

Stellungnahme SWITCH

1. Art. 14cbis Abs. 3 AEFV Preise der Dienste

1.1. Kommentar

1.1.1. Abbau des Übergewinns durch Preisreduktion – bestehende Regelung

Art. 14cbis Abs. 3 AEFV regelt die Verwendung eines allfälligen von der Registerbetreiberin erzielten, kumulierten Einnahmeüberschusses, welcher über die entstandenen Kosten sowie einen angemessenen Gewinn (d.h. die Verzinsung des Eigenkapitals) hinausgeht. Es sind dabei zwei verschiedene Verwendungsmöglichkeiten vorgesehen:

1. Die Verwendung des kumulierten Einnahmeüberschusses zur Reduktion der künftigen Preise der Registerbetreiberin. Dies entspricht im Grundsatz Art. 14cbis Abs. 2 Sätze 3 und 4 der AEFV in der aktuell geltenden Fassung.
2. Die Verwendung des kumulierten Einnahmeüberschusses zur Finanzierung von Aufgaben oder Projekten im öffentlichen Interesse im direkten Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft. Diese Möglichkeit ist neu.

Der zwischen SWITCH und BAKOM abgeschlossene verwaltungsrechtliche Vertrag behandelt die Frage des Übergewinnes im Sinne des Entscheides der REKO INUM vom 12. April 2006 (F-2004-176) und im Sinne der derzeit bestehenden Bestimmung des Art. 14cbis Abs. 3 AEFV und der Ziff. 1 hiervor, wonach die Kunden, wenn auch nicht die ehemaligen, dann doch die aktuellen und/oder zukünftigen Kunden vom Übergewinn profitieren sollen.

Es entspricht den Tatsachen, dass der Übergewinn in den letzten Jahren nicht wie geplant abgebaut werden konnte, unter anderem auch, weil SWITCH nicht die Kompetenz hat, ohne Genehmigungsverfahren die Preise einseitig zu senken.

SWITCH sieht einerseits die Notwendigkeit des Abbaus des Übergewinns durch Preissenkungen und beurteilt andererseits die Gefahr des Missbrauchs der Schweizer Domain-Namen bei zu tiefen Preisen analog zum BAKOM.

1.1.2. Abbau des Übergewinns durch Verwendung für Aufgaben und Projekte im öffentlichen Interesse im direkten Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft

1.1.2.1. Grundsätzliche Begrüssung der Regelung

Der Ansatz gemäss Ziff. 2 von Ziff. 1.1.1 hiervor, nämlich den Übergewinn für andere Zwecke, namentlich für Aufgaben oder Projekten im öffentlichen Interesse im direkten Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft zu verwenden, erachtet SWITCH als grundsätzlich weiterverfolgbare Idee. Es gibt aber rechtstaatliche Bedenken betreffend der vorgeschlagenen

Rechtsgrundlage (a) und bezüglich dem Präzisionsgrad der Regelung (Ziff. 2).

1.1.2.2. Fehlende gesetzliche Grundlage

Es ist fraglich, ob die AEFV als gesetzliche Grundlage genügt. Folgende Gründe sprechen dagegen:

Art. 28 Abs. 2 FMG sieht eine gesetzliche Delegation vor, welche dem Bundesrat die Kompetenz zur Regelung der Einzelheiten bei der Übertragung der Zuteilung und Verwaltung von Adressierungselementen durch das BAKOM an Dritte einräumt. Gemäss BGE 131 II 162ff E. 2.3 und 2.4 (Fall „wellnessfuehrer.ch“) hat der Bundesrat bei der Wahrnehmung dieser Delegationskompetenz einen gewissen Ermessensspielraum. Trotzdem muss er sich an den Rahmen der ihm durch das Gesetz eingeräumten Befugnisse halten.

Dass die Befugnis zur Regelung der Einzelheiten bei der Übertragung der Zuteilung und Verwaltung von Adressierungselementen an Dritte auch die Finanzierung von Projekten der Informationsgesellschaft beinhaltet, muss bezweifelt werden. Es besteht kein genügender Zusammenhang zwischen einer solchen Projektfinanzierung einerseits und der Gegenstand der Delegationsnorm von Art. 28 Abs. 2 FMG bildenden Regelung der Einzelheiten betreffend die Verwaltung und Zuteilung von Adressierungselementen andererseits.

Insbesondere muss betreffend Gebühren im formellen Gesetz festgehalten werden, wer Gebührenadressat ist, der Gegenstand der Gebühr und die Höhe der Abgabe in den Grundzügen. Diese Voraussetzungen gelten auch für Delegationsnormen, wie dies Art. 28 Abs. 2 FMG ist. Diese Voraussetzungen erfüllt Art. 28 FMG bisher eindeutig nicht.

Zu berücksichtigen sind ferner Art. 40 und 41 FMG. Gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. f FMG werden für die Verwaltung, die Zuteilung und den Widerruf von Adressierungselementen kostendeckende Verwaltungsgebühren erhoben. Diese werden gemäss Art. 41 Abs. 2 FMG durch das Departement näher festgelegt. Art. 40 Abs. 3 FMG sieht bei der Übertragung von Tätigkeiten gemäss Abs. 1 von Art. 40 FMG (darunter fällt, wie erwähnt, auch die Verwaltung, die Zuteilung und der Widerruf von Adressierungselementen) vor, dass die Dritten verpflichtet werden können, ihre Preise dem Bundesamt zur Genehmigung zu unterbreiten, insbesondere wenn bezüglich der von den Dritten erbrachten Leistungen kein Wettbewerb besteht.

Aus Art. 40 und 41 FMG ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Nutzer von Adressierungselementen vor zu hohen Gebühren und Preisen schützen wollte, indem er einerseits für die Verwaltungsgebühren ausdrücklich das Kostendeckungsprinzip vorgegeben hat und andererseits für die Preise von privaten Leistungserbringern eine behördliche Kontrolle vorsah, sofern der Preiswettbewerb nicht spielen sollte. Mit diesem Schutzzweck von Art. 40 und 41 FMG ist eine Finanzierung von Projekten im Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft nicht vereinbar. Die im Änderungsentwurf neu vorgesehene Möglichkeit der Projektfinanzierung lässt sich mit den Quersubventionierungen vergleichen, welche im Rahmen von regulatorischen und wettbewerbsrechtlichen Preiskontrollen grundsätzlich verpönt sind.

Für die Möglichkeit zur Finanzierung von Projekten der Informationsgesellschaft aus kumulierten Einnahmeüberschüssen der Registerbetreiberin muss aus den genannten Gründen eine

entsprechende formell-gesetzliche Grundlage im FMG geschaffen werden.

1.1.3. Alternative Möglichkeiten des Übergewinnabbaus

Der aktuelle Übergewinn ist eine Konsequenz aus zu hohem Wachstum der Domain-Namen, effizienteren Prozessen und zu wenig schnell gesenkten Preisen. Die gegenwärtigen Preise decken die Kosten und wären somit grundsätzlich fair. Für den Abbau des Übergewinns müssten nun die Preise weiter gesenkt werden. Das gibt eine Marktverzerrung, die besonders den Partnern einen sehr engen finanziellen Spielraum lässt.

1.1.3.1. Verlängerung der Abonnementsperiode zum gleichen Preis

Eine der Schwierigkeiten beim Festlegen des Preises ist die unbekannte Entwicklung der Domain-Namen. Speziell bei der Einschätzung der derzeitigen Wirtschaftslage, die möglicherweise auch auf die Domain-Namen einen Einfluss haben wird, überschlagen sich die Experten mit immer neuen Prognosen. Ein festgelegter Preis hat seine Auswirkungen jeweils erst im darauf folgenden Jahr, was die Steuerung des Abbaues des Übergewinns schwierig macht.

Ein kurzfristig einsetzbare Massnahme wäre die Einführung eines Gratismonates. Konkret könnte einmalig der November 2009 als Gratismonat festgelegt werden. Die laufende Abonnementsperiode würden dabei um einen Monat verlängert. Dies ergäbe eine Einnahmen-Kürzung um 1/12 des Jahresumsatzes, also rund CHF 1.7 Mio. Bei Bedarf kann dies im Folgejahr wiederholt werden.

Mit dieser Massnahme profitieren die aktuellen Halter mit laufendem Abonnement sowie die Partner. Zudem müssten die offiziellen Preise nicht zu tief gesenkt werden, was die Schweizer Domain-Namen vor missbräuchlichen Registrierungen schützt.

1.1.3.2. Differenzierung der Retail- zu Wholesalepreisen

Auch durch eine stärkere Differenzierung zwischen Retail- und Wholesale-Preisen könnten die Einnahmen gesenkt werden. Von einer höheren Marge würden primär die Partner von SWITCH profitieren. Weil die Partner einen kleineren Anteil an Domain-Namen verwalten als SWITCH hat diese Massnahme eine weniger signifikante Auswirkung auf die Einnahmen und eignet sich deshalb eher zur feineren Steuerung.

1.2. Antrag

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wir den Vorschlag betreffend Verwendung des Übergewinnes für Projekte und Aufgaben im Interesse der Informationsgesellschaft befürworten, da eine formelle Gesetzliche Grundlage hingegen fehlt und damit ein Quersubventionierung erfolgt, beantragen wir, dass vorderhand dieser Vorschlag nicht in die AEFV aufgenommen wird, sondern zuerst vertieft wird. Die in Ziff. 1.1.3 vorgeschlagenen alternativen Möglichkeiten zum Gewinnabbau sind vom BAKOM zu prüfen. Sie könnten im aktuell geltenden gesetzlichen Rahmen umgesetzt werden.

Antrag: Art. 14c bis Abs. 3 AEFV ist zu streichen. Der Art. 14c bis AEFV ist in der bisherigen Fassung beizubehalten.

2. Art. 14cbis Abs. 4 AEFV Ausgestaltung der Projekte aus Einnahmeüberschuss zu wenig präzise

2.1. Kommentar

Unter der Annahme, dass in der AEFV neu die Finanzierung von Projekten aus dem kumulierten Einnahmeüberschuss der Registerbetreiberin geregelt wird (wofür jedoch aus den oben genannten Gründen die gesetzlichen Grundlagen fehlen), ist die Regelung von Abs. 4 zu wenig präzise.

Es reicht nicht aus, dass das BAKOM gemäss dem Entwurf lediglich den für Projekte zu reservierenden Anteil des Einnahmeüberschusses sowie die zu finanzierenden Projekte bezeichnet. Notwendig ist vielmehr, dass das BAKOM umfassend festlegt, welche Projekte mit welchen Beträgen gefördert werden, und mit den für das Projekt Verantwortlichen auch die entsprechenden Vereinbarungen trifft sowie die Kontrolle der Mittelverwendung durchführt. Es kann nicht Aufgabe der Registerbetreiberin sein, ausserhalb ihres eigentlichen Tätigkeitsbereiches die Administration und Kontrolle von Projektfinanzierungen zu übernehmen. Selbst dann, wenn Art. 28 Abs. 2 sowie Art. 40 und 41 FMG eine Grundlage dafür geben sollten, dass Einnahmeüberschüsse der Registerbetreiberin für die Finanzierung von Projekten herangezogen werden können, besteht keine Grundlage dafür, dass die Aufgabe zur Administration und Kontrolle einer solchen Projektfinanzierung auf die Registerbetreiberin übertragen werden kann. In diesem Falle müsste der Aufgabenkatalog der Registerbetreiberin in Art. 14a Abs. 2 AEFV ergänzt werden. Es fehlt jeder sachliche Zusammenhang mit der Zuteilung und Verwaltung von Adressierungselementen, worauf sich die Delegationsnorm in Art. 28 Abs. 2 FMG jedoch beschränkt.

Es fehlt auch ein anderer Vorschlag zur Projektorganisation. Sollen die Übergewinne dem BAKOM übertragen werden oder einer zu errichtenden Stiftung oder einem Fonds? Nach welchen Kriterien werden Projekte ausgewählt und unterstützt und wer beaufsichtigt und kontrolliert die Projekte?

2.2. Antrag

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein nicht durchdachter Vorschlag auf dem Tisch liegt, dem es in dieser Form an Präzision fehlt.

Antrag: Art. 14c bis Abs. 4 AEFV ist zu streichen. Der Art. 14c bis AEFV ist in der bisherigen Fassung beizubehalten.

3. Art. 14cbis Abs. 5 AEFV Regelung hinsichtlich Ende der Delegationsdauer

3.1. Kommentar

Die in dieser Bestimmung vorgesehene Pflicht der Registerbetreiberin zur Überweisung eines allfälligen am Ende der Delegationsdauer noch vorhandenen Einnahmeüberschusses an das BAKOM ergibt sich konsequenterweise aus dem in Abs. 1-3 geregelten Preisregulierungsregime. Jedoch sind aus den im Zusammenhang mit Abs. 3 erwähnten Gründen auch diese Mittel für künftige Preisreduktionen einzusetzen und nicht für die Finanzierung von Projekten der Informationsgesellschaft, wie dies in Abs. 5 des Änderungsentwurfs vorgesehen ist.

Unter der Annahme, dass Projektfinanzierungen möglich sein sollten, gelten bezüglich der damit im Zusammenhang stehenden Modalitäten die Ausführungen betreffend Abs. 4 entsprechend.

Darüber hinaus anerkennt SWITCH, dass es eine Regelung in Hinblick auf das Ende der Delegationsdauer benötigt. Zu Berücksichtigen ist z.B. dass für laufende Abonnementsperioden SWITCH bereits Gebühren vereinnahmt hat, während die neue Registerbetreiberin für die Restlaufzeit bereits vorleistungspflichtig wird. Diese Abonnementsgebühren müssten der neuen Registerbetreiberin überwiesen werden und dürfen nicht in Projekten eingesetzt werden oder in der allgemeinen Bundeskasse verschwinden..

In Hinblick auf das Vertragsende per 31.3.2015 bleibt aber genügend Zeit um eine detaillierte Regelung auszuarbeiten.

3.2. Antrag

Antrag: Art. 14c bis Abs. 5 AEFV ist zu streichen. Der Art. 14c bis AEFV ist in der bisherigen Fassung beizubehalten.

4. Art. 14f Abs. 3 AEFV

4.1. Kommentar

4.1.1. Allgemeines

Die vorgeschlagene Änderung in Art. 14f Abs. 3 AEFV besteht darin, die Liste der Bestimmungen, welche für Domain-Namen keine Geltung haben, um Abs. 4 von Art. 4 AEFV zu ergänzen. Gemäss Art. 4 Abs. 4 AEFV müssen die Inhaber von Adressierungselementen mit Sitz im Ausland in der Schweiz eine Korrespondenzadresse verzeichnen, an welche Mitteilungen, Vorladungen und Verfügungen rechtsgültig zugestellt werden können.

4.1.2. Zahlenmaterial

Derzeit haben rund ein Sechstel der Domain-Namen Halter (Wohn-)Sitz im Ausland, was einer Zahl von 100'000 Haltern oder 200'000 Domain-Namen entspricht. Rund zwei Drittel aller Partner haben Sitz im Ausland.

4.1.3. Liberale offene Regelung vs. restriktives System

Die Registrierungsbedingungen für .ch Domain-Namen sind seit Anbeginn liberal und offen, im Gegensatz zu ganz restriktiven Bedingungen bei anderen TLD's wie z.B. bei Frankreich oder ursprünglich Norwegen. Tendenziell zeichnet sich bei den einzelnen Registerbetreiberinnen eine Lockerung d.h. Liberalisierung der Registrierungs voraussetzung ab.

4.1.4. Keine Voraussetzung des Wohnsitzes in der Schweiz für Halter

Für die Registrierung eines .ch Domain-Namen besteht derzeit kein Wohnsitz-Erfordernis für den Halter. Die Registrierung von Domain-Namen läuft vollautomatisch ab. Es wird bei Schweizer Adressen eine Prüfung vorgenommen, ob Strasse und Postleitzahl übereinstimmen. Bei Nichtübereinstimmung kann der Kunde die Fehlermeldung allerdings wegeklicken, da es immer wieder Fälle gibt, da das Verzeichnis der Post, das unsere Quelle ist, nicht zu 100% zuverlässig ist. Bei Adressen im Ausland wird keine Prüfung vorgenommen.

Seit 1.3.2009 muss, wer einen Domain-Namen registrieren will, diesen voranzahlen, bevor er ihn nutzen kann. Damit ist zumindest sichergestellt, dass niemand einen Domain-Namen kostenlos für eine strafbare Handlung nutzt. SWITCH rechnet damit, dass diese Einschränkung potentielle Betrüger soweit abschreckt, dass sie andere Toplevel Domain-Namen für ihre Tätigkeit auswählen, wo die Bedingungen einfacher sind. Aufgrund der erst kürzlich umgesetzten Massnahme kann SWITCH noch kein Zahlenmaterial zur Effektivität der Massnahme zur Verfügung stellen.

4.1.5. Wohnsitzvoraussetzung zur Vereinfachung der Identifikation des Halters?

Können Domain-Namen unter .ch nur durch Halter mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz registriert werden, führt dies dazu, dass Kriminelle Identitätsbetrug begehen d.h. Adressen von Personen

aus dem öffentlich zugänglichen Telefonbuch nehmen, den Domain-Namen unter deren Name registrieren und den Domain-Namen mit Kreditkarte bezahlen. Die betroffene Person merkt von diesem Umstand erst etwas, wenn die Polizei sie zur Einvernahme einlädt. Nur eine Adresse in der Schweiz zu verlangen ohne eine geeignete Form der Identifikation des Antragsstellers ist ein ungeeigneter und sogar kontraproduktiver Ansatz. Auf der Kostenseite wäre das hingegen relativ einfach umzusetzen.

Derzeit geht die Registerbetreiberin mit Fällen von Identitätsbetrug so vor, dass sie von der betroffenen Person eine schriftliche Bestätigung verlangt und sodann den Domain-Namen löscht. Wer effektiv den Domain-Namen registriert hat, lässt sich in diesen Fällen nicht ermitteln, da in der Regel die entsprechenden Kreditkarten ebenfalls gestohlen sind.

Die Adresse des Halters müsste also vor der Zuteilung verifiziert werden. Es sind folgende Ansätze denkbar:

- Die Registrierungsstelle schickt einen Brief zur Bestätigung an die angegebene Schweizer Postadresse. Wenn der Brief unterschrieben zurück kommt, dann hat man zumindest die Gewähr, dass Briefpost an die angegebene Adresse zustellbar ist und auch beantwortet wird.
- Erst mit dem Eingang der Bestätigung wird der Domain-Name zugeteilt.
- Der Antragssteller muss mit einem Formular und einem geeigneten Ausweis auf einer offiziellen Stelle (Postamt, Gemeindekanzlei) vorbei und sich eine Bestätigung geben lassen, dass Ausweis und Formular zusammen gehören. Damit kann dann ein Domain-Name beantragt werden.

Gegenüber den heute voll automatisierten Zuteilungs-Prozessen würde dies den Domain-Namen um Faktoren verteuern.

Wenn SWITCH den Verdacht hat, oder auf Grund eines Hinweises, dass Halter-Angaben nicht stimmen, bitten SWITCH den Halter sich innert einer angemessenen Frist mittels Wohnsitz-Bestätigung oder Handelsregisterauszug zu identifizieren. Erfolgt keine Identifikation innert frist, wird der Domain-Name widerrufen. Dies ist ein effizientes und verhältnismässiges Mittel.

4.1.6. Das Wholesale Modell

Rund 55% der mittels Partner registrierten Domain-Namen werden an Halter im Ausland zugeteilt. Mit der Voraussetzung, der Halter müsste in der Schweiz (Wohn-)Sitz haben, würde den Partnern im Ausland das Geschäft komplett entzogen.

4.1.7. Zusätzlicher Schweizer Kontakt als Alternative

Zudem wäre denkbar, dass man einen weiteren Kontakt, einen administrativen Kontakt einführt, der seinen Wohnsitz in der Schweiz haben muss. Dieser würde als Zustellungsbevollmächtigter agieren.

Es ist klar zu definieren, was dessen zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit ist. Bei der

Einführung ist zu berücksichtigen, dass bei einer Nichtangabe durch bestehende ausländische Halter von .ch Domain-Name, der Domain-Name gelöscht werden müsste. Erfolgt dies bei einer Vielzahl von Kunden, kann dies zur Überlastung des Helpdesks führen, weshalb eine dynamische Deadline zu setzen wäre. Dieses Modell findet in Deutschland Anwendung, weil es historisch so gewachsen ist. Obwohl grundsätzlich denkbar bietet diese zusätzliche Komplexität wenig sichtbare Vorteile.

4.2. Antrag

Da diese Bestimmung gegenüber Inhabern von Domain-Namen weder bisher durchgesetzt wurde, noch dies in Zukunft geplant ist, macht die Ergänzung der Ausnahmeliste in Art. 14f Abs. 3 AEFV um Abs. 4 von Art. 4 AEFV Sinn.

<p>Antrag: Wir befürworten die Ergänzung von Art. 14f Abs. 3 AEFV um Art. 4 Abs. 4 AEFV.</p>

5. Art. 14fbis AEFV Widerruf und Blockierung bei Missbrauchsverdacht

5.1. Kommentar

5.1.1. Einleitende Bemerkung

Die vom BAKOM vorgeschlagene Lösung bekräftigt das Vertrauen in SWITCH, dass die Registerbetreiberin kompetent mit ihren Experten aus dem CERT-Team in der Lage ist, Missbrauchsfälle gekonnt zu handhaben und abzuwickeln. Wir danken an dieser Stelle dem BAKOM für das uns entgegengebrachte Vertrauen und die Flexibilität zur gemeinsamen Lösungsfindung in dieser Angelegenheit.

5.1.2. Keine Wahrung öffentlicher Interessen durch die Registerbetreiberin

Die neue Bestimmung von Art. 14fbis AEFV, wonach die Registerbetreiberin Domain-Namen widerrufen kann, welche ausschliesslich dafür benutzt werden, um Phishing zu betreiben oder Malware zu verbreiten, dient gemäss den Ausführungen des Erläuterungsberichts dem öffentlichen Interesse und dem Schutz von Dritten, welche durch Phishing und Malware-Attacken gefährdet werden. Gleichzeitig wird jedoch im Erläuterungsbericht ausgeführt, dass es nicht Aufgabe der Registerbetreiberin sei, zu prüfen, ob ein Verhalten aus z.B. strafrechtlicher Sicht widerrechtlich ist. Dies sei der Grund, warum in Art. 14fbis Abs. 1 lit. b AEFV die Widerrufsmöglichkeit daran geknüpft ist, dass das Vorliegen eines Verdachts betreffend Phishing oder Verbreitung von Malware durch eine vom BAKOM anerkannte Stelle gestützt wird.

Mit dieser Zielsetzung verträgt sich jedoch nicht, dass die Regelung als Kann –Vorschrift ausgestaltet ist. Denn damit liegt die Beurteilung, ob ein Widerruf erfolgen soll oder nicht, letztlich wieder bei der Registerbetreiberin. Wenn es jedoch nicht Aufgabe der Registerbetreiberin ist, die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens zu beurteilen, so darf ihr nicht ein

Ermessen für den Endentscheid des Widerrufs übertragen werden, auch nicht wenn ein von einer anerkannten Stelle gestützter Verdacht vorliegt. Zudem ist völlig unklar, nach welchen Kriterien die Registerbetreiberin ihren Kann-Entscheid treffen soll. Klare Entscheidungsrichtlinien sind aber für die Registerbetreiberin unerlässlich, da sie sonst das Risiko läuft, dass sie von den betroffenen Dritten verantwortlich gemacht wird, ihre Entscheidungskompetenz nicht richtig ausgeübt zu haben. Eine solche Verantwortung kann die Registerbetreiberin nicht übernehmen.

Der Entscheid bezüglich des Widerrufs zur Wahrung öffentlicher Interessen ist durch die zuständigen Behörden zu treffen. Diese haben sich nicht nur unverbindlich bezüglich des Vorliegens eines Verdachts zu äussern. Auf der Grundlage eines verbindlichen Behördenentscheides erfolgt dann die Löschung der Name-Server-Zuordnung zu einem Domain-Namen durch die Registerbetreiberin als rein ausführendes Organ, wie dies bereits in Ziff. 5.2 und 6.3 der TAV und in den AGB der Registerbetreiberin vorgesehen ist. Eine Regelung, wonach die Registerbetreiberin bei Verdacht zum Schutz des öffentlichen Interesses Domain-Namen widerrufen kann, ist daher nicht notwendig.

5.1.3. Kein Ersatz für mangelnde behördliche Verfügungskompetenzen – fehlende gesetzliche Grundlage

Das BAKOM verfügt über die Möglichkeit zum Widerruf von Domain-Namen bei deren Nutzung zu widerrechtlichen Zwecken, basierend auf Art. 11 Abs. 1 lit. b AEFV. Diese Bestimmung gilt auch für Domain-Namen (vgl. die Ausnahmeliste von Art. 14f Abs. 3 AEFV, wo Art. 11 Abs. 1 lit. b AEFV nicht erwähnt ist).

Soweit es jedoch Behörden oder anderen vom BAKOM anerkannten Stellen im Sinn von Art. 14fbis Abs. 1 lit. b AEFV an einer verbindlichen Verfügungskompetenz mangelt, kann diese auch nicht dadurch ersetzt werden, dass die Behörde bzw. Stelle einen Verdacht ausspricht bzw. stützt, damit dann die Registerbetreiberin einen Widerruf der Name-Serverzuordnung oder des Domain-Namens vornimmt. Insofern fehlt es dem Vorschlag von Art. 14fbis AEFV an der notwendigen gesetzlichen Grundlage.

5.1.4. Widerruf bei Verletzung des Rechtsverhältnisses mit der Registerbetreiberin

Die bisherigen in Ziff. 6.3 TAV und in den AGB der Registerbetreiberin vorgesehenen Möglichkeiten zum Widerruf von Domain-Namen durch die Registerbetreiberin dienen nicht dem Schutz des öffentlichen Interesses, sondern dem Schutz der Interessen der Registerbetreiberin aus dem mit den Domain-Namen Inhabern bestehenden Vertragsverhältnis. Dies gilt insbesondere auch für Ziff. 6.3 lit. c TAV, wonach ein Widerruf bei rechtswidrigem Verhalten des Inhabers eines Domain-Namens möglich ist, wenn die Gefahr besteht, dass die Registerbetreiberin im Zusammenhang damit selber rechtlich verantwortlich gemacht werden könnte (z.B. wegen Beihilfe). Im Zusammenhang mit dem Entscheid der Registerbetreiberin über einen Widerruf auf dieser Grundlage kann ein von einer kompetenten Behörde geäussertes und begründeter Verdacht für die Registerbetreiberin durchaus relevant sein, wie dies in dem zwischen der KOBİK und der Registerbetreiberin abgestimmten Vorgehen der Fall war, auf welches auch im Rahmen des Erläuterungsberichts Bezug genommen wird. An dieser Stelle sei festgehalten, dass es darüber keine vertragliche Vereinbarung gibt noch je gab. Bei dieser Regelung muss es aus den oben erwähnten Gründen sein Bewenden haben.

5.1.5. Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Fragwürdig ist die Bestimmung auch dahingehend, dass gemäss Art. 14fbis Abs. 1 bereits bei einem blossen Verdacht des Phising oder der Verbreitung von Malware ein Widerruf erfolgen soll. Es stellt sich hier die Frage der Verhältnismässigkeit, da ja bereits durch eine Unterbrechung der Name-Server-Zuordnung der Missbrauch verhindert werden kann (vgl. auch unten Ziff. 3.5). Bei dem im Erläuterungsbericht erwähnten, zwischen der KOBIK und der Registerbetreiberin abgestimmten Vorgehen wurden jeweils keine Domain-Namen widerrufen, sondern lediglich die Name-Server-Zuordnung unterbrochen.

Der Widerruf bereits bei blossem Verdacht ist auch deshalb als Massnahme fraglich, weil er gemäss Abs. 1 von Art. 14fbis nur erfolgen darf, wenn ein Domain-Name ausschliesslich für Zwecke des Phising oder für die Verbreitung von Malware verwendet wird. Zwar lässt sich wohl der Verdacht des Missbrauchs eines Domain-Namens für die genannten verpönten Zwecke relativ einfach feststellen. Ob hingegen die zusätzliche Voraussetzung der Ausschliesslichkeit der missbräuchlichen Verwendung des Domain-Namens erfüllt ist, lässt sich im blossen Verdachtsstadium kaum hinreichend verlässlich beurteilen. Weshalb die Norm in den meisten Fällen gar nicht anwendbar wäre.

5.1.6. Fehlende Geeignetheit

Die in Abs. 2 erwähnte Massnahme der Blockierung des Domain-Namens, was bedeutet, dass der Domain-Name vom Inhaber nicht mehr auf einen Dritten übertragen werden kann, ist im Kontext der vorgeschlagenen Regelung nicht ganz ohne Sinn. Um die missbräuchliche Nutzung von Domain-Namen zu verhindern, steht aber als rasch wirksame Massnahme die Unterbrechung der Name-Server-Zuordnung im Vordergrund. Diese Massnahme wird jedoch in Art. 14fbis AEFV gar nicht erwähnt, womit sich die Frage stellt, ob die Regelung in der vorgeschlagenen Form überhaupt geeignet ist, die angestrebten verhältnismässigen Ziele zu erreichen.

Aus den oben erwähnten Gründen ist diese Massnahme zudem nicht auf die in Abs. 2 vorgesehene Frist von lediglich 5 Tagen zu beschränken. Liegt ein Verdacht vor, der von einer vom BAKOM anerkannten Stelle bestätigt wird, so muss die Unterbrechung der Name-Server-Zuordnung ohne Befristung bis auf weiteres erfolgen können.

5.1.7. Fehlende Verfügungsbefugnis der Registerbetreiberin

Gemäss Art. 14fbis Abs. 4 AEFV soll die Registerbetreiberin auf Begehren des betroffenen Domain-Namen-Inhabers eine anfechtbare Verfügung erlassen. Als Begründung hierfür wird im Erläuterungsbericht ausgeführt, dass wegen des ziemlich hoheitlichen Charakters der in Art. 14fbis AEFV vorgesehenen Massnahmen die Betroffenen eine anfechtbare Verfügung verlangen können müssen.

Dies widerspricht jedoch offensichtlich der Tatsache, dass das Verhältnis zwischen der Registerbetreiberin und den Inhabern von Domain-Namen gemäss Art. 14c AEFV dem Privatrecht untersteht. Für hoheitliche Verfügungen der Registerbetreiberin besteht daher keine Grundlage. Es bestätigt sich somit, dass der Widerruf und die Blockierung von Domain-Namen aus öffentlichem Interesse durch die Registerbetreiberin nicht in den bisherigen Kontext der

Regulierung von Domain-Namen passen.

Anders ist es jedoch bei den in der TAV und in den AGB geregelten Widerrufsmöglichkeiten der Registerbetreiberin. Diese haben ihre Grundlage unmittelbar im direkten Rechtsverhältnis zwischen der Registerbetreiberin und den Domain-Namen-Inhabern. Gegen einen ungerechtfertigten Widerruf kann der betroffene Domain-Namen-Inhaber wegen Verletzung des mit der Registerbetreiberin abgeschlossenen Vertrages zivilrechtliche Klage erheben. Bei Widerruf aus öffentlichem Interesse haben dagegen die zuständigen Behörden zu entscheiden und gegen diese Entscheide sind gegebenenfalls Rechtsmittel zu ergreifen. Die Registerbetreiberin wirkt in diesen Fällen lediglich als ausführendes Organ basierend auf einem rechtskräftigen Behördenentscheid, wie dies in Art. 5.2 und 6.3 der TAV und in den AGB der Registerbetreiberin bereits vorgesehen ist.

5.2. Antrag

Entsprechend den obigen Erläuterungen schlägt SWITCH die nachfolgende Änderung vor. SWITCH ist aber auch bereit in Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden eine Lösung auszuarbeiten, die im Interesse der Informationsgesellschaft ist.

Antrag: Änderung von Art. 14f

Art. 14bis ~~Widerruf~~ Löschung der Name-Server-Zuordnung und Blockierung bei Missbrauchsverdacht

1 Die Registerbetreiberin ~~kann~~ muss die Name-Serverzuteilung ~~Zuteilung zu einem~~ eines Domain-Namens widerrufen, wenn:

a. der begründete Verdacht besteht, dass dieser Domain-Name nur benutzt wird, um:

1. mit unrechtmässigen Methoden an schützenswerte Daten zu gelangen, oder
2. schädliche Software zu verbreiten; und

b. der Verdacht sich auf den Antrag einer in der Bekämpfung der Cyberkriminalität vom Bundesamt anerkannten Stelle stützt.

2 Sie kann die ~~Benutzung~~ Name-Serverzuordnung eines Domain-Namens für höchstens fünf Werktage löschen und den Domain-Namen blockieren, wenn die Bedingungen gemäss Absatz 1 Buchstabe a erfüllt sind, aber der Antrag einer Stelle gemäss Absatz 1 Buchstabe b fehlt.

3 Sie teilt dem Inhaber oder der Inhaberin die Löschung der Name-Server-Zuordnung und Blockierung und den Widerruf umgehend elektronisch mit und macht eine Identifikationsanfrage, die bei Nichtbeantworten zum Widerruf des Domain-Namens führt.

4 ~~Mit dem Widerruf endet die Zuteilung des Domain-Namens an den Inhaber oder die Inhaberin. Dieser Domain-Name ist 30 Tage nach dem Widerruf zur erneuten Zuteilung frei. Die Registerbetreiberin~~ Das BAKOM muss auf Begehren des betroffenen Inhabers oder der betroffenen Inhaberin innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach der Blockierung oder dem Widerruf des Domain-Namens eine Verfügung i.S. von Art. 11 Abs. 2 lit. b AEFV erlassen.

5 Die Registerbetreiberin dokumentiert die Widerrufe und Blockierungen und erstattet dem Bundesamt ~~vierteljährlich~~ regelmässig Bericht darüber. Sie kann auch den anerkannten Stellen gemäss Absatz 1 Buchstabe b über die Widerrufe und Blockierungen Auskunft geben.

SWITCH, Zürich 2. Juni 2009