zu Beginn das Projekt koordiniert und so zu dessen erfolgreichem Abschluss beigetragen. Die an ihn gestellten, hohen Erwartungen vollumfänglich erfüllt hat auch Bénon Eugster vom Dike Verlag, der für die Druck-

legung und rechtzeitige Fertigstellung der Festgabe besorgt war. Danken möchten wir sodann dem Rektorat der Universität St. Gallen für die grosszügige finanzielle Unterstützung dieses Projekts.

St. Gallen, im Juni 2015

Für die Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen

*Lukas Gschwend*

*Peter Hettich*

*Markus Müller-Chen*

*Benjamin Schindler*

*Isabelle Wildhaber*

# Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Autoren	XIII
<i>Lukas Gschwend / Roland Kley</i>	1
<b>Rechtswissenschaft an der Universität St. Gallen</b> Von den Anfängen bis heute	
<b>Grundlagen</b>	
<i>Herbert Burkert / Peter Hettich / Florent Thouvenin</i>	49
<b>Eine kritische Geschichte des Informationsrechts</b> Erlebte, bevorstehende und versäumte Paradigmenwechsel	
<i>Jacqueline Gasser-Beck / Vito Roberto / Roman Schister</i>	73
<b>Rechtswissenschaftliche Lehre im digitalen Zeitalter</b>	
<i>Urs Gasser / Jens Drolshammer</i>	83
<b>The Brave New World of (Swiss) Law</b> Contours of a Framework and Call for a Strategy to Shape Law's Digital Revolution	
<i>Alois Riklin</i>	107
<b>Demokratische Erfindungen</b>	
<i>Matthias Schwaibold</i>	119
<b>Geschichtskorrektur</b> Allmachtsansprüche des Rechts der Gegenwart	
<i>Caroline Walser Kessel</i>	145
<b>Visualisierung des Rechts im digitalen Zeitalter</b> Wie Kinder und Jugendliche zu Rechtsinformationen gelangen	

## **Wirtschaftsrecht**

*Urs Bertschinger* 167

### **Aktienrecht im digitalen Zeitalter**

*Sabine Kilgus* 203

### **IT: Das immer wieder neue Risiko im Finanzmarktrecht**

Dimensionen der digitalen Revolution

*Brigitta Kratz* 225

### **Die Energiewirtschaft wird digital**

Überlegungen zu Smart Grids aus regulatorischer Sicht

*Roland Müller* 249

### **Verwaltungsrat im digitalen Zeitalter**

*Fiona Savary* 273

### **Regulierung von Internetplattformen**

Anwendbarkeit und Grenzen heutiger Regulierungsansätze

*Leo Staub* 293

### **Disruptive Technologies Call for New Business Models in the Market for Legal Services**

*Thomas Werlen / Jonas Hertner* 315

### **Crowdfunding nach Schweizer Art**

Rückbesinnung auf die Prinzipien der Kapitalmarktregulierung

## **Vertragsrecht**

*Andreas Furrer* 333

### **Auf dem Weg zu elektronischen Wertpapieren**

Stand der Entwicklung in den einzelnen Transportmodalitäten

*Thomas Geiser* 373

### **Darf die Arbeitgeberin den Bewerber googeln?**

*Caroline Kirchschräger* 387

**Zumutbare Kenntnisnahme von Online-AGB**

Reflexionen ausgehend von BGE 139 III 345 ff.

*Isabelle Wildhaber / Silvio Hänsenberger* 399

**Kündigung wegen Nutzung von Social Media**

Wenn Arbeit und Privatleben kollidieren

**Internationales, europäisches und transnationales Recht**

*Patricia Egli* 433

**Informationsfreiheit und Privatsphäre**

Unter besonderer Berücksichtigung der Tromsø-Konvention des Europarates über den Zugang zu amtlichen Dokumenten

*Bardo Fassbender* 449

**Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von «Völkerrecht und Landesrecht» im späten 19. Jahrhundert**

*Myriam Senn* 471

**Digitales Recht zwischen privatem und staatlichem Recht**

*Franz Zeller* 483

**Wegweiser im digitalen Dickicht?**

Strassburger Vorgaben zur öffentlichen Online-Kommunikation

**Öffentliches Recht**

*Ulrich Cavelti* 509

**Von der Weihnachtsgeschichte zu den E-Taxes – eine Zeitreise der Steuererklärung**

*Christoph Errass* 521

**Internetbasierte Chemikalienwissensdistribution im Rahmen der REACH-Verordnung**

*Lucien Müller* 541

**«Eigenverantwortung» am Beispiel der privaten Internetnutzung**

Verfassungsrechtliche Aspekte

*Raoul Stocker* 571

**Herausforderungen bei der Gewinnbesteuerung von Unternehmen in der digitalen Wirtschaft**

*Jan Scheffler / Benedikt van Spyk* 587

**Rechtsverbindliche Publikation von Erlassen im Internet**

Grundlagen und aktuelle Entwicklungen

**Strafrecht**

*Marc Forster* 615

**Marksteine der Bundesgerichtspraxis zur strafprozessualen Überwachung des digitalen Fernmeldeverkehrs**

Probleme der grenzüberschreitenden Strafverfolgung bei Delikten über soziale Netzwerke und den mobilen Internetverkehr

*Thomas Hansjakob* 637

**Einsatz von GovWare in der Strafverfolgung**

Zu Notwendigkeit und Anwendungsbereich von Art. 269<sup>ter</sup> StPO

*Othmar Strasser* 653

**Elektronische Aktenevidenz von Banken an Strafuntersuchungsbehörden**

**Verfahrens- und Gerichtsorganisationsrecht**

*Beat Brändli* 685

**Digitale Revolution und die einhergehende prozessuale Beweisproblematik**

<i>Martin Kaufmann</i>	703
<b>E-Evidence in der Schweiz</b>	
Ein US-amerikanischer Fall, übertragen auf schweizerische Verhältnisse	
<i>Tabea Lorenz / Markus Müller-Chen</i>	725
<b>Per Mausclick zum Gerichtsstand</b>	
Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr	
<i>Benjamin Schindler</i>	741
<b>Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter</b>	
<i>Meinrad Vetter / Daniel Peyer</i>	759
<b>Bekannte Tatsachen – unter besonderer Berücksichtigung des Internets</b>	
Eine zivilprozessuale Analyse	



# Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

## ***Bertschinger Urs***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen

## ***Brändli Beat***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St. Gallen

## ***Burkert Herbert***

Dr. iur., Titularprofessor i.R. für Öffentliches Recht, insbesondere Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität St. Gallen

## ***Cavelti Ulrich***

Dr. iur., Titularprofessor i.R. für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, ehem. Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen

## ***Drolshammer Jens***

Dr. iur., M.C.L., Rechtsanwalt, Titularprofessor i.R. für Angloamerikanisches Recht sowie Rechtsgeschäftsplanung und -gestaltung an der Universität St. Gallen

## ***Egli Patricia***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität St. Gallen, Ersatzrichterin am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

## ***Errass Christoph***

Dr. iur., Advokat, Titularprofessor für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, Gerichtsschreiber am Schweizerischen Bundesgericht

## ***Fassbender Bardo***

Dr. iur., LL.M., Professor für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

## ***Forster Marc***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität St. Gallen, wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht

## ***Furrer Andreas***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht an der Universität Luzern, Privatdozent für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen

***Gasser-Beck Jaqueline***

lic. iur., eMBA HSG, Geschäftsführerin Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG)

***Gasser Urs***

Dr. iur., LL.M., Professor of Practice, Harvard Law School

***Geiser Thomas***

Dr. iur., Professor für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen, nebenamtlicher Bundesrichter

***Gschwend Lukas***

Dr. iur., Professor für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

***Hänsenberger Silvio***

M.A. HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, wissenschaftlicher Assistent des Profilbereichs Unternehmen – Recht, Innovation, Risiko an der Universität St. Gallen

***Hansjakob Thomas***

Dr. iur. et lic. oec., Lehrbeauftragter für Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Erster Staatsanwalt des Kantons St. Gallen

***Hertner Jonas***

MLaw, Doktorand bei PD Dr. Thomas Werlen an der Universität St. Gallen

***Hettich Peter***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Berücksichtigung des Bau-, Planungs- und Umweltrechts an der Universität St. Gallen

***Kaufmann Martin***

Dr. iur., Honorarprofessor für Zivilverfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Vizepräsident des Kreisgerichts See-Gaster

***Kilgus Sabine***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Titularprofessorin für Privat- und Wirtschaftsrecht, insbesondere Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen, Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht, insbesondere Finanzmarktrecht an der Universität Zürich

***Kirchschläger Caroline***

Dr. iur., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte für Privatrecht an der Universität St. Gallen, Ersatzrichterin am Kantons- und Handelsgericht St. Gallen

***Kley Roland***

Dr. rer. publ., D. Phil., Professor für Politikwissenschaft mit besonderer Berücksichtigung der Internationalen Beziehungen an der Universität St. Gallen

***Kratz Brigitta***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte für Privatrecht an der Universität St. Gallen, Dozentin für Energierecht an der ZHAW, Vizepräsidentin Eidg. Elektrizitätskommission ECom

***Lorenz Tabea***

M.A. HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Müller-Chen an der Universität St. Gallen

***Müller Lucien***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen

***Müller Roland***

Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Luftfahrtrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Arbeitsrecht an der Universität Bern

***Müller-Chen Markus***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor für Privatrecht, Internationales Privat- und Handelsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen

***Peyer Daniel***

lic. iur., Advokat, Ersatzrichter und Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Aargau

***Riklin Alois***

Dr. iur., Professor i.R. für Politikwissenschaft an der Universität St. Gallen

***Roberto Vito***

Dr. iur., LL.M., Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen

***Savary Fiona***

M.A. HSG in Rechtswissenschaft, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics der Universität St. Gallen

***Scheffler Jan***

Dr. rer. publ. et M.A. HSG, Stv. Leiter Recht und Legistik des Kantons St. Gallen

***Schindler Benjamin***

Dr. iur., MJur, Rechtsanwalt, Professor für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

***Schister Roman***

B.A. HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen

***Schwaibold Matthias***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Informations- und Medienrecht an der Universität St. Gallen

***Senn Myriam***

Dr. rer. publ., LL.M., Privatdozentin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen

***Staub Leo***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen

***Stocker Raoul***

Dr. iur. HSG, lic. rer. pol., dipl. Steuerexperte, Lehrbeauftragter für Steuerrecht und Transferpricing

***Strasser Othmar***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Richter am Handelsgericht Zürich

***Thouvenin Florent***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor (tenure track) für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

***van Spyk Benedikt***

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Bundesstaatsrecht an der Universität St. Gallen, Vizestaatssekretär und Leiter Recht und Legistik des Kantons St. Gallen

***Vetter Meinrad***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St. Gallen, Oberrichter, Vizepräsident des Handelsgerichts des Kantons Aargau

***Walser Kessel Caroline***

Dr. iur., Rechtsanwältin, Lehrbeauftragte für Privatrecht an der Universität St. Gallen

***Werlen Thomas***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Finanz- und Kapitalmarktrecht an der Universität St. Gallen

***Wildhaber Isabelle***

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts an der Universität St. Gallen

***Zeller Franz***

Dr. iur., Lehrbeauftragter für Öffentliches Medienrecht an den Universitäten St. Gallen, Bern und Basel, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bundesamt für Kommunikation



# Eine kritische Geschichte des Informationsrechts

## Erlebte, bevorstehende und versäumte Paradigmenwechsel im Recht zufolge Digitalisierung

HERBERT BURKERT / PETER HETTICH / FLORENT THOUVENIN

### Inhaltsübersicht

I.	Überblick	49
II.	Skizze 1 – Die Privatsphäre	51
III.	Skizze 2 – Das Urheberrecht	57
IV.	Skizze 3 – Das Archiv	69

## I. Überblick

Informationsrecht – in der Sicht der Autoren – ist zunächst vor allem Eines: Der rechtliche Blick auf den Umgang mit Information unabhängig vom Trägermedium. Gleichzeitig können die Autoren nicht leugnen, dass die Aufmerksamkeit, die dieser Vorgehensweise heute entgegengebracht wird, den konkreten Entwicklungen und der gesellschaftlichen Bedeutung der Informationstechnologie zu verdanken ist.

Hinter diesem Gegensatz steht ein grundsätzliches Problem von technologienahem Recht: Es erörtert die Wirksamkeit bestehender Rechtsnormen angesichts der technologischen Veränderungen. Dabei blickt es zum einen auf die jeweiligen Erscheinungsweisen, die gesellschaftliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen und sucht zugleich in den bestehenden Regelungen die konkreten Technologiewahrnehmungen auf, die diese mitgeformt zu haben scheinen. Die beständigen Veränderungen der Erscheinungsformen der Informationstechnologie erfordern aber immer neue Erörterungen – anschaulich zu verfolgen etwa beim Datenschutzrecht, aber auch im Urheberrecht sowie bei der Regelung von Archiven.

Anpassungen im Rechtssystem haben ihre eigene Systemzeit. Das Recht, so der klassische (und wohl nicht ganz unberechtigte<sup>1</sup>) Vorwurf, hinkt nach. Dem sucht man durch technologieneutrale Regelungen zu begegnen – etwa durch die Grundprinzi-

---

<sup>1</sup> Siehe z.B. HETTICH PETER, Kooperative Risikovorsorge – regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil. St. Gallen, Zürich 2014, Rz. 418 in Bezug auf den Blick des Gesetzgebers auf vergangene Risiken für Regulierungen, die an sich zeitbeständig sein sollten.

pien im Datenschutzrecht oder durch die Regelung von abstrakt verfassten Nutzungsrechten und Schranken im Urheberrecht. Technologieneutralität verfolgt dabei keinen Selbstzweck und ist auch kein Ziel für sich, sondern vielmehr ein Instrument zur Erreichung bestimmter Ziele, namentlich zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Rechts in einem technologisch dynamischen Umfeld. Technologieneutrales Recht verliert jedoch an Anschaulichkeit und Akzeptanz, wenn es zu vieler Abstraktionsschritte bedarf, um seine Anwendbarkeit schlüssig erscheinen zu lassen. Trotz technologie-neutraler Ausgestaltung der Regelung ist es denn auch immer die konkrete Erfahrung mit einer bestimmten Technologie, die rechtspolitisch bewältigt werden will. Dem versucht man etwa im Datenschutzrecht mit einer Aufspaltung in ein allgemeines (beständigeres) Datenschutzrecht und in bereichsspezifische, dynamisch verstandene Regelungen zu begegnen, was die Spannungen dann in das Datenschutzrecht verlagert. Im Urheberrecht wird dagegen bis heute am Prinzip festgehalten, nach dem alle Werke – unter Einschluss der Computerprogramme – einem grundsätzlich einheitlichen rechtlichen Regime zu unterwerfen sind; und dies, obwohl längst erkannt ist, dass sich der Ansatz *«one size fits all»* eigentlich (auch) im Urheberrecht nicht halten lässt.

Man kann das Dilemma des technologienahen Rechts aber auch als Chance begreifen: Der Moment, in dem die eingangs formulierte Frage nach der Wirksamkeit bestehender Rechtsnormen angesichts technologischer Veränderungen gestellt wird, kann als Moment genutzt werden, die Fragestellungen zu erweitern: Es muss natürlich erörtert werden, wie sich die hinter den bestehenden Regeln stehende *policy*, namentlich also die Ziele, Grundentscheide und Wertvorstellungen, angesichts der Veränderung erhalten lässt. Aber es kann auch erörtert werden, ob mit der technologischen Entwicklung Werteveränderungen einhergehen, die mit der Neuregelung aufgegriffen werden und einen eigentlichen Paradigmenwechsel herbeiführen sollten. Die zweite Alternative wird gelegentlich daraufhin verkürzt, als ginge es darum, die einzelnen Menschen und die Gesellschaft an die Technik anzupassen. Zu erörtern wäre jedoch gerade in solchen Zusammenhängen, ob es nicht eher um Akzentverschiebungen zwischen anerkannten Werten geht, denn um eigentliche Wertumkehrungen. Anerkannte Werte könnten im Vergleich zu anderen nunmehr eine höhere Aufmerksamkeit und bessere Verwirklichungschancen bekommen. Auszuhandeln ist das dann im Einzelnen im rechtspolitischen Prozess.

Die entscheidende Weichenstellung zwischen diesen Alternativen in der öffentlichen Regulierungsdiskussion wird vor allem durch die Art und Weise vorgenommen, in der das Neue bildhaft gemacht wird. Zum Verständnis des Neuen wird es mit alten Bildern verknüpft, für die der Wertbezug gesichert erscheint. Speziell für den Bereich des rechtlich-bildhaften Verstehens (und Gestaltens) der Veränderungen durch Informationstechnologie hat FROOMKIN bereits vor zwanzig Jahren auf die Bedeutung der Wahl

der Metaphern hingewiesen<sup>2</sup>, wobei er selbst eine für die amerikanische Diskussion und die damalige Zeit typische Metapher gebrauchte: Der «Cyberspace» sei ein sich allmählich besiedelnder Raum, dessen Zukunft davon abhängt, mit welchen Landschaftsbildern die Siedler seine Gestaltung bestimmen würden<sup>3</sup>.

Die Wahl der Metapher – oder genauer: die Herausbildung von Metaphern in der rechtspolitischen Diskussion – macht nicht nur diffuse Wahrnehmungen des Neuen konkreter, die Wahl der Metaphern lenkt durch den Wertbezug der gewählten Bilder auch die weitere Gestaltung der rechtlichen Lösungen, sei es durch (richterliche) Interpretation und/oder (gesetzgeberische) Neugestaltung.

Im Folgenden werden die drei Autoren mit Skizzen aus drei Bereichen des Informatonstechnologierechts – dem Schutz der Privatsphäre, dem Urheberrecht und der Regelung von Archiven – die Gestaltungswirkung solcher Metaphern nachzeichnen, und dabei erörtern, in welchem Masse es nach ihrer Ansicht gelang oder vielleicht noch gelingen kann, das essentiell Neue in der Veränderung zu erschliessen und sich dessen alternative Wertpotentiale zu erhalten.

## II. Skizze 1 – Die Privatsphäre

Es waren zumeist konkrete Anlässe, die eine rechtspolitische Reaktion erforderten: Verwaltungen überschätzten informationelle Steuerungsmöglichkeiten und Rationalisierungsgewinne der – wie es damals noch hiess – elektronischen Datenverarbeitung. Dem amerikanischen Planbarkeitsoptimismus der Kennedy- und Johnson-Administrationen in den USA in den 1960er Jahren folgend setzte man in Westeuropa Hoffnungen auf Grossdatenbanken und deren Vernetzung. Politisch unsensible Benennungen solcher Vorhaben zu Beginn der 1970er Jahre taten ihr Übriges: «PKZ» etwa für die vorgesehene Einführung eines allgemeinen Personenkennzeichens in Deutschland<sup>4</sup> oder SAFARI (Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus) für ein ähnliches Projekt der französischen Verwaltung führten zu starken Reaktionen in der Öffentlichkeit.

---

<sup>2</sup> FROMKIN A. MICHAEL, Metaphor is the Key: Cryptography, the Clipper Chip, and the Constitution, in: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 143 (1995) Nr. 3, S. 709 ff.

<sup>3</sup> Was er dann in der Folge ausführt: FROMKIN (Fn. 2), S. 718.

<sup>4</sup> Zur Geschichte des Personenkennzeichens mit weiteren Nachweisen: MALLMANN CHRISTOPH, Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen: Zur Verhältnismässigkeit des Austausches von Individualinformationen in der normvollziehenden Verwaltung – Rechtstheorie und Informationsrecht, München/Wien 1976, S. 18 ff.

Der Gesetzgeber des deutschen Bundeslandes Hessen reagierte als erster Gesetzgeber überhaupt 1970 mit einem Datenschutzgesetz<sup>5</sup>, um «nachteiligen Auswirkungen des Einsatzes der elektronischen Datenverarbeitung in Regierung und Verwaltung vorzubeugen.»<sup>6</sup> (Wie erinnerlich: Ein deutsches Bundesgesetz folgte erst 1977, das französische 1978. Das eidgenössische Bundesgesetz wurde 1992 verabschiedet. Die EU-Datenschutzrichtlinie kam erst 1995 – so viel zur «Erfolgsgeschichte» des europäischen Datenschutzes).

Als geeigneten verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt sah man die «Privatsphäre des Bürgers»<sup>7</sup>. Auch in der Schweiz wurde ein öffentliches Ärgernis zumindest zu einem «Verabschiedungsimpuls»: Die sogenannte «Fichenaffäre» und der daraus resultierende Untersuchungsbericht einer parlamentarischen Untersuchungskommission.<sup>8</sup> Und auch in der Schweiz war letztlich – wegen der damals noch spezifischen Grundrechtssituation – der aus dem ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit und Art. 8 EMRK abgeleitete Schutz der Privatsphäre<sup>9</sup> der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt.

Diese Anknüpfung hatte verschiedene Vorteile: Privatsphäre war ein Begriff, der sich an unterschiedliche Bedrohungsformen anpassen liess; für die Privatsphäre war vor allem durch die Rechtsprechung des EGMR hinreichend sichergestellt, dass der Gesetzgeber sich nicht auf blosser Abwehrfunktionen beschränken musste, sondern auch positiv tätig werden konnte. Damit eng verbunden<sup>10</sup> war die Möglichkeit des Gesetzgebers über geeignete Konstruktionen («Drittwirkung»/«Horizontale Wirkung») auch in den privaten Bereich regelnd einzugreifen, wenn auch von dieser Möglichkeit erst verhältnismässig spät und nur unter grossen regulatorischen Schmerzen Gebrauch gemacht wurde.

Diese flexible Verwendbarkeit der «Privatsphäre» hatte jedoch ihre Kosten: Der Begriff schien zwar kasuistisch hinreichend konturiert für die juristische Auseinandersetzung, für eine politische Befriedungswirkung zur Technologieakzeptanz blieb der Begriff jedoch aufgrund seiner letztlich individualpsychologischen Rückbindung zu diffus.

---

<sup>5</sup> Landesdatenschutzgesetz für das Land Hessen vom 7.10.1970.

<sup>6</sup> Hessischer Landtag, 6. Wahlperiode, Drucksache Nr. 3065, Vorlage der Landesregierung betreffend den Entwurf für ein Datenschutzgesetz, Wiesbaden 1970, S. 7.

<sup>7</sup> Hessischer Landtag (Fn. 6), S. 7.

<sup>8</sup> Vorkommnisse im Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) – Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989.

<sup>9</sup> BREITENMOSEER STEPHAN/SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2014, Art. 13 BV Rz. 1; BGE 109 Ia 273 E. 4a S. 279 ff.

<sup>10</sup> Für die Schweiz: SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2014, Art. 35 BVRz. 52.

Eine Zäsur (SIMITIS) brachte das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes 1983.<sup>11</sup> Das informationelle Selbstbestimmungsrecht betonte noch stärker die schon angedachten aktiven Elemente des «Raumschutzes» der Privatsphäre.<sup>12</sup> Vor allem aber wird dieses Selbstbestimmungsrecht zum informationellen Kernelement des gesamten Grundrechtssystems: Prinzipiell jedes Grundrecht kann durch den Umgang des Staates oder Privater mit Informationen betroffen sein.<sup>13</sup> Der allgemeinen Grundrechtsdogmatik gemäss blieb das informationelle Selbstbestimmungsrecht aber eingebunden in das Allgemeininteresse. Die Auslegungs- und die rechtspolitischen Gestaltungsdiskussionen verlegten sich damit auf die Frage, unter welchen Bedingungen und mit welchen Abwägungsfolgen dieses Interesse als «überwiegend» anzusehen war.<sup>14</sup> An die Stelle der – um das Ganze positiv zu formulieren – Offenheit des Begriffes der Privatsphäre trat nun die Offenheit des Ausgangs dieser Abwägung. Begriffliche Anpassungen an die sich verändernden Erscheinungsformen der Informationstechnologie in den Datenschutzgesetzen suggerierten dabei zumindest Technologieverständnis, Wahrnehmungsfähigkeit und Offenheit der datenschutzrechtlichen Gesetzgeber; bereichsspezifisch zunehmend ausdifferenzierte Regelungen versuchten den omnipräsenten informationellen Grundrechtswirkungen auch in heterogenen Anwendungsfeldern gerecht zu bleiben. Zugleich aber wurden zentrale Elemente des auf Individualschutz bezogenen Konzeptes – wie etwa die Einwilligung und der Zweckbindungsgrundsatz – brüchig und liessen grundsätzlichere Probleme durchscheinen: Das Konzept der Einwilligung etwa wird angesichts faktischer Abhängigkeiten von zumindest annähernd monopolistischen Angeboten zunehmend bedeutungslos und als informierte Einwilligung angesichts der Komplexität von Vernetzungen nicht mehr darstellbar. Die Zweckbindung stand schon immer konträr zu den für die Technologie als essentiell angesehenen Potenzialen der Mehrfachverwertung (zu anfangs der Automation als «Einmalerfassung» angepriesen). Auch Zweckerkennung, die erst mit der Informationsverarbeitung entsteht (später bekannt als «Data Mining») und zuletzt als Versprechen von «Big Data») war zu rechtfertigen.

Das Ergebnis solcher Legitimationsbemühungen sind Zweckbestimmungen, die in der Lage sind, sich nachfolgenden Nutzungen wie eine flexible Schutzhülle anzupassen. Doch auch eine solche Kritik an einzelnen Apparaturen des Datenschutzes vernachlässigt letztlich die durch die verengende Anknüpfung an die Privatsphäre ausgesparten strukturellen Verwerfungen, die mit der gesellschaftlichen Durchdringung mit Informationstechnologie einhergehen.

---

<sup>11</sup> BVerfGE 65 S. 1 ff.

<sup>12</sup> Ausführlich dazu: MALLMANN (Fn. 4) S. 47 ff.

<sup>13</sup> SIMITIS SPIROS, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. Baden-Baden, Rz. 30 der Einleitung.

<sup>14</sup> SIMITIS (Fn. 13) Rz. 44 der Einleitung.

Vier solcher Veränderungen seien hier in dieser Skizze kurz beispielhaft benannt:

(1) der vermehrte, aber nicht hinreichend befriedigte Bedarf an institutioneller Ausdifferenzierung bei der Technologiebewältigung, (2) die signifikante Destabilisierung eines ohnehin stets labilen Gleichgewichts zwischen Informationstransparenz und Informationsschutz zulasten des Informationszugangs, (3) die sich verstärkenden Informationsasymmetrien und schliesslich (4) die Herausbildung und Monopolisierung von gesellschaftlicher Rekonstruktions- und Prognosemacht.

(1) Schon der hessische Erstgesetzgeber hatte die Notwendigkeit erkannt, dass die Generierung von Vertrauen in Informationstechnologie an zwei Faktoren gebunden war: Sachkompetenz und Unabhängigkeit. Um hier langfristig Wirkungen zu garantieren, war Institutionalisierung notwendig. Hierzu wurde die Datenschutzaufsicht geschaffen – es sei hier ein allgemeiner Begriff verwendet, im Bewusstsein nuancenreicher übernationaler, internationaler, nationaler und regionaler Ausprägungen. Kompetenz und Unabhängigkeit hatte sich diese Einrichtung nach innen wie nach aussen zu erwerben und blieb dabei zugleich in ihren konkreten Ausprägungen an historische Erfahrungen und verwaltungskulturelle Eigenheiten gebunden. Trotz dieser Rückbindungen an rechtliche und politische Traditionen bleibt diese Einrichtung ungewöhnlich: Die Befassungskompetenz zumindest ist oftmals weitreichend und geht auch gelegentlich über den blossen Bezug zu personenbezogenen Daten hinaus. Problematisch bleibt freilich eine Zuordnung zahlreicher, auch oft heterogener Aufgaben bei gleichzeitiger Sparsamkeit in der Zuweisung von Mitteln, solchen Aufgaben auch gerecht zu werden. Insbesondere die zeitige Einbindung in Planungsvorhaben der Exekutive aber auch der Legislative leidet unter dabei entstehenden Mittel-Ziel-Konflikten, sofern sich diese Gewalten solchen Einflüssen gegenüber überhaupt hinreichend öffnen.

(2) Die historische Genese der Datenschutzregelungen aus der Abwehr von Gefährdungen für eine «Sphäre» wirkte trotz der Dynamisierung durch das informationelle Selbstbestimmungsrecht weiter: Der Schutz der Privatsphäre wurde zu einem Argument, mit dem man sich scheinbar rechtlich neu legitimiert politischen Tendenzen widersetzen konnte, die eine Regelung des Zugangsrechtes zu Informationen der Verwaltung forderten oder die – wo diese schon bestanden – für eine Ausweitung solcher Rechte unter Berücksichtigung der neuen technologischen Möglichkeiten plädierten. Der deutsche Bundesgesetzgeber verabschiedete erst 2005 ein sogenanntes «Informationsfreiheitsgesetz», der eidgenössische Gesetzgeber immerhin schon 2004 das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung.<sup>15</sup> Inwieweit diese Regelungen in der Lage sind, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Informa-

---

<sup>15</sup> Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2004 (SR 152.3).

tionsansprüchen und Informationsschutz wiederherzustellen oder überhaupt erst zu begründen, ist umstritten; die Konflikte sind in den Jahresberichten der Aufsichtsinstanzen nachzulesen, die sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz – nicht zuletzt aus Gründen der Kostenersparnis – jeweils zum Datenschutz auch die Überwachung des Zugangs zu Informationen der Verwaltung zugewiesen bekommen haben und die dabei lernen mussten, auftretende Widersprüche zu verinnerlichen.<sup>16</sup> Von einer umfassenden, angemessen durchgestalteten und ausgewogenen Informationsordnung als in sich konsistente Antwort auf gesellschaftliche Veränderungen beim Umgang mit Informationen (Kommerzialisierung von Verwaltungsinformationen, Zugangsansprüche zu gesundheits-, umwelt- und verbraucherrelevanten Informationen bei Privaten, der Umgang mit Service Public Archiven und Informationen öffentlich geförderter Forschung um hier nur einige Beispiele solcher Veränderungen zu nennen) sind wir noch weit entfernt. Die Fixierung auf den Schutz der Privatsphäre hat für eine solche umfassende Sicht eher partikularisierend und blockierend gewirkt. Zumindest in der Literatur finden sich aber wenigstens Ansätze für eine umfassendere Betrachtung.<sup>17</sup>

(3) Ein weiteres Zeichen der Verwerfungen konnte ebenfalls schon dem hessischen Gesetz entnommen werden: Der hessische Gesetzgeber hatte von *generellen* nachteiligen Auswirkungen gesprochen, denen es vorzubeugen galt, und hatte in diesem Zusammenhang (auch) auf das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive hingewiesen. Das vom hessischen Gesetzgeber in diesem Zusammenhang zumindest erkannte Problem des Informationsungleichgewichts zwischen Exekutive und Legislative ist dann aber nur vereinzelt in Datenschutzregelungen aufgegriffen worden.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Hierzu anderer Ansicht: DIX ALEXANDER, Bedroht Datenschutz die Informationsfreiheit? Anmerkungen zu einem herausziehenden europäischen Konflikt, in: Johann Bizer/Bernd Lutterbeck/Joachim Rieß (Hrsg.), Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft, Freundesgabe für A. Büllsbach, Stuttgart 2002, S. 169 ff., abrufbar unter <[www.alfred-buellesbach.de](http://www.alfred-buellesbach.de)>, besucht am 20.4.2015.

<sup>17</sup> Vgl. etwa die Überlegungen in SCHOCH FRIEDRICH/KLOEPFER MICHAEL: Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE) – Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Beiträge zum Informationsrecht (BIR), 1. Band, Berlin 2002 und SCHOCH FRIEDRICH/KLOEPFER MICHAEL/GARSTKA HANSJÜRGEN, Archivgesetz (ArchG-ProfE) – Entwurf eines Archivgesetzes des Bundes, Beiträge zum Informationsrecht (BIR), 21. Band, Berlin 2007.

<sup>18</sup> Siehe etwa Saarländisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten (Saarländisches Datenschutzgesetz – SDSG) vom 24. März 1993 in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 2008 (Amtsbl. S. 293), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 18. Mai 2011 (Amtsbl. I S. 184), § 15.

Zum Teil finden sich verstreut auch verfassungsrechtliche Einzelbestimmungen<sup>19</sup> oder Bestimmungen in Verwaltungsorganisationsgesetzen.<sup>20</sup> Auch hier steht eine umfassende und systematische Problemerkennung und Ausgestaltung noch aus.

(4) Als vierte hier aufzuführende Entwicklung wird die durch die Konzentration auf die Privatsphäre weitgehend ausgesparte gesellschaftsbezogene Informationsverarbeitung zunehmend deutlich und problematisch: Diese Veränderungen ergeben sich nicht allein aus den blossen Aggregaten von individuellen «Personenbezügen». Dabei braucht man nicht einmal auf ständig wechselnde Marketingkonzepte und Technikenmoden (von «distributed processing» von damals bis hin zu den heute gebräuchlichen wie «Cloud» oder «Big Data») zu verweisen. Diese gesellschaftsbezogenen Eigenschaften der Technologie waren von Anfang an in der Technologie angelegt und entwickeln sich folgerichtig bis hin zu ihren noch nicht erreichten physikalischen Grenzen: die Spurenverhaftetheit von Kommunikationsbeziehungen, die Fähigkeit, Informationen in grösseren Mengen, in komplexeren Verknüpfungsprozessen in kürzerer Zeit mit sinkendem Energiebedarf und zu geringeren Kosten auf kleiner werdendem Raum mit ortsunabhängiger Verfügbarkeit verarbeiten zu können. Die Human-Informatik als Zusammenwachsen von Bioinformatik, Umweltinformatik, psychologischen und soziologischen Erkenntnissen und Gestaltungsmethoden zielt vor diesem Hintergrund unbeachtet von durchaus berechtigter Skepsis tendenziell jedenfalls auf eine immer langfristige, zunehmend frühzeitiger verfügbare und durch geringere Abweichungen gestörte Prognostik und auf langfristige Rekonstruktionsmöglichkeiten vergangener Prozesse und Ereignisse. Diese Entwicklungen werden über den Personenbezug hinaus – wie sich bereits bei genetischen Prognosen zeigt – gesamtgesellschaftliche Auswirkungen haben: Es gilt, sich damit auseinanderzusetzen, wer wann unter welchen Umständen mit welchen Kompensationen Vergangenheits- und Prognosewissen generieren und darüber ökonomisch und politisch verfügen kann.

Die Datenschutzdiskussion hat sich allein schon mit ihren Begriffen und dem gewählten Ausgangspunkt sehr früh verengt, wenn es auch gerade in der Anfangszeit – wie aufgezeigt – durchaus breitere Perspektiven gab. Auch fanden sich immer wieder Ansätze, sich von konzeptionellen Beschränkungen zu befreien – wie etwa in dem Volkszählungsurteil aufgezeigt. Letztlich aber teilte sich die Bewältigung der neuen Technologie in einen sich zunehmend verrechtlichenden Pfad des Individualschutzes und in eine teils allgemein, teils institutionell geführte Debatte um Technologiefolgen,

---

<sup>19</sup> Zum Beispiel: Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27. Mai 1992, geändert durch Gesetz vom 11. Juli 2013 (SächsGVBl. S. 502), Art. 50.

<sup>20</sup> Siehe: Gesetz über die Organisation der automatisierten Datenverarbeitung in Nordrhein-Westfalen (ADV-Organisationsgesetz – ADVG NW) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Januar 1985, §§ 2 und 3.

die zwar breiter angelegt war, aber (deshalb?) letztlich rechtlich – zumindest für die Fortentwicklung der Informationstechnologie weitgehend folgenlos blieb. Vielleicht gelingt es mit institutionellen Veränderungen bei den Aufsichtsinstanzen diese unterschiedlichen Bewältigungsstrategien enger zusammenzuführen. SIMITIS hatte formuliert: «Er [der Gesetzgeber; ergänzt durch die Verfasser] muss die Bedingungen für einen grundrechtskonformen Umgang mit personenbezogenen Daten verbindlich vorschreiben.»<sup>21</sup> Es wäre nun zu formulieren: «Der Gesetzgeber muss die Bedingungen für einen grundrechtskonformen und die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen sichernden Umgang mit Informationstechnologie verbindlich vorschreiben». Anzufügen bliebe noch, dass dies durch prozedurale oder inhaltliche Regelungen oder durch eine Verbindung von Verfahren und Inhaltsbestimmungen geschehen kann. Ein solcher Rahmen wäre der Ausgangspunkt eines verfassungsrechtlich abgesicherten, umfassenden Informationsrechts, das der notwendigen konzeptionellen Erweiterung von der Privatsphäre hin zur «Gesellschaftssphäre» Rechnung tragen könnte.

### III. Skizze 2 – Das Urheberrecht

Im Urheberrecht zeigen sich die eingangs skizzierten Treiber der Entwicklung des Informationsrechts<sup>22</sup> und die Bedeutung des rechtspolitischen Prozesses mit besonderer Deutlichkeit. Urheberrecht war und ist nicht nur ein Ausdruck der Anerkennung der schöpferischen Leistung eines Individuums und ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung, sondern – zumindest in seiner konkreten Ausgestaltung – immer auch eine Reaktion auf die (informations-)technische Entwicklung. Vom Buchdruck über die Fotografie bis zum Film, vom Aufkommen von Tageszeitungen, Radio und Fernsehen bis zum Internet und von der Schallplatte über die Ton- und Videokassetten, CDs und DVDs bis hin zur Speicherung aller möglichen Inhalte in der Cloud – stets haben technische Entwicklungen und die damit einhergehenden Veränderungen des Nutzungsverhaltens das Urheberrecht vor neue Herausforderungen gestellt, welche die Gerichte und oft auch die Gesetzgeber zu bewältigen hatten.

Ein Mittel zur Bewältigung dieser Herausforderungen, zumindest aber zur Reduktion des Reaktionsbedarfs, ist die technologieneutrale Ausgestaltung der Regelung<sup>23</sup>. Dieser Regelungsansatz versucht, Rechtsnormen in einem technisch dynamischen

---

<sup>21</sup> Zuletzt in SIMITIS (Fn. 13), Rz. 109.

<sup>22</sup> Siehe dazu vorn I.

<sup>23</sup> Siehe dazu für das Urheberrecht: BGE 140 III 616 E. 3.4.1; BGE 133 II 263 E. 7.3.2; BGE 133 III 473 E. 4.3; BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. Bern 2008, Art. 10 Rz. 7a, Art. 19 Rz. 7c; GASSER CHRISTOPH, in: Müller Barbara K./Oertli Reinhard (Hrsg.), Urheber-

Umfeld statisch auszugestalten und die Rechtsordnung damit gegenüber Veränderungen der Technik abzuschirmen. Dies hat verschiedene Vorteile, bringt aber auch Nachteile mit sich. Der zentrale Vorteil besteht darin, dass Gesetzgeber und Rechtsanwender auf Veränderungen der technischen Rahmenbedingungen des Regelungsgegenstands nicht unmittelbar zu reagieren brauchen, sondern die Regelung weiterhin bestehen lassen und weitgehend unbesehen anwenden können. Der nicht zu unterschätzende Nachteil liegt allerdings darin, dass der auf technischer Ebene erfolgte Paradigmenwechsel von der bestehenden Regelung nicht reflektiert wird und die Rechtsordnung auf den Technologiewandel nicht notwendigerweise reagieren muss. Das mag in gewissen Konstellationen unproblematisch sein und in anderen zumindest vorübergehend gut gehen, kann aber dazu führen, dass die mit einer Regelung verfolgten Ziele nicht mehr erreicht werden können oder der mit einer Regelung erfolgte Interessenausgleich aus dem ursprünglich geschaffenen (oder zumindest angestrebten) Gleichgewicht gerät. Andererseits besteht auch die Gefahr, dass eine an sich erforderliche oder zumindest zu bedenkende Anpassung unterbleibt, weil der Reaktionsbedarf mit der technologieneutralen Ausgestaltung der Regelung entfällt.

Die technologieneutrale Ausgestaltung einer Regelung vermag den Anpassungsdruck bei einem Technologiewandel damit zwar massgeblich zu verringern, eine Reaktion der Rechtsordnung aber längst nicht in allen Fällen zu ersetzen. Der Reaktionsdruck hängt dabei zum einen von der Tiefe der technologischen Entwicklung und den damit verbundenen Veränderungen von Geschäftsmodellen und Nutzungsverhalten, zum andern aber auch vom Abstraktionsgrad der Regelung ab: Auf einer ersten Ebene befindet sich dabei die einer Regelung zugrundeliegende *policy*, die mit einer Regelung verwirklicht werden soll. Auf einer zweiten Ebene sind abstrakte Generalklauseln einzuordnen, die unmittelbar der Umsetzung der *policy* dienen, den Rechtsanwendern aber relativ viel Raum lassen, um die Ziele, Grundentscheide und gesetzgeberischen Wertungen auch bei einem Technologiewandel adäquat umzusetzen. Auf einer dritten Ebene stehen die konkreten Tatbestände, die zwar technologieneutral formuliert sein können, aber notwendigerweise immer vor dem Hintergrund eines bestimmten Technologiestandes formuliert werden, weshalb sie oftmals nicht, nur schwer oder zumindest nicht adäquat auf einen Technologiewandel reagieren können.

Auf der Ebene der *policy* kommt der Lehre vom geistigen Eigentum im Urheberrecht seit jeher zentrale Bedeutung zu. Diese Lehre versucht, mithilfe einer Analogie zum körperlichen Eigentum die Notwendigkeit der Gewährung von Ausschliesslichkeitsrechten an Werken der Literatur und Kunst als geradezu unausweichlich und die Nutzung des geistigen Eigentums Dritter als Diebstahl erscheinen zu lassen. Dass

---

rechtsgesetz (URG), 2. Aufl. Bern 2012, Art. 19 Rz. 9a HILTY RETO M., Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 155. Siehe dazu allgemein vorn I.

dieser Analogieschluss an einem fundamentalen Fehler leidet, weil körperliche Güter nur von einer bestimmten Person (rivalisierende Nutzung), geistige Güter hingegen von einer unbeschränkten Vielzahl von Personen gleichzeitig genutzt werden können, ohne dass die Nutzung durch eine Person diejenige durch die anderen beeinträchtigen würde (nicht-rivalisierende Nutzung), mag in einer auf physische Güter fokussierten Gesellschaft noch weitgehend unerkannt geblieben sein. Mit der Entwicklung der Informationstechnologie wird dieser Fehler nun aber offensichtlich, weil sich digitale Güter vollständig von einem körperlichen Träger gelöst haben, der die Analogie vordergründig als tragfähig erscheinen liess.

Die Folgen der Ausgestaltung einer technologieneutralen Regelung als abstrakte Generalklausel oder konkreter Tatbestand und die Wirkungen der Lehre vom geistigen Eigentum im Zuge der Entwicklung der Informationstechnologie lassen sich beispielhaft an der Reaktion des Urheberrechts auf das Aufkommen der Online-Nutzung von Werken aufzeigen:

Mit dem Durchbruch des Internets stand das Urheberrecht ab Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts zunächst einmal vor der Frage, wie die neue Nutzungsart zu erfassen ist.<sup>24</sup> Die Frage nach dem «ob» der urheberrechtlichen Erfassung scheint sich dabei – wohl als Folge der Lehre vom geistigen Eigentum – erst gar nicht gestellt zu haben – jedenfalls hat ein entsprechender Diskurs zumindest in der Schweiz kaum Spuren hinterlassen. Bei der Frage der Regelung der neuen Nutzungsart zeigt sich aber mit aller Deutlichkeit, dass die Technologieneutralität allein nicht immer ausreicht, um die Anwendbarkeit des bestehenden Rechts auf neue technische Vorgänge sicherzustellen. Denn auch eine technologieneutrale Regelung, wie diejenige der urheberrechtlichen Nutzungsrechte, die zwischen Vervielfältigen, Verbreiten, Vortragen, Vorführen und Aufführen sowie Senden, Weitersenden und Wahrnehmbarmachen von Sendung oder Weitersendung unterscheidet<sup>25</sup> und damit auf technologie-

---

<sup>24</sup> Siehe dazu: BBl 2006 3389 ff., 3390 f.; GOVONI CARLO/GASSER CHRISTOPH, Die internationalen Urheberrechts- und leistungsschutzrechtlichen Abkommen im Lichte des Information Highway, in: Reto M. Hilty (Hrsg.), Information Highway, Bern 1996, S. 235 ff., S. 238 ff., m.w.H. zu den verschiedenen Diskussionsbeiträgen auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene; THOMANN FELIX H., Internationaler Urheberrechtsschutz und Verwertung von Urheberrechten auf dem Internet, in: sic! 1997, S. 529 ff., S. 529 f.; BÜHLER LUKAS, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg i.Ue. 1999, S. 29 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu auch die ursprüngliche Regelung in Art. 10 Abs. 2 URG vom 1. Juli 1993. Im deutschen Recht wird zwischen Vervielfältigen, Verbreiten, Ausstellen, Vortragen, Aufführen, Vorführen sowie Senden und Weitersenden unterschieden (§§ 15 ff. UrhG); in Frankreich wird zwischen *reproduction* und *représentation* (Art. L122-1 ff. CPI) unterteilt; im britischen Recht werden die erfassten Nutzungshandlungen ebenfalls technologieneutral definiert und die Begriffe *copying*, *issuing copies*, *renting*, *lending*, *performing*, *showing*, *playing* und *communicating* (Sec. 16(1) CDPA) verwendet.

neutralen Kategorien beruht, vermag gänzlich neue Nutzungsarten nicht ohne Weiteres zu erfassen, wenn diese nicht in die Kategorien passen, die mit Blick auf den im Regelungszeitpunkt erkennbaren technischen Hintergrund gebildet wurden. Während das schweizerische Urheberrecht Online-Nutzungen aufgrund der Ausgestaltung der Regelung der Nutzungsrechte durch eine Generalklausel (Art. 10 Abs. 1 URG) und eine Reihe von Regelbeispielen (Art. 10 Abs. 2 URG) ohne Weiteres erfassen konnte, sahen sich andere Rechtsordnungen, welche die Nutzungshandlungen in einem vergleichsweise geschlossenen Katalog von Nutzungsarten regeln, erheblichen Schwierigkeiten gegenüber. Gerade im deutschen Recht, das zwar eine Generalklausel kennt, dabei aber zwischen der Verwertung des Werkes in körperlicher Form (§ 15 Abs. 1 UrhG) und der öffentlichen Wiedergabe in unkörperlicher Form (§ 15 Abs. 2 UrhG) unterscheidet, hat die Frage nach der Erfassung von Online-Nutzungen die Wissenschaft intensiv beschäftigt, weil diese Nutzungsform zwar unkörperlich erfolgt aber keine öffentliche Wiedergabe im Sinn der gesetzlichen Definition (§ 15 Abs. 3 UrhG) darstellt.<sup>26</sup> Definitiv geklärt wurde die Frage hier erst mit der gesetzlichen Regelung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG), das in Umsetzung der Vorgaben der Informationsgesellschafts-Richtlinie ins deutsche Recht aufgenommen wurde.<sup>27</sup> Anders verlief die Entwicklung in der Schweiz, die sich dieser Diskussion dank der offenen Formulierung der Generalklausel weitgehend entziehen und sich darauf beschränken konnte, mit der Umsetzung der Vorgaben des WIPO Copyright Treaty (WCT) und des WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)<sup>28</sup> und in Übereinstimmung mit der erwähnten Regelung im europäischen Recht im Zuge der Revision von 2008 das «*right of making available*» als Recht auf Zugänglichmachung (Art. 10 Abs. 2 Bst. c 2. Teilsatz URG) zu regeln.<sup>29</sup> Dank der Kombination einer abstrakten Generalklausel mit konkretisierenden Tatbeständen kann die schweizerische Regelung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte insofern

---

<sup>26</sup> Näheres dazu statt vieler: VON UNGERN-STERNBERG JOACHIM, in: Schricker Gerhard/Loewenheim Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl. München 2010, § 15 Rz. 21 ff. m.w.H.; SCHWARZ MATHIAS, Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke, GRUR 1996, S. 836 ff., S. 839; DREIER THOMAS, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft – Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft, GRUR 1997, S. 859 ff., S. 863.

<sup>27</sup> Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2005 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Informationsgesellschafts-Richtlinie).

<sup>28</sup> Art. 8 WCT und Art. 10 WPPT.

<sup>29</sup> Das in Art. 8 WCT und Art. 10 WPPT geregelte Recht auf Zugänglichmachen von Werken durch *On-Demand*-Dienste liess sich zwar schon durch den bisherigen Gesetzeswortlaut von Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG – «anderswo wahrnehmbar machen» – erfassen, wurde jedoch sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit als auch zur Hervorhebung seiner Bedeutung für das digitale Umfeld in den Gesetzestext aufgenommen; siehe dazu: BBI 2006 3389, 3420.

als Beispiel einer erfolgreichen technologieneutralen Regelung angesehen werden, als diese Regelung auf den Technologiewandel zwar nicht notwendigerweise reagieren musste, diesen heute aber ohne strukturelle Verwerfungen in angemessener Weise abzubilden vermag.

Als ebenso anschauliches wie bedeutsames Beispiel für einen erlebten Paradigmenwechsel, den die technologie neutrale Ausgestaltung der urheberrechtlichen Regelung mit sich brachte, mag die Regelung des Privatgebrauchs (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) dienen, die einen Ausgleich der Interessen von Rechtsinhabern und Werkkonsumenten herbeiführen soll.<sup>30</sup> Die gesetzliche Regelung beruht dabei auf dem Hintergrund einer rein analogen Werknutzung,<sup>31</sup> namentlich auf der Annahme, dass Werkexemplare nicht unbeschränkt oft und ohne Qualitätsverlust kopiert werden können und die Verbreitung der kopierten Werkexemplare aufgrund der physischen Träger an tatsächliche Grenzen stösst.<sup>32</sup> Beides ist nun aber in einem digitalen Umfeld und bei einer Verbreitung von Kopien über das Internet nicht mehr der Fall. Vielmehr zeigt sich die Möglichkeit zur nicht-rivalisierenden Nutzung von Werken der Literatur und Kunst nun mit aller Deutlichkeit. Ohne Veränderung der *policy*, die weiterhin am Konzept des geistigen Eigentums ausgerichtet ist, hat die technologie neutrale Regelung hier aufgrund des Technologiewandels zu einer massgeblichen Verschiebung des Interessenausgleichs und damit zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel geführt, zumal es mit dem *Filesharing* über sog. *Peer-to-Peer*-Netzwerke für jeden Werkkonsumenten möglich wurde, sich zu äusserst geringen Kosten von nahezu jedem Song oder Film eine Kopie auf dem eigenen Speichermedium zu erstellen.

Auf diesen Paradigmenwechsel hat der schweizerische Gesetzgeber zunächst gar nicht und später nur implizit reagiert, indem er die neue Sachlage, die bei gleichbleibender Rechtslage zu einer massgeblichen Erweiterung des Umfangs des Privatgebrauchs geführt hat, zur Kenntnis genommen und durch den Verzicht auf eine

---

<sup>30</sup> BGE 140 III 616 E. 3.6.5; BGE 131 III 473 E. 3.1; BARRELET/EGLOFF (Fn. 23), Art. 19 Rz. 1a; GASSER CHRISTOPH/OERTLI REINHARD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 19 Rz. 12 f.; GASSER (Fn. 23), Art. 19 Rz. 1; HILTY (Fn. 23), Rz. 35, Rz. 210 ff.; PAHUD ERIC, Die Sozialbindung im Urheberrecht, Bern 2000, S. 33 ff.

<sup>31</sup> BBl 2006 3389 ff., 3395; GASSER (Fn. 23), Art. 19 Rz. 1; HILTY (Fn. 23), Rz. 230; AUF DER MAUR ROLF, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Bern 2006, Vorbemerkungen zu Art. 33–39 Rz. 11; GASSER CHRISTOPH, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 177 ff.

<sup>32</sup> In diesem Sinne: BERGER MATHIS, Entwicklungen im Immaterialgüterrecht, in: SJZ 2007, S. 403 ff., S. 403; BAUMGARTNER TOBIAS, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Zürich 2006, S. 108; BÜHLER (Fn. 24), S. 269 f.

Änderung der bestehenden Regelung auch gebilligt hat.<sup>33</sup> Anders fiel die Reaktion allerdings in anderen Rechtsordnungen aus, die dem *Filesharing* mit unterschiedlich ausgestalteten und unterschiedlich erfolgreichen Mitteln entgegen getreten sind. Durchzusetzen scheint sich dabei zunehmend ein Ansatz, nach welchem der Privatgebrauch nur dann als zulässig erachtet wird, wenn das vom privaten Nutzer für die Vervielfältigung benutzte Werkexemplar nicht aus einer sog. illegalen Quelle stammt.<sup>34</sup> Mit diesem Ansatz, der Parallelen zum sachenrechtlichen Konzept des (bösgläubigen) Erwerbs vom Nichtberechtigten aufweist und insofern als Referenz auf die Lehre vom geistigen Eigentum verstanden werden kann, lässt sich der Umfang des zulässigen Privatgebrauchs auch in einem digitalen Kontext massgeblich beschränken.

Der Paradigmenwechsel beim Privatgebrauch hat (auch) in der Schweiz zunächst dazu geführt, dass die nachteilig betroffenen Rechtsinhaber versucht haben, den Herausforderungen der neuen Informationstechnologien mit dem bestehenden rechtlichen Instrumentarium zu begegnen. Dem Versuch, dem Phänomen durch das Einleiten von Strafverfahren und das Erheben von Schadenersatzforderungen zu begegnen, hat das schweizerische Bundesgericht allerdings schon recht bald unter Verweis auf das Datenschutzrecht Grenzen gesetzt.<sup>35</sup> Damit blieb nur der Ruf nach dem Einschreiten des Gesetzgebers.

In Erfüllung des Postulats von Ständerätin Savary (10.3263), nach welchem zu prüfen war, ob die Schweiz «ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik

---

<sup>33</sup> AmtlBull NR 2007 1202 ff.; BBl 2006 3389 ff., 3404 f., 3430; GASSER (Fn. 23), Art. 19 Rz. 10a; vgl. auch REHBINDER MANFRED/VIGANÓ ADRIANO, URG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 19 Rz. 19, welche den Entscheid des Gesetzgebers kritisieren.

<sup>34</sup> So für das europäische Recht: Urteil des EuGH vom 10. April 2014, Rs. C-435/12, *ACI Adam BV et al. v Stichting de Thuiskopie et al.*, Disp.-Ziff. 1. Im deutschen Recht ist denn auch ausdrücklich vorgesehen, dass Vervielfältigungen zum Privatgebrauch nur zulässig sind, wenn zur Erstellung nicht eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird (§ 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG); siehe dazu statt vieler: LOEWENHEIM ULRICH, in: Gerhard Schricker/Ulrich Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl. München 2010, § 53 Rz. 10 ff. m.w.H.; LOEWENHEIM ULRICH, in: Ulrich Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. München 2010, § 21 Rz. 29 f. Wie in Deutschland ist auch in Frankreich eine Vervielfältigung zu privaten Zwecken nach Art. L 122-5 al. 2 CPI nur ab einer zulässigen Quelle (*source licite*) erlaubt. Im britischen Recht ist eine Vervielfältigung zu privaten Zwecken nur zulässig, wenn das für private Zwecke erstellte Werkexemplar (*copy*) mithilfe eines rechtmässig und auf Dauer erworbenen Werkexemplars (*a copy lawfully acquired on a permanent basis*) erstellt wurde; dies ist namentlich der Fall, wenn das als Vorlage dienende Werkexemplar durch einen entgeltlichen Download erworben wurde, der nicht nur einen vorübergehenden Zugang zum Werkexemplar vermittelt (Sec. 28B (2) i.V.m. (4) CDPA). Zur Rechtslage in der Schweiz siehe: GASSER (Fn. 23), Art. 19 Rz. 10 ff. m.w.H.; CHERPILLOD IVAN, Schranken des Urheberrechts, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), SIWR II/1, 3. Aufl. Basel 2014, Rz. 270 f.; HILTY (Fn. 23), Rz. 176, Rz. 220, Rz. 223, Rz. 228.

<sup>35</sup> Siehe hierzu BGE 136 II 508 E. 3, insb. E. 3.8.

braucht», hat der Bundesrat im August 2011 einen Bericht zur unerlaubten Werknutzung über das Internet veröffentlicht.<sup>36</sup> Die zentrale und für gewisse Kreise überraschende Schlussfolgerung bestand dabei darin, dass der bestehende gesetzliche Rahmen «genügend Möglichkeiten bietet, um internetbezogenen Werknutzungen adäquat zu begegnen», weshalb ein gesetzgeberisches Tätigwerden verfrüht sei.<sup>37</sup> Aufgrund weiterer parlamentarischer Vorstösse hat der Bundesrat dann aber im Sommer 2012 eine Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR12) eingesetzt und diese beauftragt, Möglichkeiten zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen. Nach einer Reihe von Sitzungen, an welchen Vertreter der Kulturschaffenden, der Produzenten, der Nutzer und der Konsumenten sowie der Verwaltung nach politisch realisierbaren Möglichkeiten suchten, legte die AGUR12 am 6. Dezember 2013 ihren Schlussbericht vor.<sup>38</sup> Gestützt auf diesen Bericht beauftragte der Bundesrat das EJPD bis Ende 2015 eine Vernehmlassungsvorlage für eine Revision des Urheberrechts vorzulegen. Entgegen der vorstehend erwähnten Entwicklung im europäischen Recht hält der Schlussbericht der AGUR12 dabei unter anderem fest, dass der Download aus illegaler Quelle in der Schweiz weiterhin zulässig bleiben soll.<sup>39</sup> Im Interesse der Werkkonsumenten scheint der schweizerische Gesetzgeber den Wirkungen der Lehre vom geistigen Eigentum damit zumindest im Bereich des Privatgebrauchs gewisse Grenzen zu setzen. Auf Grundlage der Unzulässigkeit des *Uploads* beruhen die vorgeschlagenen Massnahmen zur besseren Durchsetzung von Urheberrechten stattdessen in erster Linie auf einem Vorgehen gegen *Hosting Provider*, die auf Anzeige der Rechteinhaber oder einer zuständigen Behörde hin unerlaubt hochgeladene Inhalte entfernen sollen (*take down*). Ein Vorgehen gegen *Filesharing-Systeme* soll dabei einerseits dadurch ermöglicht werden, dass *Hosting Provider*, deren Geschäftsmodell offensichtlich auf Rechtsverletzungen ihrer Nutzer angelegt ist, auf Anzeige der Rechteinhaber unerlaubt hochgeladene Inhalte entfernen (*take down*) und zusätzlich das erneute Hochladen solcher Inhalte verhindern müssen (*stay down*). Darüber hinaus sollen *Access Provider* auf behördliche Anweisung hin in schwerwiegenden Fällen den Zugang zu Webportalen mit offensichtlich illegalen Quellen über IP- und DNS-*Blocking* sperren.<sup>40</sup> Auch wenn das Schicksal dieser Rege-

---

<sup>36</sup> Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulats 10.3236 Savary; abrufbar unter <[https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Bericht\\_Savary\\_d.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Bericht_Savary_d.pdf)>, besucht am 29.4.2015.

<sup>37</sup> Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulats 10.3236 Savary (Fn. 36), S. 3.

<sup>38</sup> Schlussbericht der AGUR12 vom 28. November 2013; abrufbar unter <[https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf)>, besucht am 29.4.2015.

<sup>39</sup> Schlussbericht der AGUR12 vom 28. November 2013 (Fn. 38), S. 73.

<sup>40</sup> Schlussbericht der AGUR12 vom 28. November 2013 (Fn. 38), S. 73 f.

lungsvorschläge der AGUR12 derzeit noch ungewiss erscheint, ist zumindest im Bereich des Privatgebrauchs im Ergebnis mit einem zumindest teilweise erneuten Paradigmenwechsel zu rechnen, der allerdings kaum über den Versuch einer Wiederherstellung des vor dem Durchbruch der neuen Informationstechnologien bestehenden Interessenausgleichs hinausgehen wird.

Der Blick auf den unbewusst erfolgten und nun bewusst zumindest teilweise wieder rückgängig zu machenden Paradigmenwechsel macht deutlich, dass die Chancen für einen echten Paradigmenwechsel im Urheberrecht – zumindest bisher – verpasst worden sind. Die Wirkmacht der Lehre vom geistigen Eigentum erscheint insofern ungebrochen. Dabei wäre das Spektrum für mögliche neue Ansätze denkbar weit. Für die hier in Frage stehende Regelung des Privatgebrauchs wäre ein vollständiger Verzicht auf Verbotsrechte bei umfassender Vergütung dieser Nutzungen durch eine sog. *Flatrate* ebenso denkbar wie eine durch uneingeschränkte Verbotsrechte abgesicherte Vergütung jeder einzelnen privaten Werknutzung im Sinn eines «*pay per use*».<sup>41</sup> Beide Modelle, die erst aufgrund der Veränderung der Technologie realisierbar (*pay per use*) oder zum Gegenstand der urheberrechtlichen Debatte (*Flatrate*) geworden sind, scheinen aber daran zu scheitern, dass die neuen Informationstechnologien von den Betroffenen nicht als Chance für einen Paradigmenwechsel, sondern als Bedrohung des im politischen Prozess erarbeiteten Interessenausgleichs verstanden werden. Dass damit Potential ungenutzt bleibt, das ein echter Paradigmenwechsel für alle Beteiligten eröffnen würde, wird bei dieser beschränkten Sichtweise übersehen.

Im Ergebnis bleiben damit zwei Erkenntnisse: Ihre Aufgabe ohne Weiteres zu erfüllen vermögen technologieneutrale Regeln im Urheberrecht nur, wenn sie zugleich rechtsfolgenneutral sind, wenn ihre Anwendung also auch nach dem Technologiewandel nicht zu einer Veränderung des Interessenausgleichs führt. Führt die technische Entwicklung im Rahmen des geltenden Rechts aber zu einer Verschiebung des Interessengleichgewichts, so ist damit zu rechnen, dass der durch die technologieneutrale Regelung ungesteuert erfolgte Paradigmenwechsel Kräfte freisetzt, die danach streben, das alte Gleichgewicht durch eine neue (wohl wiederum technologieneutrale) Regelung wiederherzustellen. Ein nicht zu unterschätzender Nutzen technologieneutraler Regelungen besteht in dieser Konstellation aber immerhin darin, dass der Gesetzgeber Zeit erhält, die Auswirkungen des Technologiewandels auf Geschäftsmodelle, Nutzungsverhalten und Erwartungshorizonte abzuwarten und erst dann in die bestehende Regelung einzugreifen, wenn sich die Dynamik etwas stabilisiert hat und die Folgen der technischen Entwicklung zumindest in den Grundzügen verstanden

---

<sup>41</sup> Näheres dazu statt vieler: THOUVENIN FLORENT, Durchsetzung von Urheberrechten und Datenschutz: Lehren aus dem Scheitern von ACTA, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.), Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, Zürich 2012, S. 105 ff.

werden können. Dieser Zeitraum kann zugleich als Chance verstanden werden, nach einem neuen Interessenausgleich zu suchen, der sich von überlieferten Lehren löst und sowohl der technischen Entwicklung als auch den veränderten Erwartungshorizonten der Beteiligten Rechnung trägt. Zumindest diese Chance sollte sich der schweizerische Gesetzgeber im Rahmen der anstehenden Revision des Urheberrechts denn auch nicht entgehen lassen.

#### **IV. Skizze 3 – Das Archiv**

Zuschauer des jüngsten Star Trek Films «Into Darkness» (2013) dürften nicht schlecht gestaunt haben, dass nach der Eröffnungsszene ausgerechnet ein Archiv der Sternenflotte (das nach der im Jahr 2233 zerstörten USS Kelvin benannte «Kelvin Memorial Archive») Ziel eines terroristischen Anschlags wird. Rasch folgt die Aufklärung, dass das Archiv von einem Geheimdienst («Section 31», so eine Art P-26 der Zukunft) für äusserst obskure Zwecke genutzt wurde. Der Zuschauer darf also beruhigt zur Kenntnis nehmen, dass Archive auch im Jahr 2259 keine primären Angriffsziele darstellen.<sup>42</sup> Weit mehr als die kriegsrechtlichen Implikationen dieser barbarischen Attacke interessiert im vorliegenden Zusammenhang: Archive sind nach der Vorstellung der Drehbuchautoren offenbar auch in ferner Zukunft Orte, die physisch an einem Ort lokalisiert sind, wohl inklusive Archivare mit Ärmelschonern und einem omnipräsenten Zettelkatalog. Mit dieser Vorstellung untrennbar verbunden ist, dass Archive unzugänglich sind, der Gang ins Archiv also mühselig sein muss.

Im Alltag denken wir kaum daran, dass uns viele Archive nahezu ständig zur Verfügung stehen und dass wir deren Inhalte eigentlich fortwährend abfragen. Wo sich diese Archive «physisch» befinden, ist von sekundärer Bedeutung; Archive befinden sich heute vielfach an mehreren, mitunter weit voneinander entfernten Orten, u.U. mit redundant gelagerten Datenbeständen. Eine stattliche Anzahl dieser Archive steht uns kostenlos zur Verfügung, andere nur gegen Entgelt oder nur im Rahmen unserer beruflichen Tätigkeit. Ungeachtet dieser möglichen Einschränkungen stehen uns bei fast allen Archiven, sobald unser Zugang genehmigt wurde, die Wissensbestände unmittelbar «at our fingertips» zur Verfügung. Kein Gatekeeper – der Archivar mit

---

<sup>42</sup> Die Zerstörung eines Archivs erscheint – wie die Verbrennung von Büchern – als ein barbarischer Akt; nicht unvernünftig sieht das Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten einen besonderen Schutz von Archivalien und ihren Unterbringungsstellen – den Archiven – vor (Art. 2 i.V.m. Art. 1 Bst. a und b). Ob sich neben der internationalen auch die interstellare Völkergemeinschaft des Star Trek-Universums zu einem entsprechenden Schutz verpflichtet hat, dürfte nur Geeks der Serie bekannt sein. In Zukunft wie heute scheinen sich jedenfalls nur Terrororganisationen überhaupt nicht um den Kulturgüterschutz zu scheren.

Ärmelschonern – hinterfragt die Gründe für unsere Recherchen. Ohne unsere Motive zu werten, vermittelt das Passwort meist das gesamte Wissen einer Organisation, solange dieses elektronisch gespeichert ist. Katakombenartige Gewölbe mit grossen Aktenschränken und verstaubten Akten gibt es nur noch in unseren Köpfen.

Die durch die Digitalisierung von Informationsbeständen geschaffene Erleichterung des Zugangs zu Archiven hat die Rechtsentwicklung nur teilweise berücksichtigt. Soweit sich das Recht mit dem Schutz von Informationen befasst, geht es vor allem um den Schutz vor unbefugten Zugriffen durch Aussenstehende. So richtet sich das Datenschutzgesetz bzw. der hier zentrale Art. 7 DSGVO zur Datensicherheit an die datenbearbeitende natürliche oder juristische Person; als verantwortlich ins Recht gefasst wird mit anderen Worten die Organisation und weniger die für sie handelnden Mitarbeiter. Freilich stellt das passive Zugänglichmachen von Daten ein Bekanntgeben und damit eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 3 Bst. e DSGVO dar, doch hatte der Gesetzgeber hier vor allem die Bekanntgabe an Dritte im Auge. Korrigiert wird die uferlose Datenbekanntgabe innerhalb einer Organisation immerhin durch das Vertraulichkeitsprinzip. «Dritte» im Sinne des Gesetzes sind nicht nur diejenigen, die ausserhalb einer wirtschaftlichen Einheit (z.B. Konzern) oder einer rechtlichen Einheit (juristische Person) stehen, sondern auch diejenigen, die für die Erfüllung ihrer Aufgabe den Zugriff auf die fraglichen Personendaten nicht benötigen.<sup>43</sup> Eine datenschutzrechtlich relevante Bekanntgabe kann also auch dann vorliegen, wenn diese an Mitarbeiter derselben Organisation erfolgt.<sup>44</sup>

Über diesen allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsatz hinaus befasst sich das Recht mit unbefugten Zugriffen durch «Insider» vordringlich dort, wo diese Zugriffe – oder besser Übergriffe – schon im analogen Zeitalter problematisch waren. So darf das Personaldossier – ob auf Papier oder Server – auch innerhalb des Betriebs nur für diejenigen Personen zugänglich sein, die dieses zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.<sup>45</sup> Dies aber weniger aufgrund einer expliziten datenschutzrechtlichen Vorschrift,

---

<sup>43</sup> BVGE 2012/14 E. 6.3.1 S. 282 spricht von einer funktionsbezogenen Begriffsbestimmung des Dritten, der sich aus Art. 7 DSGVO i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Bst. g VDSG herleiten lasse (für Bundesorgane verweist Art. 20 Abs. 1 VDSG auf die technischen und organisatorischen Massnahmen nach Art. 8–10 VDSG).

<sup>44</sup> JÖHRI YVONNE, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 3 Bst. f DSGVO Rz. 75 spricht vom «Herumliegenlassen vertraulicher Akten [sic!], die es einem Dritten ermöglichen, vom Inhalt personenbezogener Informationen Kenntnis zu nehmen.»

<sup>45</sup> PAPA ROBERTA/PIETRUSZAK THOMAS, Datenschutz im Personalwesen, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz. 17.82.

sondern als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die auch den Persönlichkeitsschutz mit umfasst.<sup>46</sup>

Zumindest keine expliziten Aussagen finden sich im Recht dazu, dass ein befugtes Mitglied einer Organisation auch unbefugte Archivzugriffe vornehmen könnte. Mit anderen Worten geht die Rechtsordnung – vielleicht zu Recht, vielleicht zu naiv – davon aus, dass sich der Einzelne an die ihm gesetzten Grenzen hält und die ihm eingeräumten (Macht-)Befugnisse nicht missbraucht.<sup>47</sup> Dass jemand angesichts der Fülle abrufbarer Informationen geneigt sein könnte, seine persönliche Neugier zu befriedigen, findet kaum Erwähnung im Schrifttum. Dabei gibt es zahlreiche – wenn auch lediglich anekdotische – Hinweise, in jüngerer Zeit vor allem aus Deutschland, dass diese Annahme in Bezug auf die Beachtung des Datenschutzes nicht zutrifft:

- So berichtete die Süddeutsche Zeitung am 25. August 2014, dass in Bayern mehrere tausend Finanzbeamte jahrelang unkontrolliert Zugriff auf die Steuerakte von Uli Hoeneß, dem früheren Präsidenten des FC Bayern München, hatten. Details aus dieser Akte flossen an die Presse, was zu einem Strafverfahren führte.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> EDÖB, Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Oktober 2014, S. 6, abgerufen unter <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz>>, besucht am 27.1.2015.

<sup>47</sup> So explizit VGer BE vom 30. Juni 2003, in: Umweltrecht in der Praxis (URP) 2003, S. 763 ff., S. 767, im Zusammenhang mit der Gefahr einer Gewässerverschmutzung: «Zwar kann nie mit 100%iger Sicherheit ausgeschlossen werden, dass solche Vorschriften aus Unachtsamkeit einmal missachtet werden. Dies kann aber kein Grund sein, um die Baubewilligung zu verweigern. Bei praktisch jeder menschlichen Aktivität muss damit gerechnet werden, dass Vorschriften missachtet und dadurch Schäden verursacht werden. Dies kann kein Grund sein, sämtliche Aktivitäten generell zu verbieten. Die Einhaltung der Vorschriften muss vielmehr durch behördliche Aufsicht [...] und nötigenfalls durch das Strafrecht [...] sichergestellt werden.»

<sup>48</sup> OTT KLAUS, Tausende Beamte hatten Zugriff auf Hoeneß' Steuerakte, in: Süddeutsche Zeitung vom 25. August 2014, abgerufen unter <<http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/klage-wegen-verrat-von-dienstgeheimnissen-tausende-beamte-hatten-zugriff-auf-hoeness-steuerakte-1.2101452>>, besucht am 20.4.2015. Nicht verwunderlich gelangten vertrauliche Informationen an die Presse. Nach Erkenntnissen der Ermittler lagen beim bayerischen Fiskus insgesamt 8130 Zugriffsberechtigungen für die elektronischen Steuerakten von Hoeneß vor. Da einzelne Finanzbeamte mehrere Berechtigungen hatten, lag die Zahl der «personen- oder funktionsbezogenen Zugriffsberechtigungen» bei 2949. Aber nur bei 462 Mitarbeitern beziehungsweise Dienststellen sei elektronisch protokolliert worden, wenn jemand die Hoeneß-Akten gelesen habe. Die restlichen 2487 Beschäftigten oder Dienststellen konnten demnach auf ihren Computern ohne jede Kontrolle die Steuerbescheide und andere Unterlagen des Bayern-Managers sichten oder gar ausdrucken. Ein «bestimmter Tatverdächtiger» habe aber nicht festgestellt werden können. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren um Verletzung des Steuer- und Dienstgeheimnisses daher ein.

- Der frühere Bundesdatenschutzbeauftragte Peter Schaar kritisierte schon 2011 die inflationären Kontenabrufe durch die Finanz- und Sozialbehörden;<sup>49</sup> die Anzahl der Abrufe ist in der Tat von 44'000 (im Jahr 2009) auf 142'000 (im Jahr 2013) gestiegen, wie auch die Zahl der zugriffsberechtigten Stellen.<sup>50</sup> Der automatisierte Abruf gab Anlass zu einem Entscheid des Bundesverfassungsgerichts, das den Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht durch die einschlägigen Normen im Wesentlichen schützte.<sup>51</sup> Allerdings hielt auch das höchste deutsche Gericht fest, dass «[d]ie Automatisierung des Abrufverfahrens [...] das Risiko zahlloser und, wenn sie ohne hinreichende Verdachtsmomente erfolgen, rechtswidriger Routineabrufe begründen» kann, vor allem wenn dem Betroffenen aufgrund Geheimhaltung<sup>52</sup> keine Gegenwehr ermöglicht würde.<sup>53</sup>

Für die Schweiz ist die Thematik noch wenig aufgearbeitet und es sind soweit ersichtlich keine Gerichtsentscheide zu automatisierten Abrufverfahren zu verzeichnen. Im Rahmen der BÜPF-Revision in die öffentliche Diskussion geraten ist die Möglichkeit des Einsatzes von «besonderen technischen Geräten zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs», namentlich sog. IMSI-Catchern, welche die Identifikation von Mobilfunkteilnehmern in einem weiten Umkreis um die Zielperson herum ermöglichen.<sup>54</sup> Relativ klar scheint immerhin, dass auch in der Schweiz ein ohne Anlass erfolgreiches, routiniertes Abrufen von Personendaten als Verstoss gegen die Datensicherheit (Art. 7 DSG) sowie die Grundsätze der Datenbearbeitung (insb. Zweckbindung, Erkennbarkeit, Verhältnismässigkeit sowie Treu und Glauben; Art. 4 DSG) anzusehen wäre; dies umso mehr, falls diese Abrufe zum persönlichen Vergnügen erfolgen sollten.

---

<sup>49</sup> Spiegel Online vom 17. Januar 2011, abgerufen unter <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/hunderte-abfragen-pro-tag-datenschuetzer-schaar-kritisiert-kontenabrufe-durch-behoerden-a-739849.html>>, besucht am 20.4.2015.

<sup>50</sup> Spiegel Online vom 25. April 2014, abgerufen unter <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/kontoabfragen-behoerden-fragen-oeffter-kontodaten-ab-a-966076.html>>, besucht am 20.4.2015. Die automatisierten Abrufe stützen sich auf § 93 Abs. 7 und 8 i.V.m. § 93b der deutschen Abgabenordnung (AO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2417) sowie § 24c des deutschen Kreditwesengesetzes (KWG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2091).

<sup>51</sup> BVerfGer vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03, abrufbar unter <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20070613\\_1bvr155003.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20070613_1bvr155003.html)>, besucht am 20.4.2015.

<sup>52</sup> § 93 Abs. 9 Satz 2 sieht betreffend Offenlegung des Abrufs eine Interessenabwägung vor.

<sup>53</sup> BVerfGer vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03, Rz. 142, 145.

<sup>54</sup> Art. 269<sup>bis</sup> E-BÜPF; dazu Botschaft vom 27. Februar 2013 zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), in: BBl 2013 2683 ff., 2769.

Die Gefahr datenschutzwidriger Abfragen durch an sich befugte Personen soll durch eine Protokollierung der Abrufe eingedämmt werden können; die Angst vor nachträglicher Entdeckung soll die abrufenden Personen also disziplinieren.<sup>55</sup> So verlangt das deutsche KWG für die Datenschutzkontrolle auch die Protokollierung der Person, die einen Abruf durchgeführt hat; diese Daten sind mindestens 18 Monate aufzubewahren und spätestens nach zwei Jahren zu löschen.<sup>56</sup> Ähnlich zum deutschen Recht sieht in der Schweiz Art. 9 VDSG eine Bekanntgabekontrolle von Empfängern von Personendaten vor; auch nach Art. 13 IPAS-Verordnung und Art. 27 JANUS-Verordnung soll jede Datenbearbeitung protokolliert werden.<sup>57</sup> Einschränkender verlangt z.B. Art. 19 Abs. 2 der RIPOL-Verordnung jedoch nur periodische Protokollierungen von Abfragen aus dieser doch sehr umfangreichen Datensammlung.<sup>58</sup> Angesichts der wohl zahllos erfolgenden Abfragen ist aber unwahrscheinlich, dass solche Protokolle überhaupt verdächtige Abfragen kenntlich machen könnten.<sup>59</sup> Die Aussagekraft der

<sup>55</sup> So noch in der früheren Auflage PAULI KURT, in: Urs Maurer/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, 2. Aufl. Basel 2006, Art. 7 DSG Rz. 15.

<sup>56</sup> § 24c Abs. 4 KWG, was qua Verweis auch für die Abrufe nach § 93 AO gilt (§ 93b Abs. 4 AO).

<sup>57</sup> Zur Verwendung von Protokollen im Zusammenhang mit dem DSG äussert sich das juristische Schrifttum nur beschränkt. Für STAMM-PIFISTER CHRISTA, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, Art. 7 DSG Rz. 28 kommen als Massnahme bei der Bekanntgabekontrolle «in erster Linie Protokollierungen in Betracht». ROSENTHAL DAVID, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 7 DSG Abs. 1 Rz. 8 fordert als technische Schutzmassnahme «Protokollierungen (z.B. Audit-Trails)», ohne sich weiter zu äussern; ähnlich äussert sich KOS PATRICK, Rechtliche Anforderungen an die elektronische Schriftgutverwaltung in der Privatwirtschaft und Zertifizierungen nach ISO 15489-1 und ISO/IEC 27001, Diss., St. Gallen 2011, S. 103 f., weitgehend im Anschluss an EDÖB, Leitfaden zu technischen und organisatorischen Massnahmen, Bern 2011, S. 15, abgerufen unter <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00636/index.html?lang=de>>, besucht am 20.4.2015. EUGSTER GEBHARD/LUGINBÜHL RUDOLF, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Barbara Hürlimann et al. (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheitswesen, Zürich 2001, S. 111, sieht eine «benutzerbezogene Protokollierung der Zugriffe» als notwendig an. SCHWEGLER IVO, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern 2001, S. 112 f. will zwar die Datenzugriffe protokollieren, die betreffenden Protokolle aber nur restriktiv auswerten, etwa bei konkretem Verdacht auf einen Gesetzesverstoss (so auch Art. 57o RVOG i.V.m. Art. 11 der Verordnung über die Bearbeitung von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen, SR 172.010.442). Hinzuweisen ist auch auf Art. 10 VDSG, der unter gewissen Umständen die Protokollierung der automatisierten Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen vorschreibt, und auf Art. 8 Abs. 1 Bst. a ISV-NDB, der für die Datensicherheit auf Art. 20 VDSG verweist.

<sup>58</sup> Verordnung über das automatisierte Polizeifahndungssystem vom 15. Oktober 2008 (RIPOL-Verordnung), SR 361.0.

<sup>59</sup> Ähnlich Entscheid der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 22. Mai 2003/15. März 2004, in: VPB 2006 Nr. 95, S. 1612, 1625: «Die Protokollierung soll im weiteren sicherstellen, dass die tatsächlich erfolgten Bearbeitungen nachträglich noch nachvollzogen werden kön-

Protokolldatei ist gemäss PAULI schon deshalb beschränkt, weil diese nur die Tatsache des Abrufs, nicht aber die Beweggründe zum Abruf dokumentiert; davon abgesehen sei die Auswertung des Protokolls ohnehin schwierig.<sup>60</sup> Die Protokollierung hat jedenfalls im Justizwesen tätige Freunde eines der Autoren<sup>61</sup> nie davon abgehalten, einen (für ihn leicht peinlichen) Blick in diese Datenbanken zu werfen. Allenfalls wird zukünftige Rechnerleistung einmal in der Lage sein, unter hunderttausenden von Abfragen die zulässigen von den unzulässigen zu unterscheiden.<sup>62</sup> Heute belastet die Protokollierung jedoch die Performance eines Systems erheblich.

Den sich aus dem heimlichen Zugang zu digitalen Archiven ergebenden Gefahren für den Persönlichkeitsschutz kann also kaum nur mit stärkeren internen Kontrollmechanismen begegnet werden. Die Informationstechnologie kann und sollte vielmehr auch genutzt werden, Transparenz über erfolgte Zugriffe auf Personendaten herzustellen, vor allem wenn es um die Datenbearbeitung durch – grundrechtsgebundene – staatliche Organe geht. Damit würde den Betroffenen die Möglichkeit gegeben, diese Organe mittels eines wirksamen Rechtsschutzes für Persönlichkeitsverletzungen zur Verantwortung zu ziehen.<sup>63</sup> Voraussetzung dafür ist freilich eine aktive Information über erfolgte Datenbearbeitungen,<sup>64</sup> die den Betroffenen heute ohne weiteres automatisiert, auf dem Wege elektronischer Kommunikation zur Verfügung gestellt werden könnte.<sup>65</sup> Dann müsste auch nicht – wie es das Bundesverfassungsgericht tut – einfach darauf vertraut werden, dass die zu überwachenden Behörden die Überwa-

---

nen. Werden die Datenbearbeitungen aber nur protokolliert, ohne dass anhand der Protokolle tatsächlich Kontrollen durchgeführt werden, verliert die Massnahme wesentlich an Wirksamkeit, jedenfalls dann, wenn dieser Umstand bei den Datenbearbeitenden bekannt ist.»

<sup>60</sup> PAULI (Fn. 55), Art. 7 DSG Rz. 15.

<sup>61</sup> Dieser muss eine Offenlegung seiner früheren Strassenverkehrsdelikte aufgrund des Erlangens von Tenure glücklicherweise kaum mehr fürchten.

<sup>62</sup> ROSENTHAL DAVID, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 7 Abs. 1 DSG Rz. 20 sieht in der Protokollierung (noch) einen enormen Aufwand verbunden und erachtet die Pflicht als praxisfremd.

<sup>63</sup> Tendenziell eher kritisch zur fehlenden Offenlegungspflicht auch DAVID ROSENTHAL, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 7 Abs. 1 DSG Rz. 10.

<sup>64</sup> Aktive Informationspflichten sieht das Gesetz bei privaten Personen nur für das Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen vor (Art. 14 DSG) bzw. bei Bundesorganen für das einfache Beschaffen von Personendaten (Art. 18a DSG).

<sup>65</sup> Denkbar ist, diese Information gebündelt und/oder erst nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer zur Verfügung zu stellen, soweit dem nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (laufende Strafuntersuchung, nationale Interessen, etc.; siehe teilweise ähnlich Art. 8 BPI und Art. 11 Abs. 6 BPI sowie Art. 18 Abs. 8 BWIS). Die Fälle mit ausbleibender oder aufgeschobener Information sind vermutlich gleichzeitig diejenigen Fälle, auf die sich eine Aufsichtsbehörde konzentrieren müsste.

chung von sich aus selbst ermöglichen.<sup>66</sup> Mit anderen Worten erlaubt die Informativierung des Staates auch eine neue Balance zwischen kollektiven Interessen (z.B. Sicherheit, Rechtsbefolgung) und Individualinteressen (z.B. Freiheit, Privatsphäre, Rechtsschutz). Wer den durch Datenschutz gewährleisteten Persönlichkeitsschutz ernst nimmt, schenkt dieser Balance bei der Gestaltung zukünftiger Rechtsnormen auch mehr Beachtung.

---

<sup>66</sup> Nicht anders kann BVerfGer vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03, Rz. 146, verstanden werden: «Im Übrigen sind die einschlägigen Normen, insbesondere das für die jeweils handelnde Behörde geltende Verfahrensrecht, dahingehend auszulegen und anzuwenden, dass dem von einem Kontenabruf Betroffenen Wege eröffnet sind, entsprechende Informationen zu erhalten, um gegebenenfalls Gegenwehr zu ermöglichen. In diesem Sinne sind die Normen, nach denen sich die Auskunftserteilung an den Betroffenen richtet, auszulegen.» Weniger treuselig erscheint der Entscheid der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 22. Mai 2003/15. März 2004, in: VPB 2006 Nr. 95, S. 1612, 1622, betreffend die gespeicherten Daten in ISIS (Institute for Security and International Studies) und das Informationssystem JANUS der Bundeskriminalpolizei: «Den Betroffenen ist die direkte Einsicht in die Daten verwehrt. Erst nach Jahren werden sie allenfalls anlässlich der Löschung der Daten über deren Bearbeitung informiert [...], wobei die Praxis des Bundesamtes für Polizei (BAP) hinsichtlich nachträglicher Information der Betroffenen keiner besonderen gesetzlichen Kontrolle unterliegt.»