



Eidgenössisches Departement für Um-
welt, Verkehr, Energie und
Kommunikation
Bundesamt für Kommunikation

Per Mail an:
tp-secretariat@bakom.admin.ch

Zürich, 18. März 2020

Vernehmlassung zur Neufassung der FMG-Verordnungen, speziell der VID

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren

SAFE (Schweizerische Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie) ist ein Verein, dessen Mitglieder, Organisationen und Unternehmen, Inhaber von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten an audiovisuellen Werken (wie Film oder Musik) sind oder mit solchen Rechten handeln; und dessen Zweck im Schutz solcher Rechte, insbesondere in der Bekämpfung der Piraterie, besteht.

Wir beziehen uns auf die vorgesehenen Neuregelungen, insbesondere der WHOIS-Datenbanken, in der **Verordnung über Internet-Domains (VID)**.

Datenschutz, nicht Täterschutz

Wir haben Verständnis für das von der ICANN – und im Nachvollzug vom Bundesrat – verfolgte Anliegen, die öffentlich zugänglichen WHOIS-Register unter schweizerischer Zuständigkeit datenschutzkonform auszugestalten. Massstab für das schweizerische Verordnungsrecht muss die geltende bzw. zukünftige **Datenschutzgesetzgebung der Schweiz** sein.

Dabei ist es von grösster Bedeutung, Datenschutzinteressen gegen **legitime Interessen am Zugang** zu solchen Registerdaten abzuwägen und die Balance zu wahren. Es muss möglich bleiben, Daten im Zusammenhang mit der **Durchsetzung des Rechts** gegen Rechtsverletzungen zu bearbeiten; und dies nicht nur durch Strafverfolgungsbehörden, sondern auch und in erster Linie **durch Betroffene selbst**, die sich gegen Verletzungen ihrer Rechte zur Wehr setzen und diese unterbinden wollen.

Das ist um so wichtiger, wo es um den **Missbrauch von Top Level Domains wie .ch und .swiss**, die weltweit mit der Schweiz identifiziert werden, für rechtsverletzende Angebote geht.

Solchen Missbrauch gilt es von vornherein durch **hohe rechtliche Anforderungen** und **Transparenz** zu unterbinden.

Bekanntlich werden zahllose **Rechtsverletzungen im Internet**, darunter Verletzungen von Urheber- und verwandten Schutzrechten, über Webseiten begangen, die unter registrierten



Domains angeboten werden. Als Beispiel kann auf die widerrechtlichen Angebote tausender Filme verwiesen werden, die Gegenstand des Verfahrens waren, welches BGE 145 III 72 vorausging (vgl. dort E. A.b und B.a).

Es ist ebenso bekannt, dass das Internet den Tätern solcher Rechtsverletzungen vielfältige Möglichkeiten bietet, ihre **Identität und Standorte zu verschleiern** und sich so einer Rechtsdurchsetzung zu entziehen.

Während Domain-Inhaber und Webseite-Betreiber einerseits Zuflucht zur Anonymität des Internets nehmen, suchen sie andererseits mit ihren Inhalten und Angeboten – auch mit widerrechtlichen – die breiteste denkbare Öffentlichkeit. Diese **Asymmetrie** darf der **Rechtsdurchsetzung** nicht entgegenstehen; **Datenschutz** darf nicht zum **Täterschutz** werden. Es gibt kein legitimes Interesse, in völliger Anonymität und ungreifbar für den Rechtsstaat Angebote an die breite Öffentlichkeit im Internet zu richten.

Dies um so weniger, als die Nutzung eines der in im FMG und der VID geregelten Domainnamen ein **öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis** begründet (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 VID), mithin der Staat die Möglichkeit und die Aufgabe hat, durch geeignete Regelungen die Wahrung der Rechtsordnung zu gewährleisten.

Mit Art. 28e lit. b FMG hat der Bundesrat die Kompetenz, die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Domains und insbesondere das Zurverfügungstellen einer **öffentlich zugänglichen Datenbank**, die jedermann den Zugang zu **Angaben über Domain-Halter** gewährleistet, in der Verordnung zu regeln. Er kann zudem **Massnahmen gegen die widerrechtliche** oder mit der öffentlichen Ordnung unvereinbare **Nutzung von Domainnamen** treffen (lit. c). Davon sollte er zur Wahrung der schweizerischen Rechtsordnung (was den Schutz des Urheberrechts einschliesst) Gebrauch machen.

WHOIS-Einträge sind unentbehrlich für die Rechtsdurchsetzung

Die Angaben, unter denen die benutzten **Domains und deren Halter** registriert sind und die – bislang – in WHOIS-Datenbanken ersichtlich sind (Art. 46 Abs. 1 lit. b und f, 52 Abs. 1 lit. b und c VID), erweisen sich in vielen Fällen als einziger greifbarer **Anhaltspunkt** für die mögliche Identität der **Betreiber dieser Angebote**. Davon hängt ab, ob und welche rechtlichen Schritte gegen diese ergriffen werden können.

Die Notwendigkeit solchen Vorgehens akzentuiert sich noch, nachdem das Bundesgericht im zitierten Entscheid einen Anspruch auf die Sperrung des Zugangs zu solchen illegalen Web-Angeboten abgelehnt hat, deren ungehinderte Zugänglichkeit in der Schweiz also (anders als in den meisten umliegenden Ländern) hingenommen werden muss. Vielmehr hat das Gericht betroffene Rechteinhaber auf die **Rechtsdurchsetzung** u.a. **gegenüber den Portalbetreibern** verwiesen (vgl. E. 2.2.3). Es liegt auf der Hand, dass solche Rechtsdurchsetzung ohne Anhaltspunkte, wer diese Betreiber sein können und von welchem Rechtsraum aus sie operieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt ist.

Dabei können auch Strafverfolgungsbehörden nicht regelmässig Abhilfe schaffen. Es ist weder im Interesse der Rechtspflege noch der Betroffenen, ganze Bereiche der Rechtsdurchsetzung **allein der Strafverfolgung aufzubürden** – wie es bereits der neue URG-Art. 77i zur Folge hat, wonach bei Rechtsverletzungen erhobene IP-Adressen (nur) noch zu diesem Zweck bearbeitet werden dürfen. Strafuntersuchungen sind auch von notorisch langer Dauer – in der Regel vergehen mehrere Jahre, bis wirksame Massnahmen gegen rechtsverletzende Angebote ergriffen werden (können).

Es ist deshalb unerlässlich, dass Rechteinhaber, die von Rechtsverletzungen über Webseiten betroffen sind, selber **Zugang zu den Angaben über die Halter der Domain** – hinter der sich die Betreiber verbergen – nehmen können. Der Entwurf sieht dies in Art. 46/52 Abs. 3 E-VID im Grundsatz vor, und setzt hierfür ein **überwiegendes Interesse** voraus, ohne indessen konkreter zu werden.



Der erläuternde Bericht verweist zu Recht auf **Inhaber von Rechten an geistigem Eigentum** (und deren Anwälte, S. 47, 50). Wie gezeigt, dürfte das Interesse an der Rechtsdurchsetzung gegenüber Betreibern rechtsverletzender Webseiten zu den klarsten und häufigsten Fällen zählen, in denen auf die Identität und den Kontakt der Halter/Betreiber zugegriffen werden muss.

Pflicht zur Erhebung der Halter-Daten

Dafür müssen, erstens, diese **Daten vom Registerbetreiber verbindlich erfasst und hinterlegt** werden.

Da die Verwaltung der WHOIS-Datenbank zu den Aufgaben der Registerbetreiberin gehört (Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 VID), muss zu deren **Aufgaben nach Art. 10** auch gehören, diejenigen Daten der Halter zu erheben, die zur Identifizierung und Kontaktierung des Domainhalters erforderlich sind («**know your customer**»). Das mussten sie bereits bisher, da sie in der WHOIS-Datenbank zu veröffentlichen waren (Art. 46 Abs. 1 lit. b und f, 52 Abs. 1 lit. b und c VID). Nur dann wird sie, neu, der **Pflicht zur Offenlegung** nach Art. 46/52 Abs. 3 E-VID nachkommen können. Eine solche Rechtspflicht begründet zugleich die Zulässigkeit der Datenbearbeitung (Art. 13).

Dem entsprechend sind die **Halter von Domainnamen zu verpflichten**, auch diejenigen Informationen aktuell und korrekt zu halten, die erforderlich sind, um ihnen gegenüber Rechte geltend zu machen und durchzusetzen (Art. 29 Abs.1 VID).

Es genügt nicht, wenn dazu nur die Registrare verpflichtet sind (Art. 17 Abs. 2 lit. e VID, Art. 52 Abs. 5 E-VID). Es genügt auch nicht, wenn ein Instrument eingerichtet wird, mit dem der Halter **«anonym kontaktiert»** werden kann (Art. 46 Abs. 1 lit. e E-VID); schon gar nicht, wenn dies «ein Link zu einem elektronischen Formular» ist, von dem der Inhalt der Nachricht «an die E-Mail-Adresse des betreffenden Kontakts weiterzuleiten» wäre, oder «eine anonyme virtuelle E-Mail-Adresse», «über die der ...Kontaktperson des Domain-Namens eine Nachricht gesandt werden kann (per Umleitung an deren tatsächliche Adresse)» (so der Bericht, S. 49). Es ist notorisch, dass Rechtsbrecher – um die es bei der Rechtsdurchsetzung geht – über E-Mail-Kontakte in aller Regel nicht erreichbar sind und **solche Nachrichten ins Leere gehen**. Solche Instrumente sind reine Augenwischerei.

Keinesfalls darf es in der Schweiz zu Rechtszuständen wie in **Jurisdiktionen wie Tonga** (TLD .to) kommen, wo Domainhalter Anonymität beanspruchen können, und die deshalb massenhaft für die Domains rechtsverletzender Dienste (wie kinox.to, movie32k.to und ähnliche) benutzt werden.

Pflicht zur Veröffentlichung der Halter-Daten juristischer Personen

Juristische Personen können sich von vornherein nicht auf den Datenschutz der DSGVO (auf welche die ICANN sich bezieht) und des künftigen schweizerischen Datenschutzgesetzes (Art. 4 lit. a E-DSG v. 15.9.2017) berufen. Es ist auch sonst kein legitimes Interesse ersichtlich, solche juristischen Personen – die ja auch z.B. im Handelsregister, als Marken- oder Designinhaber usw. in entsprechenden Registern öffentlich ersichtlich sind – vor der Identifizierung im Zusammenhang mit ihren Domains zu schützen. Es besteht daher kein Anlass, Daten, die sich auf juristische, statt auf natürliche, Personen als Domain-Halter bzw. Kontakt beziehen, aus den WHOIS-Registern zu entfernen. Diese sollten **systematisch sichtbar** bleiben. Statt der Kann-Bestimmung (Art. 46 Abs. 2 lit. a, 52 Abs. 1 lit. a und b E-VID) braucht es eine **Rechtspflicht**, diese Daten zu erheben und zu veröffentlichen.

Pflicht zur Offenlegung der übrigen Halter-Daten

Entscheidend ist sodann, dass Betroffene, die eine Rechtsverletzung durch den Betrieb einer Website/Domain geltend machen, auch zu den (neu) **nicht-öffentlichen Halter-Daten Zu-**



gang nehmen können, und dies in **einfacher Weise**, ohne erschwerende Hürden und ohne Kosten, die von der Rechtsdurchsetzung abhalten könnten.

Erleichtertes Zugangsverfahren

Da es um eine wichtige Funktion in der Durchsetzung des geltenden Rechts geht, kann es nicht vom Ermessen der Registerbetreiberin abhängen, ob sie ein spezifisches und erleichtertes Zugangsverfahren für Betroffene von Rechtsverletzungen einrichtet (so der Bericht, S. 48; Art. 46 Abs. 5, 52 Abs. 5 Satz 2 E-VID).

Der Rechtsstaat erfordert, dass erstens ein solches **erleichtertes Verfahren verbindlich** vorgegeben, und zweitens in den Grundzügen **in der Verordnung geregelt** wird.

Diese muss aufführen, **welche Betroffenen** in jedem Fall Zugang zu einem solchen Offenlegungs-Verfahren haben. Darunter sind die **Inhaber verletzter Urheber- und verwandter Schutzrechte** nach dem URG, deren Rechtsvertreter, aber auch in- und ausländische Vereinigungen solcher Rechteinhaber aufzuführen, zu deren statutarischen Aufgaben die Abwehr von Verletzungen solcher Rechte ihrer Mitglieder gehört (sogenannte **Content Protection Organisations**, wie SAFE, oder die deutsche Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen e.V. GVU). Solche Vereinigungen unterstützen ihre Mitglieder u.a. durch forensische Abklärungen ihrer Experten, wozu diese den Zugang zu den Halter-Daten benötigen.

Es bedarf einer **einfach zu erfüllenden und zu prüfenden Vorgabe**, nach der der Betroffene sein überwiegendes Interesse geltend machen kann. Der Verweis auf Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO (Bericht S. 47) setzt einen **unverhältnismässig hohen Massstab**: Verlangt er doch, dass der Betroffene wie vor Gericht seine Klagelegitimation nachweist (sie ist dort Prozessvoraussetzung), und dass der Registerbetreiber dies wie ein Gericht prüft. Es kann nicht von der Beurteilung durch den Registerbetreiber im Einzelfall abhängen, ob er dieses für gegeben hält; dies würde dem Registerbetreiber eine aufwendige und **rechtlich unsichere Fallprüfung** aufbürden und einen falschen Anreiz setzen, den Zugang **im Zweifel eher nicht** zu gewähren. Jedenfalls zu vermeiden ist, dass Betroffene sich den Zugang jeweils vor Gericht erstreiten müssten. Beides ist weder dem Betroffenen, noch dem Registerbetreiber zuzumuten.

Es muss für den Zugang genügen, wenn der Betroffene seine Rechtsinhaberschaft und die Verletzung seines Rechts **durch eidesstattliche Erklärung glaubhaft** macht (dazu die Angabe der betroffenen Domain[s] und allenfalls eines von der Rechtsverletzung betroffenen Werks oder Schutzgegenstands).

Kostenfreiheit / Kostendeckel

Nachdem bislang WHOIS-Angaben **ohne weiteres und kostenfrei** zugänglich sind, besteht an sich kein Grund, den Registerbetreibern unter der Neuregelung einen Kostenbeitrag für die Offenlegung solcher Daten zuzubilligen. Eine inhaltliche Prüfung des Gesuchs ist, wie gesagt, nicht statthaft; der bloss technisch eingerichtete Zugang auf den ohnehin geführten, nicht-öffentlichen Teil des Verzeichnisses mit Halter-Daten rechtfertigt keine Vergütung.

Jedenfalls wäre eine Vergütung regulatorisch **zu limitieren**, um die Zugänglichkeit der Daten zu gewährleisten und um einen Anreiz zu einem schlanken, unaufwendigen Vorgehen bei der Bearbeitung von Einsichts-Gesuchen zu setzen. Dabei wäre dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich bei grösseren Zahlen legitimer Anfragen der Vorgang (z.B. durch eine API) weitgehend automatisieren liesse (Einmal-Vergütung, Sammel-Anfrage).

Massnahmen zur Wahrung der Rechtsordnung

Zur Wahrung des geltenden Rechts und der öffentlichen Ordnung (Art. 28e lit. c FMG) wäre es geboten, dass die **Massnahmen bei Missbrauchsverdacht** (Art. 15 ff VID – Blockierung, Umleitung auf eine Landingpage, Widerruf der Domain-Zuteilung usw.) auch anwendbar wä-

ren **auf Fälle**, in denen der begründete Verdacht besteht, dass der Domain-Name für **schwere Rechtsverletzungen** (Straftaten, einschliesslich Urheberrechtsverletzungen) benutzt wird (Art. 15 Abs. 1 VID). Dies um so mehr, als schwerwiegende Urheberrechtsverletzungen oft mit betrügerischen Angeboten, Risiken für den Datenschutz von Nutzern, Malware, Lauterkeitsverstössen und anderen Rechtsverstöössen einhergehen.

Zusammenfassung

Beantragt wird demnach, zusammengefasst, eine Ergänzung der Bestimmungen in der Neufassung der VID um

- die Pflicht zur WHOIS-Publikation der Halter-Identifikations- und -Kontaktdaten, wo Halter eine juristische Person ist;
- eine Pflicht der Registerbetreiberin zur Erhebung der Halter-Identifikations- und -Kontaktdaten in allen Fällen, auch wenn diese nicht veröffentlicht werden;
- eine Pflicht der Halter, die notwendigen Angaben zur Rechtsdurchsetzung bereitzustellen
- eine Regelung der Voraussetzungen zum Zugang zu nicht-öffentlichen Halter-Daten
 - für Rechteinhaber nach URG, deren Rechtsvertreter und Content Protection Organisations;
 - in einem spezifischen, erleichterten Verfahren
 - wofür insbesondere die Glaubhaftmachung einer Rechtsverletzung unter Gebrauch der Domain durch eidesstattliche Versicherung, ohne weitere Darlegungs- und Beweisforderungen, genügt;
- eine Befreiung von Kosten für die Registereinsicht/Offenlegung
 - oder eine geregelte Obergrenze der Kosten pro Anfrage, welche die Abfrage zu Zwecken der Rechtswahrung/Rechtsverfolgung nicht erschwert oder verunmöglicht, u.a. bei Sammel-Abfragen mehrerer Domains
- die Erstreckung der Massnahmen bei Missbrauch der Domain (Art. 15 ff. VID) auch auf Fälle schwerwiegender Rechtsverletzung.

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
SAFE

A handwritten signature in blue ink, appearing to be "AW", written over a light blue horizontal line.

Andreas Wigger, Präsident

A handwritten signature in black ink, appearing to be "RC", written over a light blue horizontal line.

Roger Chevallaz, Vorstandsmitglied