

Dr. Wolfgang Straub

# Einführung ins Informatikrecht

PGL DIUF  
WS 2004 / 2005  
SS 2005



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE  

---

UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Version 1.3

# Vorbemerkungen

Das Informatikrecht ist kein eigenständiges Rechtsgebiet wie z.B. das Strafrecht oder das Erbrecht, sondern eine Querschnittmaterie: Herstellung und Einsatz von IT-Produkten (Hardware, Software, integrierte und eingebettete Systeme) werfen eine Vielzahl von Fragen auf, welche die unterschiedlichsten Rechtsgebiete betreffen. Ziel der Vorlesung ist keineswegs eine systematische Darstellung dieser komplexen Materie, sondern lediglich eine Sensibilisierung für typische Rechtsfragen, welche der Informatikeinsatz mit sich bringt.

In Zusammenhang mit neuen Technologien ist oft von ‚rechtsfreien Räumen‘ die Rede. Nach der hier vertretenen Meinung zu unrecht: Rechtliche Normen sind generell lückenhaft und oft widersprüchlich. Wo spezifische Regelungen fehlen und daher auf allgemeine Rechtsgrundsätze abgestellt werden muss, besteht für die Betroffenen allerdings eine erhöhte Unsicherheit, wie der Richter im konkreten Fall entscheiden würde.

Bei der Rechtsfindung geht es meistens um eine Abwägung zwischen unterschiedlichen Interessen (z. B. Interessen von Urhebern und Nutzern). Das ist insbesondere dort schwierig, wo aufgrund vielschichtiger Lebenssachverhalte Ja-Nein-Entscheidungen getroffen werden müssen. Gute Juristerei bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung, innerhalb des gesetzlichen Rahmens Lösungen zu finden, welche möglichst transparent und überzeugend begründbar sind – auch in technischer, ökonomischer und gesellschaftlicher Hinsicht.

Das vorliegende Skriptum ist lediglich als Gedächtnisstütze für die Studierenden gedacht. Es erhebt weder hinsichtlich der Auswahl noch der Darstellung des Stoffes Anspruch auf Vollständigkeit oder absolute Richtigkeit. Kritik und Anregungen werden jedoch gerne entgegen genommen.



# Inhaltsübersicht

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>15</b>
<b>RECHTSQUELLEN</b> .....	<b>19</b>
<b>AUSGEWÄHLTE LITERATURHINWEISE</b> .....	<b>23</b>
<b>NÜTZLICHE LINKS</b> .....	<b>29</b>
<b>1. SOFTWARESCHUTZ</b> .....	<b>31</b>
<b>2. IT-PROJEKTVERTRÄGE</b> .....	<b>42</b>
<b>3. RECHTLICHE ASPEKTE DES INTERNET</b> .....	<b>71</b>
<b>4. DATENSCHUTZ</b> .....	<b>109</b>
<b>5. HAFTUNG FÜR IT-PRODUKTE UND DIENSTLEISTUNGEN</b> .....	<b>121</b>



# Inhaltsverzeichnis

<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>15</b>
<b>RECHTSQUELLEN</b> .....	<b>19</b>
<b>AUSGEWÄHLTE LITERATURHINWEISE</b> .....	<b>23</b>
<b>NÜTZLICHE LINKS</b> .....	<b>29</b>
<b>1. SOFTWARESCHUTZ</b> .....	<b>31</b>
<b>1.1. Überblick</b> .....	<b>31</b>
<b>1.2. Urheberrecht</b> .....	<b>32</b>
1.2.1. Schutzvoraussetzungen.....	32
1.2.2. Schutzzumfang .....	32
1.2.3. Urheberrechte im Arbeitsverhältnis .....	34
1.2.4. Open Source Software.....	35
<b>1.3. Patentrecht</b> .....	<b>37</b>
<b>1.4. Designrecht</b> .....	<b>39</b>
<b>1.5. Unlauterer Wettbewerb</b> .....	<b>39</b>
<b>1.6. Rechtsschutz</b> .....	<b>41</b>
<b>2. IT-PROJEKTVERTRÄGE</b> .....	<b>42</b>
<b>2.1. Hinweise zur Vertragsredaktion</b> .....	<b>42</b>
2.1.1. Arten von Vertragsdokumenten.....	42
2.1.2. Das Vertragstypensystem .....	43
<b>2.2. Ingredienzien von IT-Verträgen</b> .....	<b>44</b>
2.2.1. Typische Funktionen vertraglicher Regelungen .....	44
2.2.2. Präambeln.....	45

2.2.3.	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).....	45
2.2.4.	Rahmenstrukturen.....	46
2.2.5.	Pflichtenhefte .....	46
2.2.6.	Pläne .....	47
2.2.7.	Referenzen.....	47
2.2.8.	Meilensteine .....	47
2.2.9.	Service Level Agreements .....	48
2.2.10.	Claim Management Verfahren .....	49
2.2.11.	Change Management Verfahren .....	50
2.2.12.	Projektcontrolling.....	50
2.2.13.	Abnahmeverfahren.....	50
2.2.14.	Eskalationsverfahren.....	51
2.2.15.	Zahlungsbestimmungen .....	52
2.2.16.	Kostendächer .....	52
2.2.17.	Gewährleistungsbestimmungen .....	52
2.2.18.	Konventionalstrafen und Boni .....	53
2.2.19.	Haftungsausschlüsse .....	53
2.2.20.	Vollständigkeitsklauseln .....	54
2.2.21.	Geheimhaltungsvereinbarungen .....	54
2.2.22.	Auflösungsbestimmungen .....	54
<b>2.3.</b>	<b>Vertragliches Risikomanagement .....</b>	<b>55</b>
2.3.1.	Risikoanalyse .....	55
2.3.2.	Typische Risiken des Leistungsbezügers .....	56
2.3.3.	Typische Risiken des Leistungserbringers .....	58
<b>2.4.</b>	<b>Vertragstypen.....</b>	<b>59</b>
2.4.1.	Lizenzen.....	59



2.4.2. Kaufrecht.....	61
2.4.3. Werkvertrag.....	62
2.4.4. Auftrag .....	65
2.4.5. Dauerdienstleistungsverträge.....	66
<b>3. RECHTLICHE ASPEKTE DES INTERNET .....</b>	<b>71</b>
<b>3.1. Internationale Anknüpfung .....</b>	<b>71</b>
3.1.1. Überblick .....	71
3.1.2. Welches Gericht ist zuständig? .....	72
3.1.3. Welches Recht ist anwendbar? .....	74
3.1.4. Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen .....	74
3.1.5. Internationale Vollstreckung .....	75
<b>3.2. Online-Vertragsschluss.....</b>	<b>75</b>
3.2.1. Grundsätzliches zum Vertragsschluss .....	75
3.2.2. Verbindlichkeit von Webangeboten.....	76
3.2.3. Typische Probleme beim Online-Vertragsschluss.....	78
3.2.4. Warum Formvorschriften?.....	79
3.2.5. Wo gilt es Formvorschriften zu beachten? .....	79
3.2.6. Stellenwert von E-Mails.....	79
3.2.7. Elektronische Signaturen .....	80
3.2.8. Online Auktionen.....	81
<b>3.3. Konsumentenschutz.....</b>	<b>82</b>
3.3.1. Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	82
3.3.2. Konsumentenschutz in der EU.....	83
3.3.3. Spamming .....	84
<b>3.4. Schutz immaterieller Inhalte .....</b>	<b>86</b>
3.4.1. Markenrecht .....	87

3.4.2.	Urheberrecht .....	88
3.4.3.	Persönlichkeitsrecht .....	91
3.4.4.	Lauterkeitsrecht.....	92
<b>3.5.</b>	<b>Links und Metatags .....</b>	<b>92</b>
3.5.1.	Einfache Links.....	92
3.5.2.	Image Links.....	92
3.5.3.	Deep Linking .....	92
3.5.4.	Framing.....	93
3.5.5.	Metatags .....	93
<b>3.6.</b>	<b>Domainnames .....</b>	<b>94</b>
3.6.1.	Arten von Top Level Domains (TLDs) .....	94
3.6.2.	Schranken der Registrierung von Domains.....	94
3.6.3.	Kollision mit Markenrecht .....	95
3.6.4.	Kollision mit Firmen / Namensrecht.....	95
3.6.5.	Geografische Bezeichnungen .....	96
3.6.6.	Verletzung des Lauterkeitsrechts.....	96
3.6.7.	Spielt der Inhalt der Website eine Rolle? .....	96
3.6.8.	Anspruch auf Übertragung der Domain?.....	97
3.6.9.	Rechtsdurchsetzung .....	97
3.6.10.	Uniform Dispute Resolution Procedure: .....	97
<b>3.7.</b>	<b>Typische internetbezogene Verträge .....</b>	<b>98</b>
3.7.1.	Accessproviding .....	98
3.7.2.	Webhosting .....	99
3.7.3.	Housing.....	100
3.7.4.	Webdesign .....	100
3.7.5.	Linking-Vertrag.....	101

3.7.6. Affiliate-Verträge .....	102
3.7.7. Shopping-Malls und Portale .....	102
<b>3.8. Strafrecht.....</b>	<b>103</b>
3.8.1. Straftaten im Internet.....	103
3.8.2. Hacking / Cracking .....	104
3.8.3. Viren / Hackersoftware .....	105
3.8.4. Phishing .....	105
3.8.5. Links.....	106
3.8.6. Rechtsstellung von Providern.....	106
3.8.7. Cybercrime Convention des Europarates .....	107
<b>4. DATENSCHUTZ .....</b>	<b>109</b>
<b>4.1. Wozu Datenschutz? .....</b>	<b>109</b>
4.1.1. Involvierte Interessen .....	109
4.1.2. Wozu Datenschutz im öffentlichen Bereich? .....	109
4.1.3. Datenschutz und Persönlichkeitsrecht .....	110
4.1.4. Rechtfertigung des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte .....	110
<b>4.2. Grundlagen.....</b>	<b>111</b>
4.2.1. Anwendungsbereich.....	111
4.2.2. Was sind Daten im Sinn des DSGVO? .....	111
4.2.3. Besonders schützenswerte Daten.....	112
4.2.4. Persönlichkeitsprofile .....	112
4.2.5. Datensammlungen .....	112
4.2.6. Instrumente des Datenschutzes.....	113
4.2.7. Abgrenzung öffentlicher / privater Bereich .....	113
4.2.8. Kantonale und kommunale Datenverarbeitung .....	113

<b>4.3. Grundsätze der Datenbearbeitung .....</b>	<b>114</b>
4.3.1. Überblick .....	114
4.3.2. Bearbeitung nach Treu & Glauben.....	114
4.3.3. Verhältnismässigkeit .....	114
4.3.4. Richtigkeit .....	114
4.3.5. Datensicherheit .....	115
4.3.6. Besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile .....	115
4.3.7. Bekanntgabe von Daten ins Ausland .....	116
4.3.8. Bearbeitungsreglement .....	117
4.3.9. Meldepflichten an den EDSB .....	117
4.3.10. Externe Datenbearbeitung .....	117
4.3.11. Empfehlungen für Datenbearbeiter .....	118
<b>4.4. Rechte der Betroffenen .....</b>	<b>118</b>
4.4.1. Überblick .....	118
4.4.2. Auskunftsrecht .....	119
4.4.3. Datengeheimnis .....	119
4.4.4. Rechtsschutz.....	120

<b>5. HAFTUNG FÜR IT-PRODUKTE UND DIENSTLEISTUNGEN .....</b>	<b>121</b>
<b>5.1. Haftungskonstellationen .....</b>	<b>121</b>
<b>5.2. ‚Deliktshaftung‘ (Art. 41 OR) .....</b>	<b>125</b>
<b>5.3. ‚Geschäftsherrenhaftung‘ (Art. 55 OR) .....</b>	<b>125</b>
<b>5.4. Produktheftung .....</b>	<b>125</b>
<b>5.5. Vertragliche Ansprüche .....</b>	<b>126</b>
<b>5.6. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit.....</b>	<b>126</b>
<b>5.7. Konkurrenzen.....</b>	<b>127</b>
<b>5.8. Risikoversorge.....</b>	<b>127</b>



# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
ABl.	Amtsblatt der EU
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
ASP	Application Service Providing
BankG	Bankengesetz
BBl.	Schweizerisches Bundesblatt
BG	Schweizerisches Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs
bzw.	beziehungsweise
CA	Certification Authority, Anbieterin von Zertifizierungsdiensten
CRRL	EU-Richtlinie 91/250 EWG (Computerrechtsrichtlinie)
DBRL	EU-Richtlinie 96/9/EG (Datenbankrichtlinie)
DesG	BG über den Schutz von Designs
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DMCA	US Digital Millennium Copyright Act
DSG	BG über den Datenschutz
EDV	elektronische Datenverarbeitung
etc.	et cetera, und so weiter
EU	Europäische Union

## Abkürzungsverzeichnis

---

EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMG	Fernmeldegesetz
GarRL	EU-Richtlinie 1999/44/EG (Garantierichtlinie)
GeBüV	Geschäftsbücherverordnung
GestG	BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen
GNU	GNU is not Unix → <a href="http://www.fsf.org">www.fsf.org</a>
GPL	GNU General Public License
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hypertext Markup Language
http	Hypertext Transfer Protocol
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers → <a href="http://www.icann.org">www.icann.org</a>
ICT	Information and Communication Technology, Informations- und Kommunikationstechnologie
i.d.R.	in der Regel
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht
IT	Informationstechnologie
ITIL	IT Infrastructure Library → <a href="http://www.itil.org">www.itil.org</a>
Kap.	Kapitel
KG	BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
LGPL	GNU Lesser GPL
lit.	litera, Buchstabe
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
MSchG	Markenschutzgesetz



OR	BG über das Obligationenrecht
PatG	BG über die Erfindungspatente
PC	Personal Computer
rev.	revidiert (z.B. rev. URG)
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
SLA	Service Level Agreement
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des schweizerischen Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
UDRP	Uniform Dispute Resolution Procedure
URG	BG über das Urheberrecht und verwandte Rechte
URV	Urheberrechtsverordnung
US	United States (of America)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb
VDSG	Datenschutzverordnung
VE	Vorentwurf
Vs.	versus (gegen)
WIPO	World Intellectual Property Organization, → <a href="http://www.wipo.int">www.wipo.int</a>
www	World Wide Web
ZertES	Signaturgesetz
Ziff.	Ziffer
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
zugl.	zugleich



# RECHTSQUELLEN

Die nachfolgende Zusammenstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit: Darüber hinaus gibt es zahlreiche weitere Erlasse, welche für das Informatikrecht relevant sein können.

## Schweiz

Alle derzeit geltenden schweizerischen Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge können als HTML-Text und als PDF heruntergeladen werden unter [www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html).

BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)
BÜPF	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1)
DesG	BG über den Schutz von Design vom 5. Oktober 2001
DesÜ	Haager Abkommen vom 28. November 1960 über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster oder Modelle (SR 0.232.121.2)
DSG	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 781.10)
GeBüV	Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher vom 24. April 2002 (SR 221.431)
GestG	BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (SR 272)
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KG	BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)
LugÜ	Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11)

## Rechtsquellen

---

MSchG	Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, SR 232.11)
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PatG	BG über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1989 (SR 281.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 31. Dezember 1937 (SR 311.0)
TRIPs	WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C (SR 0.632.20)
URG	BG über das Urheberrecht und verwandte Rechte vom 2. Oktober 1992 (SR 231.1)
URV	Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Rechte vom 2. Oktober 1992 (Urheberrechtsverordnung, SR 231.11)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (Datenschutzverordnung, SR 235.11)
WKR	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 ('Wiener Kaufrecht', SR 0.221.221.1)
ZertES	BG über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur vom 19.12.2003 (Signaturgesetz, SR 943.03)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Vorentwurf	BG über den elektronischen Geschäftsverkehr, publiziert unter <a href="http://www.ofj.admin.ch/d/index.html">http://www.ofj.admin.ch/d/index.html</a>

## Europäische Union

Alle geltenden Richtlinien und Verordnungen der EU können unter <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html> als HTML-Text und teilweise auch als PDF frei heruntergeladen werden. Oft sind spätere Änderungen allerdings als separates Dokument publiziert.

### Immaterialgüterrecht

Richtlinie 91/250 EWG vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Computerrechtsrichtlinie, CRRL)

Richtlinie 96/9/EG vom 27. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbankrichtlinie, DBRL)

Richtlinie 98/71/EG vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Designrichtlinie, DesRL)

Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (URRL)

Verordnung 6/2002 vom 12. Dezember 2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Designverordnung, DesVO)

Vorschlag für eine Richtlinie über die Massnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum vom 30. Januar 2003, KOM 2003/46

Vorschlag für eine Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen vom 20. Februar 2002, KOM 2002/92

### E-Commerce

Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Garantierichtlinie)

Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)

Richtlinie 2002/65/EG vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher

## **Rechtsquellen**

---

Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie)

Richtlinie 1999/93/EG vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturrichtlinie)

Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

## **Datenschutz**

Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie)

Richtlinie 97/66/EG (Datenschutz in der Telekommunikation)

Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutz für elektronische Kommunikation)

## **Strafrecht**

Cybercrime Convention des Europarates vom 23. November 2001, ETS No. 185

Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr)

Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme vom 19.4.2002, KOM (2002) 173

# AUSGEWÄHLTE LITERATURHINWEISE

Bei den vorliegenden Literaturliste handelt es sich um eine sehr beschränkte Auswahl, welche zwangsläufig oft willkürlich ist. Sie bezieht sich nur auf spezifische Literatur zu Fragen des Informatikrechts (nicht aber der Rechtsinformatik) in der Schweiz.

## Immaterialgüterrecht

### Softwareschutz

BERGER MATHIS, Schutz von Software – Überblick über die Rechtslage in der Schweiz, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Softwareverträge: Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, Zürich: Schulthess 2004, S. 25-60

STRAUB WOLFGANG, Informatikrecht: Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern / Zürich: vdf Hochschulverlag / Stämpfli 2004, S. 1-48

THOMANN FELIX H. / RAUBER GEORG (Hrsg.), Softwareschutz, 258 S., Bern: Stämpfli 1998

### Schutz von Datenbanken

CALAME ANDREA ETIENNE, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, 320 S., Diss. St. Gallen 2002

## IT-Vertragsrecht

### IT-Verträge generell

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Softwareverträge, System-, Software-Lizenz und Software-Pflegevertrag, 457 S., Bern: Stämpfli 2004

HEUSLER BERNHARD / MATHYS ROLAND, IT-Vertragsrecht: Praxisorientierte Vertragsgestaltung in der Informationstechnologie, 352 S., Zürich: Orell Fuesli 2004

STRAUB WOLFGANG, Informatikrecht: Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern / Zürich: vdf Hochschulverlag / Stämpfli 2004, S. 49-240

TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Softwareverträge: Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, 206 S., Zürich: Schulthess 2004

### **Kauf von IT-Produkten**

HONSELL HEINRICH, Standardsoftware und Sachmängelhaftung, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern: Stämpfli 1990, S. 313-321

### **IT-Werkverträge**

WIDMER URSULA, Risikofolgeverteilung bei Informatikprojekten: Haftung für Softwaremängel bei Planung und Realisierung von Informationssystemen, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsnatur des Entwicklungsvertrags für Informationssysteme, 250 S., Zürich: Schulthess 1990, zugl. Diss. Bern 1990

### **Auftragsrecht**

GUROVITS ANDRÁS, EDV-Beratungsverträge, 235 S., Zürich: Schulthess 1993, zugl. Diss. Zürich 1993

### **Arbeitsrecht**

ANDERMATT ADRIAN E., Das Recht an im Arbeitsverhältnis geschaffenen immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnissen, 405 S., Bern: Paul Haupt 1999, zugl. Diss. St. Gallen 1999

BRINER ROBERT G., Vertraglicher Regelungsbedarf beim abhängigen Schaffen von Computerprogrammen im Lichte des neuen URG, Aktuelle Juristische Praxis 1993, S. 576-580

### **Softwarelizenzen**

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Softwareverträge, System-, Software-Lizenz und Software-Pflegevertrag, Bern. Stämpfli 2004, S. 239-438

HILTY RETO M., Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, Multimediarecht 2003, S. 3-15

NESTLÉ BARBARA M., Der Abschluss von Shrink-Wrap- und Online-Software-Lizenzverträgen nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Recht, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic), 1999, S. 219-231



WIDMER MIKE J., Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software, 144 S., Bern: Stämpfli 2003, zugl. Diss. Zürich 2003

### **Softwarepflege**

ECKERT MARTIN K., Softwarepflegevertrag, in: Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Softwareverträge: Referate der Tagung der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich vom 11. November 2003, Zürich: Schulthess 2004, S. 129-150

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Softwareverträge, System-, Software-Lizenz und Software-Pflegevertrag, Bern. Stämpfli 2004, S. 339-418

WIDMER MICHAEL, Der Softwarepflegevertrag, 239 S., Zürich: Schulthess 2000, zugl. Diss. Zürich 2000

### **Outsourcing / ASP**

BERGER MATHIS, ASP: ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (sic) 2002, S. 667-676

WEBER ROLF H. / BERGER MATHIS / AUF DER MAUR ROLF (Hrsg.), IT-Outsourcing, 358 S., Zürich: Schulthess 2003

### **Ausservertragliche Haftung**

STRAUB WOLFGANG, Produkthaftung für Informationstechnologiefehler: EU-Produkthaftungsrichtlinie und schweizerisches Produkthaftungsgesetz, 146 S., Zürich: Schulthess 2002

– Informatikrecht: Einführung in Softwareschutz, Projektverträge und Haftung, Bern / Zürich: Stämpfli 2004, S. 241-271

### **Internetrecht**

#### **Internetrecht generell**

HILTY RETO M. (Hrsg.), Information Highway, 692 S., Bern: Staempfli / München: C.H. Beck 1996

### **Internationale Anknüpfung**

ARTER OLIVER, Gerichtsstand und anwendbares Recht bei elektronischen Geschäftstransaktionen und unerlaubten Handlungen, in: Arter Oliver / Jörg Florian (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 1. Tagungsband 2001, St. Gallen: Dike 2001, S. 157-214

THOMANN FELIX H., Zuständigkeit: Wege zu 'zivilisierten' Gerichtsständen, in: Weber Rolf H. / Hilty Reto M. / Auf der Mauer Rolf (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet II: Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich: Schulthess 2001, S. 283-305

### **Alternative Dispute Resolution**

GILLIERON PHILIPPE, La procédure de résolution en ligne des conflits relatifs aux noms de domaine, 272 S., Lausanne: CEDIDAC 2002

### **E-Commerce generell**

ARTER OLIVER / JÖRG FLORIAN (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 1. Tagungsband 2001, 493 S., St. Gallen: Dike 2001

– Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 2. Tagungsband 2002, 371 S., Bern: Stämpfli 2003

– Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 3. Tagungsband 2003, 350 S., Bern: Stämpfli 2003

BRINER ROBERT G., Verträge und Haftung im Internet: Was der Praktiker im globalen Umfeld wissen muss, 384 S., Zürich: Orell Füssli 2002

CADOSCH ROGER M., Besteuerungsprobleme beim Electronic Commerce, 277 S., Bern: Stämpfli 2001, zugl. Diss. Bern 2001

JACCARD MICHEL, La conclusion des contrats par ordinateur, 620 S., Bern: Stämpfli 1996, zugl. Diss. Lausanne 1996

WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 625 S., Zürich: Schulthess 2001

WEBER ROLF H. / HILTY RETO M. / AUF DER MAUR ROLF (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet: Rechtliche und praktische Aspekte, 335 S., Zürich: Schulthess 2000

– Geschäftsplattform Internet II: Rechtliche und Praktische Aspekte, 328 S., Zürich: Schulthess 2001

- Geschäftsplattform Internet III: Kapitalmarkt – Marktauftritt – Besteuerung, 282 S., Zürich: Schulthess 2002
  - Geschäftsplattform Internet IV: Open Source, 213 S., Zürich /Basel / Genève: Schulthess 2003
- WIEGAND WOLFGANG: (Hrsg.) E-Banking: rechtliche Grundlagen: Berner Bankrechtstag 2001, 317 S., Bern: Stämpfli 2002
- E-Banking: die einzelnen Rechtsgeschäfte: Berner Bankrechtstag 2002, 146 S., Bern: Stämpfli 2003

### **Domain Names**

BURI UELI, Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names nach schweizerischem Firmen-, Namens- und Lauterkeitsrecht, 296 S., Bern: Stämpfli 2000, zugl. Diss. Bern 1999

### **Elektronische Signaturen**

JACCARD MICHEL, Les relations juridiques et les responsabilités dans une infrastructure à clé publique, in: Weber Rolf H. / Hilty Reto M. / Auf der Mauer Rolf (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet: Rechtliche und praktische Aspekte, Zürich: Schulthess 2000, S. 19-37

SCHLAURI SIMON: Elektronische Signaturen, 309 S., Zürich: Schulthess 2002, zugl. Diss. Zürich

### **Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**

GILLIERON PHILIPPE, Propriété intellectuelle et Internet, 475 S., Lausanne: CEDIDAC 2003

SPIRIG MARTIN: Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung, 368 S., Bern: Haupt 2001, zugl. Diss. St. Gallen 2001, online verfügbar unter <http://internetlaw.ch>

### **Linking**

BRUNNER MICHEL, Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht: Eine Bestandesaufnahme nach Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Persönlichkeits- und Firmenrecht, 154 S., Bern: Stämpfli 2001, zugl. Diss. Zürich 2001

GILLIÉRON PHILIPPE, Les liens hypertextes et le droit privé, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2000, S. 755-769

### **Strafrecht**

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Internet: Neues Medium – neue Fragen ans Recht: Bericht einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zu strafrechtlichen, datenschutzrechtlichen und urheberrechtlichen Fragen rund um Internet, Bern: Bundesamt für Justiz 1996, online verfügbar unter <http://www.ofj.admin.ch/themen/ri-ir/internet/rf-internet-d.pdf>

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN / ARTER OLIVER / JÖRG FLORIAN (Hrsg.), Internetrecht und Strafrecht, 600 S., Bern: Stämpfli 2005

SPACEK DIRK / WEBER ROLF H., Rechtliche Rahmenbedingungen für Forensic Computing, in: Fachgruppe Security der Schweizer Informatikergesellschaft (Hrsg.), Forensic Computing, Zürich 2003

### **Datenschutz**

BAERISWYL BRUNO (Hrsg.), Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik, 493 S., Zürich: Schulthess 2002

MAURER URS / VOGT NEDIM PETER (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Datenschutzgesetz, 897 S., Basel: Helbing und Lichtenhahn 1995

WEBER ROLF H., Datenschutzrecht vor neuen Herausforderungen: Marketing – E-Commerce – Virtuelle Bank – Sachdaten, 210 S., Zürich: Schulthess 2000

# NÜTZLICHE LINKS

Eine erweiterte Fassung dieser Linkliste ist verfügbar unter [www.it-recht.ch](http://www.it-recht.ch)

## Rechtsquellen und Gerichtsentscheide

Systematische Gesetzessammlung Schweiz  
[www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html)

Geltendes Recht der EU  
[europa.eu.int/eur-lex/de/index.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html)

Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts  
[www.bger.ch](http://www.bger.ch)

Entscheide des Europäischen Gerichtshofes  
[www.curia.eu.int/de/content/juris/index.htm](http://www.curia.eu.int/de/content/juris/index.htm)

## Juristische Links Schweiz

Bundesamt für Justiz, Informatikrecht  
<http://www.bj.admin.ch/themen/ri-ir/intro-d.htm>

Linksammlung zum internationalen und schweizerischen Recht,  
zusammengestellt von Fridolin M. R. Walther  
[www.law-links.ch](http://www.law-links.ch)

Juristische online-Zeitschrift (Schweiz)  
[www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch)

Gerichtsentscheide zum schweizerischen Informatikrecht,  
zusammengestellt von Gianni Fröhlich-Bleuler  
[www.law-it.ch](http://www.law-it.ch)

Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter (EDSB)  
<http://www.edsb.ch>

Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich

<http://www.datenschutz.ch>

### **Juristische Links Europäische Union**

Online-Skriptum zum Internetrecht Thomas Hoeren

<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript.pdf>

Gerichtssentscheide zum deutschen Online-Recht, zusammengestellt von Strömer  
Rechtsanwälte <http://www.netlaw.de>

Themenseite der EU zum Datenschutz

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_de.htm)

# 1. SOFTWARESCHUTZ

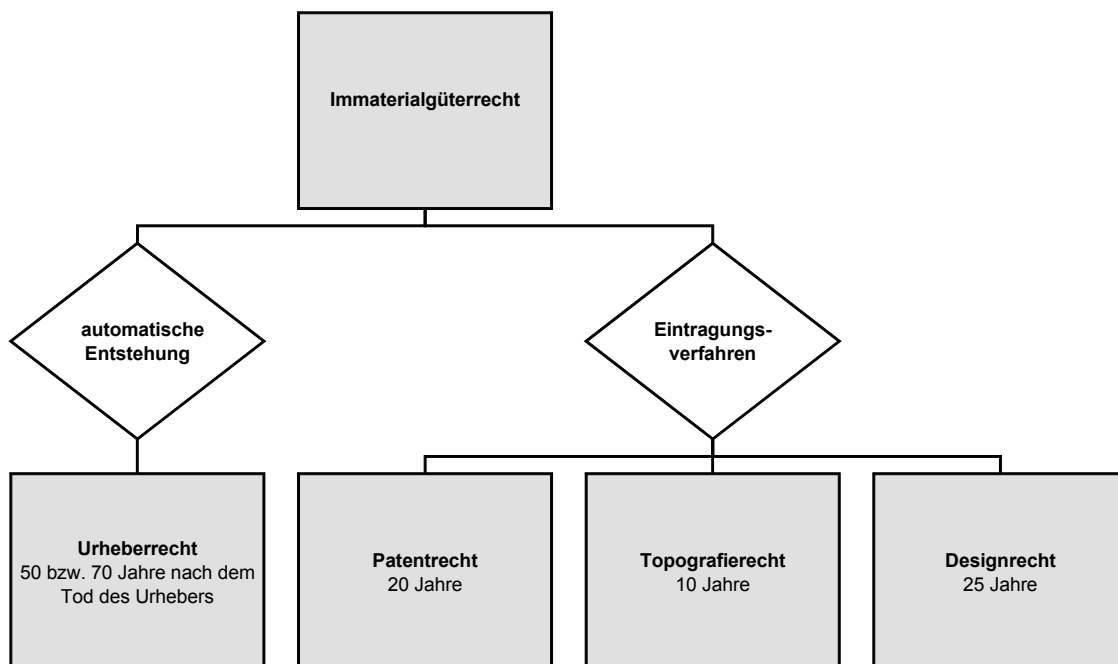
## 1.1. Überblick

### Immaterialgüterrechte

- **Urheberrecht:** Werke der Literatur und Kunst sowie Computerprogramme
- **Patentrecht:** Technische Erfindungen
- **Designrecht:** Grafische und dreidimensionale Gestaltungen, GUIs
- **Topografieschutz:** Hardwarechips
- **Markenrecht:** Worte / Logos zur Kennzeichnung von Produkten

Ergänzender Schutz durch das **Wettbewerbsrecht**

### Entstehung und Schutzdauer



## 1.2. Urheberrecht

### 1.2.1. Schutzvoraussetzungen

Art. 2 URG

- **Werk** der Literatur oder der Kunst (z.B. Dokumentation) oder **Computerprogramm**
- **geistige Schöpfung**
- **individueller Charakter**

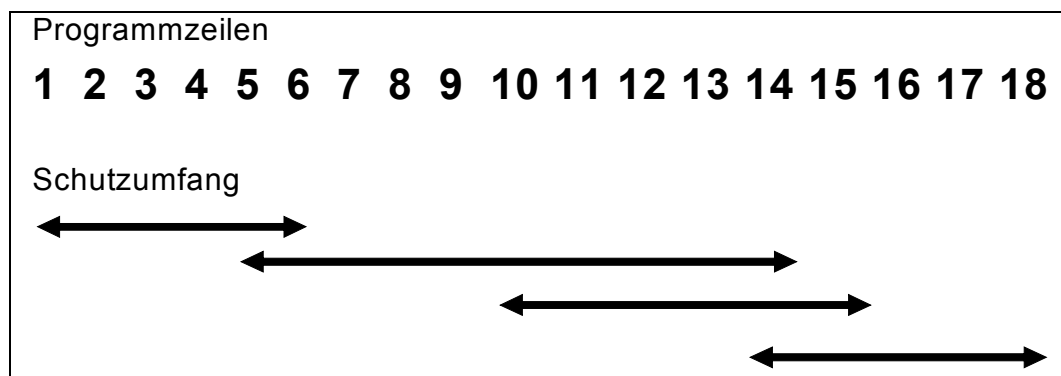
Keine Formalitäten zur Schutzerlangung!

### 1.2.2. Schutzzumfang

Verschiedene **Ebenen** eines Computerprogramms sind urheberrechtlich schützbar:

- Grafische **Oberfläche** von Programmen
- **Metastruktur** von Programmen → Problem der Abgrenzung zwischen nicht schützbarer Idee und geschützter Ausdrucksform
- **Codierung**

Die Individualität der einzelnen Sequenzen bestimmt deren **Schutzzumfang**





**Grundsatz:** jegliche Nutzung oder Änderung eines urheberrechtlich geschützten Werks oder Werkteils erfordert die Zustimmung des Rechtsinhabers.

**Ausnahmen:**

- **Befugnis des Softwareerwerbers** zu Programmgebrauch, Weiterveräußerung, Sicherheitskopie und Schnittstellenanalyse (Art. 12, 21 und 24 URG)
- ‚**Freie Benutzung**‘: untergeordnete Bedeutung der verwendeten Elemente im Verhältnis zum neuen Werk

**Rechte des Urhebers**

- Umfassendes **Kopierverbot**
- **Änderungsverbot**
- **Dekompilationsverbot**
- **Urheberpersönlichkeitsrechte**

**Rechte des Softwareerwerbers**

- **Programmgebrauch** (Art. 12 URG / 17 URV)
- **Weiterveräußerung**
- **Sicherheitskopie** (Art. 24 URG)
- **Dekompilation** von Schnittstellen (Art. 21 URG)
- eventuell weitere vertragliche Rechte (z.B. Entwicklungslizenz, Mehrplatznutzung)

**Dekompilation von Schnittstellen**

Art. 21 URG / Art. 17 URV lehnen sich an die EU-Richtlinie 91/250 an. Es geht um den Ausgleich zwischen der Freiheit der Ideen und dem Änderungsmonopol des Urhebers. → faktischer Know-How-Schutz durch das Urheberrecht

### Voraussetzungen des Software Reverse Engineering:

- Schaffung eines **interoperablen Programms**
- **Andersartige Struktur** des neuen Programms
- **Erforderlichkeit** der Schnittstelleninformation
- Fehlende Bekanntgabe durch Hersteller
- Dekompilation **nur soweit unbedingt nötig**
- Nutzung nur für diesen **Zweck**

Die Schnittstelle selbst ist urheberrechtlich geschützt soweit sie individuellen Charakter hat.

Im **US-amerikanischen Recht** wurde die Dekompilation von Computerprogrammen in verschiedenen Gerichtsverfahren unter dem Prinzip des ‚*fair use*‘ beurteilt, z.B. in den Fällen *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc.* (977 F2d 1510, 9th Circuit 1992<sup>1</sup>) und *Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc.* (975 F.2d 823, Federal Circuit 1992<sup>2</sup>). Vgl. dazu auch Section 1201f DMCA und Section 118 UCITA.

### 1.2.3. Urheberrechte im Arbeitsverhältnis

- **Computerprogramme:** Ausübung durch Arbeitgeber (Art. 17 URG). Es besteht jedoch vertraglicher Regelungsbedarf (z.B. Geltendmachung von Urheberpersönlichkeitsrechten, Verwertung von rechtlich nicht schützbarem Know-How, künftige Nutzungsarten).

---

<sup>1</sup> Volltext auch verfügbar unter  
[http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/cases/Sega\\_v\\_Accolade.html](http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/cases/Sega_v_Accolade.html)

<sup>2</sup> Volltext auch verfügbar unter  
<http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/cases/atarivnintendo.html>

- Sonstige **Urheberrechte** (z.B. an Dokumentationen): entsprechend vertraglicher Regelung

## 1.2.4. Open Source Software

### Open Source Definition

[www.opensource.org/docs/definition\\_plain.html](http://www.opensource.org/docs/definition_plain.html)

- **Freie Nutzung** und **Weiterverbreitung**
- Offenlegen des **Sourcecodes**
- Recht zur **Modifikation**
- **Keine Diskriminierung** von Nutzergruppen oder Nutzungsarten
- Pflicht zu Weitergabe der Lizenzbedingungen bei Weiterverbreitung (**Copyleft-Prinzip**)

### Übersicht über typische Merkmale verschiedener Lizenzen

	Share-ware	Free-ware	BSD	LGPL	GPL	Artistic	Mozilla
Freie Nutzung	X	X	X	X	X	X	X
Freie Distribution	X	X	X	X	X	X	X
Uneingeschränkter Gebrauch		X	X	X	X	X	X
Sourcecode verfügbar				X	X	X	X

	Share-ware	Free-ware	BSD	LGPL	GPL	Artistic	Mozilla
Änderungsmöglichkeit			X	X	X	X	X
Dokumentationspflicht für Änderungen				X	X	X	X
Derivate unterstehen gleicher Lizenz				X	X	(X)	X
Kein Bezug zu proprietärer Software					X		
Disclaimer	(X)	(X)	X	X	X	X	X
Nicht-Angriffsklausel							X

### Problemfelder GPL

- Allfällige **Rechte Dritter** (SCO vs. IBM)
- Allfällige Ansprüche von **Arbeitgebern**
- Einschränkungen des **Haftungsausschlusses**
- **Application Service Providing**: kein Vermietungsrecht
- ‚infektiöse Wirkung‘ des **Copyleft**
  - Wo beginnen Weitergabehandlungen?
  - Programmverbindungen
  - Code in Arbeitsergebnissen

## 1.3. Patentrecht

**Voraussetzungen:** Art. 1 PatG

- **Erfindung**
- **Gewerbliche Anwendbarkeit**
- **Neuheit** (weltweit!)
- Für eine durchschnittliche Fachperson auf dem betreffenden Gebiet aufgrund es aktuellen Standes der Technik **nicht naheliegend**
- **Technische Natur** (vgl. Art. 52 Abs. 2 EPUe)
- Form- und fristgerechtes **Eintragungsgesuch**

**Inhalt:** wirtschaftliche Verwertung der Erfindung

**Schranken:**

- Zeitlich: 20 Jahre seit Anmeldung (Art. 14 PatG)
- Abhängige Erfindungen (Art. 36 PatG)
- Weitergebrauchsrecht (Art. 35 PatG)
- Forschungsprivileg für Versuche
- Private Nutzung (Art. 8 PatG)
- Nationale Erschöpfung

### Patent- und Designrechte im Arbeitsverhältnis

#### Art. 332 OR

<sup>1</sup> Erfindungen und Designs, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht oder an deren Hervorbringung er mitwirkt, gehören unabhängig von ihrer Schutzfähigkeit dem Arbeitgeber.

<sup>2</sup> Durch schriftliche Abrede kann sich der Arbeitgeber den Erwerb von Erfindungen und Designs ausbedingen, die vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gemacht werden.

<sup>3</sup> Der Arbeitnehmer, der eine Erfindung oder ein Design gemäss Absatz 2 macht, hat davon dem Arbeitgeber schriftlich Kenntnis zu geben; dieser hat ihm innert sechs Monaten schriftlich mitzuteilen, ob er die Erfindung beziehungsweise das Design erwerben will oder sie dem Arbeitnehmer freigibt.

<sup>4</sup> Wird die Erfindung oder das Design dem Arbeitnehmer nicht freigegeben, so hat ihm der Arbeitgeber eine besondere angemessene Vergütung auszurichten; bei deren Festsetzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, wie namentlich der wirtschaftliche Wert der Erfindung beziehungsweise des Designs, die Mitwirkung des Arbeitgebers, die Inanspruchnahme seiner Hilfspersonen und Betriebseinrichtungen, sowie die Aufwendungen des Arbeitnehmers und seine Stellung im Betrieb.

#### Schlussfolgerungen:

- **Aufgabenerfindungen** / -designs: Arbeitgeber berechtigt
- **Gelegenheitserfindungen** / -designs: soweit nicht vertraglich vorbehalten: Arbeitnehmer berechtigt
- **Arbeitsfremde Erfindung** / -designs: Arbeitnehmer berechtigt

- Spezielle Regeln für **Erfindungen im öffentlichen Dienst**

## 1.4. Designrecht

### Schutzvoraussetzungen (Art. 2 DesG)

- Zwei- oder dreidimensionale **Gestaltung** (z.B. grafische Benutzeroberflächen oder Produktverpackungen)
- **Eigenart** (Gestaltungsspielraum notwendig!)
- **Neuheit**
- Form- und fristgerechte **Hinterlegung**

### Schranken

- Privatgebrauch
- Weitergebrauchsrecht
- Schutzdauer max. 25 Jahre

## 1.5. Unlauterer Wettbewerb

### Anspruchsvoraussetzungen (Art. 2 UWG)

- Gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten, z.B.:
  - **Irreführende Angaben** zur eigenen Leistung
  - Schaffung einer Verwechslungsgefahr
  - Irreführende Verwendung von AGB
  - Besonders aggressive Verkaufsmethoden
  - **Herabsetzende** Äusserungen über Wettbewerbsteilnehmer

- **Ausbeutung** fremder Leistungen
- Beeinflussung des **Wettbewerbsverhältnisses**

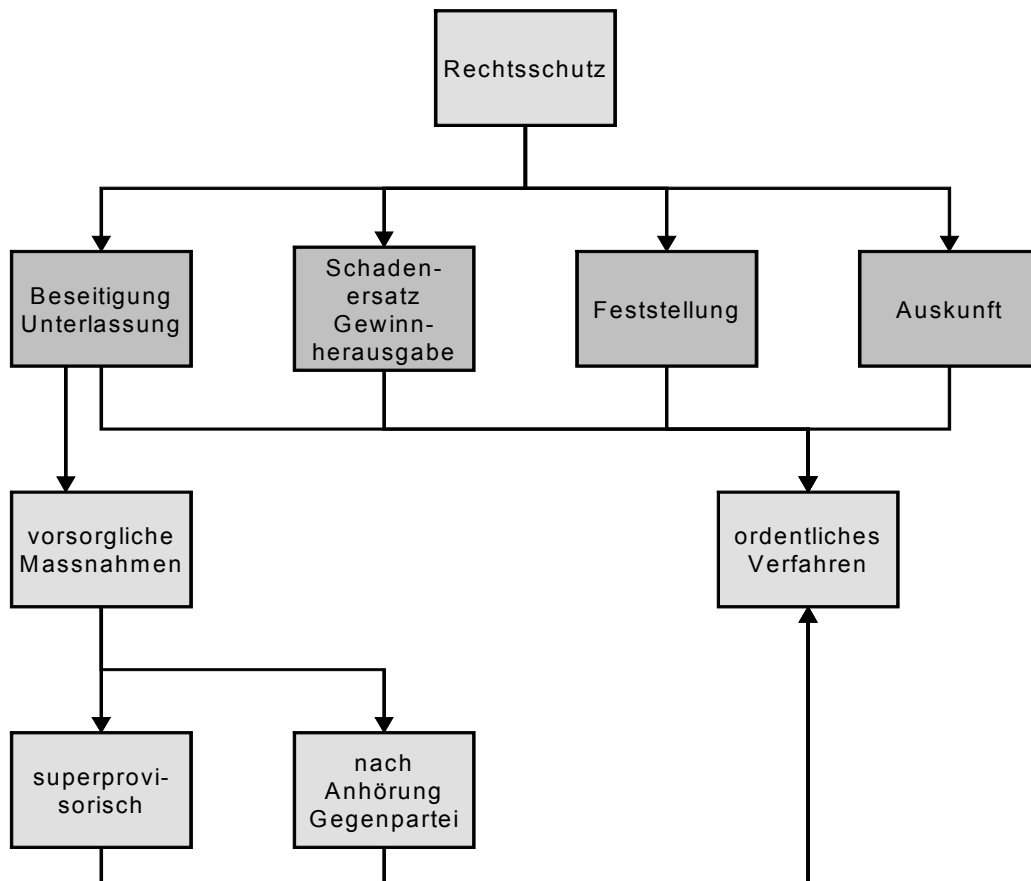
### Anwendungsbeispiele

- **Raubkopien** (Art. 5 lit. c UWG)
- **Werkspionage** (Art. 6 UWG)
- **Verwertung** anvertrauter oder unberechtigterweise erfahrener **fremder Arbeitsergebnisse** (z.B. Konzepte, Art. 5 UWG)
- **Leistungsschutz** (Art. 5 lit. c UWG): Unlauter ist die
  - kommerzielle Verwertung von
  - urheberrechtlich nicht schützbaeren aber wertvollen Arbeitsergebnissen Dritter
  - durch technische Reproduktion ohne eigenen Arbeitsaufwand, z.B. Übernahme von **Datenbanken**. Diese sind eventuell auch urheberrechtlich schutzbar (vgl. Art. 4 Abs. 1 URG sowie die EU-Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken).



## 1.6. Rechtsschutz

### Schematische Übersicht



## **2. IT-PROJEKTVERTRÄGE**

### **2.1. Hinweise zur Vertragsredaktion**

#### **Generelle Hinweise**

- **Zieldefinition**
- **Interessen- und Risikoanalyse**
- **Prozessorientierte Vertragsgestaltung**
- Fortlaufende **Aktualisierung** des Vertrages und Dokumentation aller vertragsrelevanter Umstände

#### **2.1.1. Arten von Vertragsdokumenten**

- Absichtserklärungen und Vorverträge
- AGBs + Bestellschein
- Pflichtenhefte, Ausschreibungen, Offerten
- Rahmen- und Satellitenverträge
- Anhänge und referenzierte Normen

→ Gefahr von Widersprüchen → Hierarchien schaffen!

## 2.1.2. Das Vertragstypensystem

### Schematische Übersicht

	<b>Kaufvertrag</b>	<b>Werkvertrag</b>	<b>Auftrag</b>	<b>Langzeit-Dienstleistungen</b>
<b>Anwendbares Recht</b>	Art. 184 ff. OR	Art. 363 ff. OR	Art. 394 ff. OR	Innominatkontrakte
<b>Ziel</b>	Erwerb des Vertragsgegenstandes	Erstellung eines Werks	selbständige Erledigung einer Aufgabe für den Auftraggeber	Erbringen einer Dienstleistung während eines bestimmten Zeitraums
<b>Parteien</b>	Verkäufer / Käufer	Unternehmer / Besteller	Beauftragter / Auftraggeber	Kunde / Dienstleister
<b>Gewährleistung</b>	Minderung, Wandelung, eventuell Nachlieferung	Nachbesserung, Minderung, eventuell Wandelung	eventuell Minderung	Minderung, eventuell Nachbesserung
<b>Haftung</b>	kausal für direkte Schäden, verschuldensabhängig für weitere	verschuldensabhängig	verschuldensabhängig	verschuldensabhängig
<b>Vorzeitiges Beendigungsrecht des Kunden</b>	Wandelung bei erheblichen Mängeln	jederzeit gegen Vergütung / besondere Rücktrittsrechte	jederzeit	bei schwerwiegender Störung des Vertrauensverhältnisses
<b>Prüf- und Rügefristen</b>	ja	ja	nein	nach anwendbarem Recht
<b>Verjährung</b>	1 Jahr	1 Jahr	10 Jahre	entsprechend dem anwendbaren Recht, i.d.R. 10 Jahre

### Gesetzlich geregelte Verträge vs. Innominatkontrakte

- **Einschränkung der Vertragsfreiheit** durch zwingende Normen (z.B. jederzeitiges Widerrufsrecht im Auftragsrecht, Art. 404 OR)
- **Lückenfüllung** durch ergänzend anwendbare Normen und Rechtsprechung

### Arten von Innominatkontrakten

- Gesetzlich geregelter Vertragstyp mit **andersartigen Elementen**
- **Kombination** verschiedenartiger Elemente
- Innominatkontrakte **eigener Art** (z.B. Lizenz)

### Welche Regeln gelten für Innominatkontrakte

- **Absorption** durch einen gesetzlich geregelten Vertragstyp
- **Kombination** mehrerer gesetzlich geregelter Vertragstypen
- **Analoge Anwendung** passender Normen
- **Freie richterliche Rechtsfindung**

## 2.2. Ingredienzien von IT-Verträgen

### 2.2.1. Typische Funktionen vertraglicher Regelungen

- Definition der **Vertragsleistung**
- Verankerung der **Projektorganisation**
- Vertragliche **Risikoverteilung**
- Regeln zum **Konfliktmanagement**
- **Zahlungsbestimmungen**

- **Zeitbestimmungen**
- Konkretisierung von **Nebenpflichten**
- **Koordination** vertraglicher Regelungen (z.B. Rahmen-Satellitenverträge, Neben- und Subunternehmer)

### 2.2.2. Präambeln

- **Zieldefinition** → Hilfe zur Vertragsauslegung, eventuell Gefahr von Widersprüchen zur Leistungsdefinition
- **Parteibeschreibungen** → Einfluss auf Haftungsmassstab

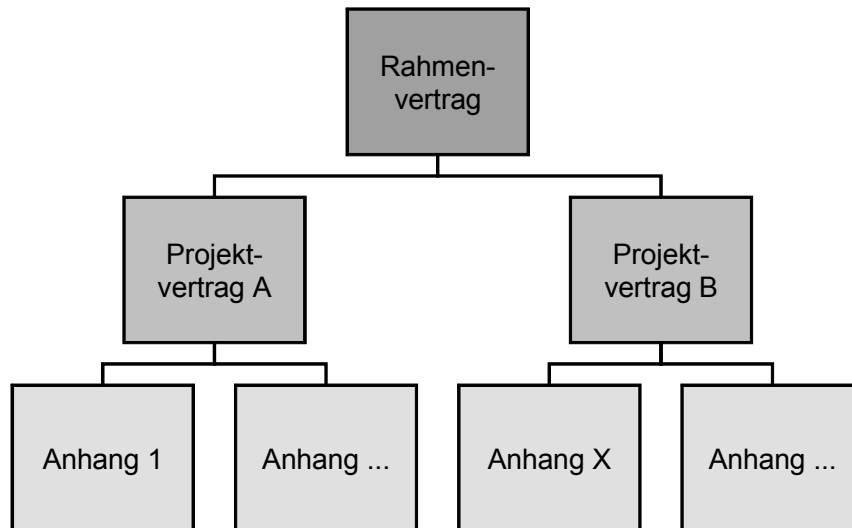
### 2.2.3. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Vgl. auch Kap. 3.3.1.

- Keine Geltung ohne Übernahme!
- Im Zweifel **Auslegung gegen Aufsteller**
- Bei ‚**Globalzustimmung**‘ gelten ungewöhnliche Bestimmungen zulasten des Vertragspartners nicht
- **Unlauterkeit** irreführender Bestimmungen (Art. 8 UWG)
- **Konsumentenschutzbestimmungen** in EU-Ländern beachten!

## 2.2.4. Rahmenstrukturen

### Beispiel einer Rahmenstruktur



**Rahmenvertrag:** Rahmenbedingungen, z.B.

- Koordination mit anderen Verträgen
- Change Management
- Gewährleistung und Haftung
- Auflösung
- Anwendbares Recht
- Streiterledigung

## 2.2.5. Pflichtenhefte

**Typische Inhalte:**

- **Technische Spezifikationen** (z.B. Funktionalität, Kapazität, Ergonomie, Sicherheit, Kompatibilität, Portabilität, Pflegbarkeit), Mengengerüste
- **Verfahrensstandards**

- **Zeitliche Vorgaben**

## 2.2.6. Pläne

**Typische Inhalte:**

- Organisationspläne
- Zeitpläne
- Einführungs-, Abnahme- und Testpläne
- Finanzpläne
- Zahlungspläne
- Netzpläne

## 2.2.7. Referenzen

In Verträgen werden oft andere Dokumente referenziert, z.B.:

- **Vertragsanhänge** → Rangordnung festlegen
- **Normen** und Standards → Aktualisierungsproblematik
- **Best Practices**
- **Glossarien** und Taxonomien (z.B. ITIL Glossary) → nur verwenden wenn die Parteien deren Inhalt kennen
- **Schiedsgerichtsordnungen**

## 2.2.8. Meilensteine

**Typische Funktionen von Meilensteinen:**

- Unterteilung eines Projekts in selbständige **Teilprojekte**

- Definition überprüfbarer **Zwischenergebnisse**
- Eventuell **Auflösungsoptionen** oder **Konventionalstrafen**
- Anknüpfung für **Zahlungsvoraussetzungen**

### 2.2.9. Service Level Agreements

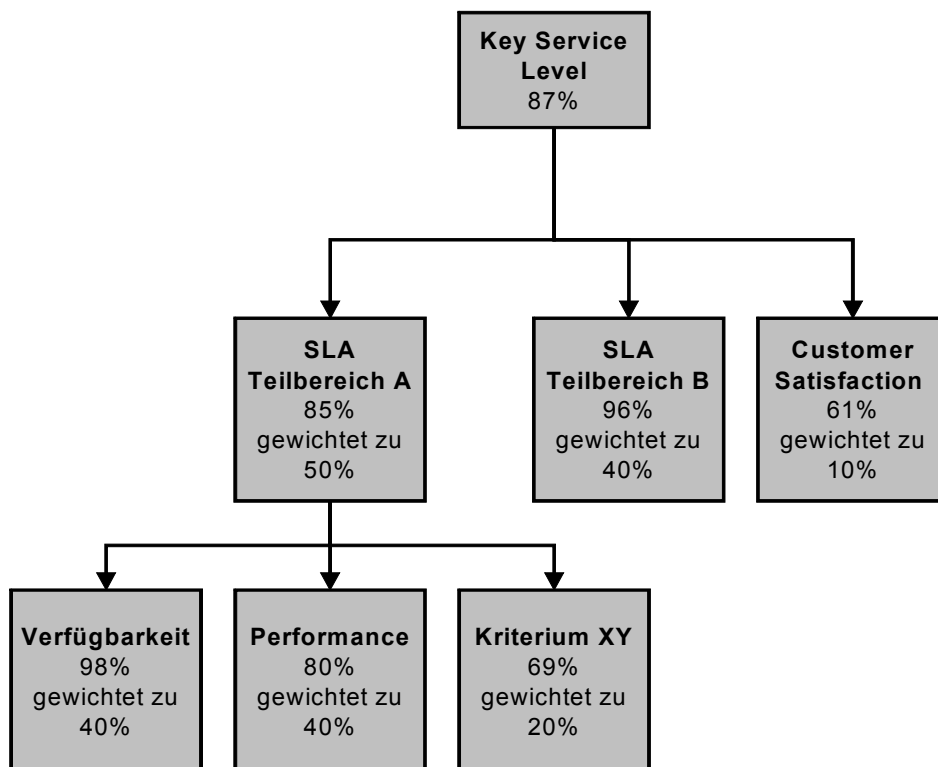
**Ziel:** Standardisierung von Leistungen im Hinblick auf Funktionalität, Performance und Verfügbarkeit

#### Typische Regelungen

- Definition der **Voraussetzungen**, unter welchen die Leistung zu erbringen ist
- Identifikation von **Single Points of Failure**
- Bestimmung der **Messkriterien / -methoden**
- **Gewichtung** der Kriterien / Bestimmung von Key Service Levels
- Relevanter **Zeitraum** / *mean time between failure* (MTBF)
- **Ausnahmen** für Verfügbarkeit, Batchzeiten/Wartungsunterbrüche
- **Modalitäten** der Störungsbehebung
- Was gilt während **Transitionsperiode** / beim Backsourcing?



## Beispiel zur Gewichtung von Service Levels



## Typische Regelungen zum Service Level Management

- Keine Haftung für Unterbrüche innerhalb der **Zielbandbreite**
- **Erweiterte Bandbreite** mit Service Level Credits / Bonus- / Malussystem / Schadenersatz
- **Ausserhalb Bandbreite:** Konventionalstrafen / Schadenersatz / Recht zur Vertragsauflösung bei mehrmaliger schwerwiegender Unterschreitung

### 2.2.10. Claim Management Verfahren

- **Reporting**
- Fortlaufende Konkretisierung des **Leistungsinhalts**
- Aufruf von **Mitwirkungspflichten**

- **Eskalationsverfahren**

### 2.2.11. Change Management Verfahren

**Typische Elemente eines Change Management Verfahrens:**

- Einleitung durch **Change Request**
- Information über **Auswirkungen**
- Entscheid über **Bestellungsänderung**
- Aktualisierung der **Planung** (z.B. Termin- und Kostenpläne)
- Eventuell **Eskalationsverfahren**
- Eventuell Einbezug von **Subunternehmern**

### 2.2.12. Projektcontrolling

- Gemeinsame **Audits** / Projektbegleitung
- Externe **Revision**
- Inhalte, Befugnisse und Kostentragung regeln!
- Achtung: Bei Nichtabmahnung trotz Kenntnis eines vertragswidrigen Zustandes können entsprechende Recht untergehen.

### 2.2.13. Abnahmeverfahren

**Inhalt:** Prüfung der Vertragskonformität der Leistung. Unterschiedliche rechtliche Bedeutung in Werk- und Dienstleistungsverträgen (Verwirkung von Ansprüchen bei vorbehaltloser Annahme im Werkvertragsrecht).

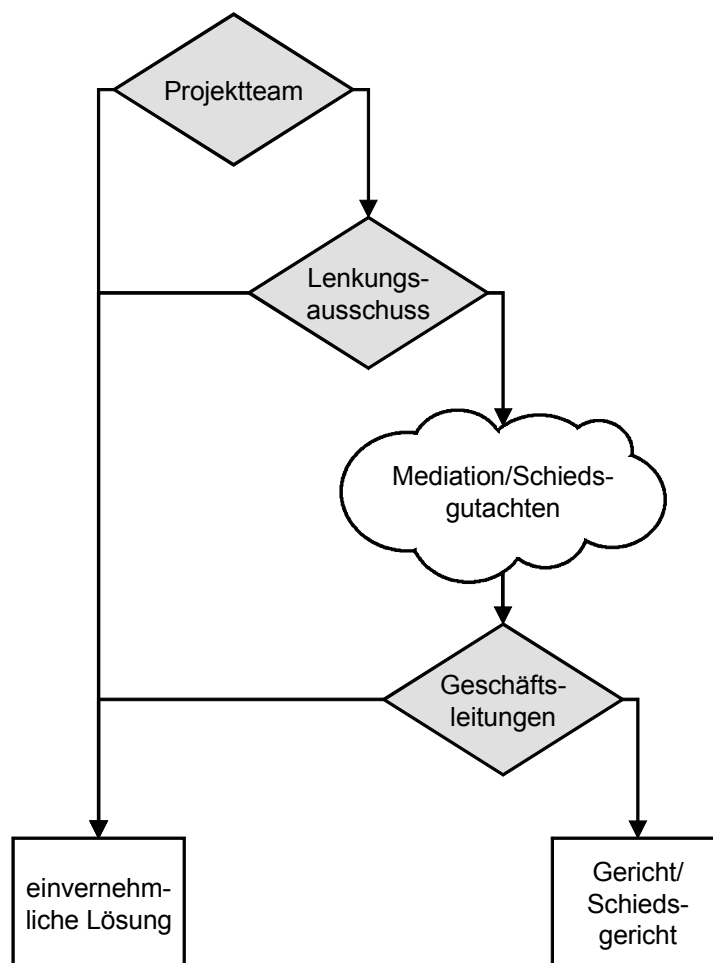
**Regelungsbedarf:**

- Vorbereitungs- und **Mitwirkungspflichten** / Verfahren zu deren Aktualisierung

- **Testmethoden** und Bewertungskriterien
- **Gründe** für Abnahmeverweigerung
- Eventuell **Eskalationsprozedere**

## 2.2.14. Eskalationsverfahren

Beispiel eines Eskalationsschemas. Oft ist es sinnvoller, ein mediatives Element erst nach der Geschäftsleitungsebene einzubauen.



## 2.2.15. Zahlungsbestimmungen

### Typische Inhalte:

- Aufwandsabhängige, leistungsabhängige, verbrauchsabhängige oder fixe Elemente
- **Erfolgsabhängige** Zahlungsvoraussetzungen vs. fixe Vorauszahlungen
- Rechtliche Bedeutung von **Teilzahlungen** (definitive Teilzahlungen vs. Abschlagszahlungen)
- **Benchmarking**
- **Verrechnung** / Rückbehaltung / Hinterlegung von Zahlungen
- **Garantierückbehalt**

## 2.2.16. Kostendächer

= **Preisobergrenze** für aufwandsabhängige Leistung

- Präzise **Definition** der umfassten Leistungen notwendig!
- Achtung bei **Bestellungsänderungen!**
- Eventuell Informationspflichten bei Erreichen von **Schwellenwerten** einbauen

## 2.2.17. Gewährleistungsbestimmungen

### Typische Inhalte:

- **Fristen**: Prüf-, Rüge- und Gewährleistungsfristen
- Wirkung von ‚Garantien‘
- **Beweislastregeln**

- **Art der Gewährleistung** eventuell Vorrang der Nachbesserung, Anzahl Nachbesserungsversuche
- Streitverkündung und Abtretung von **Ansprüchen gegenüber Drittherstellern**

### 2.2.18. Konventionalstrafen und Boni

- Exakte **Definition / Beweis** der Voraussetzungen!
- **Herabsetzung** übermässiger Konventionalstrafen (Art. 163 Abs. 3 OR)
- **Zeitpunkt** der Geltendmachung (vgl. Art. 160 Abs. 2 OR)
- Verhältnis zur **Vertragserfüllung** (Art. 160 Abs. 1 / 3 OR)
- Ersatz eines **höheren Schadens** nur bei Verschulden (Art. 161 Abs. 2 OR)
- Alternative zu Konventionalstrafen: Pauschalierter Schadenersatz / Bonus-Malus-System

### 2.2.19. Haftungsausschlüsse

**Schranken** beachten:

- Absichtliche / grobfahrlässige Schadensverursachung (Art. 100 OR analog)
- ‚Obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe‘ (Art. 100 Abs. 2 OR analog)
- Ansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz (Art. 8 PrHG)
- Absichtlich verschwiegene Mängel (vgl. Art. 203 OR)
- Tod und Körperverletzung (Verstoss gegen Art. 27 ZGB)

Ausdrückliche vertragliche **Zusicherungen** gehen generellen Haftungsbeschränkungen vor.

### 2.2.20. Vollständigkeitsklauseln

- Abschliessende Aufzählung der **Vertragsdokumente**
- Vollständigkeit der **Spezifikationen** vs. funktionale Leistungsbeschreibung
- **Schriftlichkeitsklauseln** (vgl. Art. 16 OR) → Problem: Eventuell mündlicher Verzicht auf Vorbehalt, welcher nur zu Beweis Zwecken vereinbart wurde, möglich.
- **Teilnichtigkeitsklauseln** (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR)

### 2.2.21. Geheimhaltungsvereinbarungen

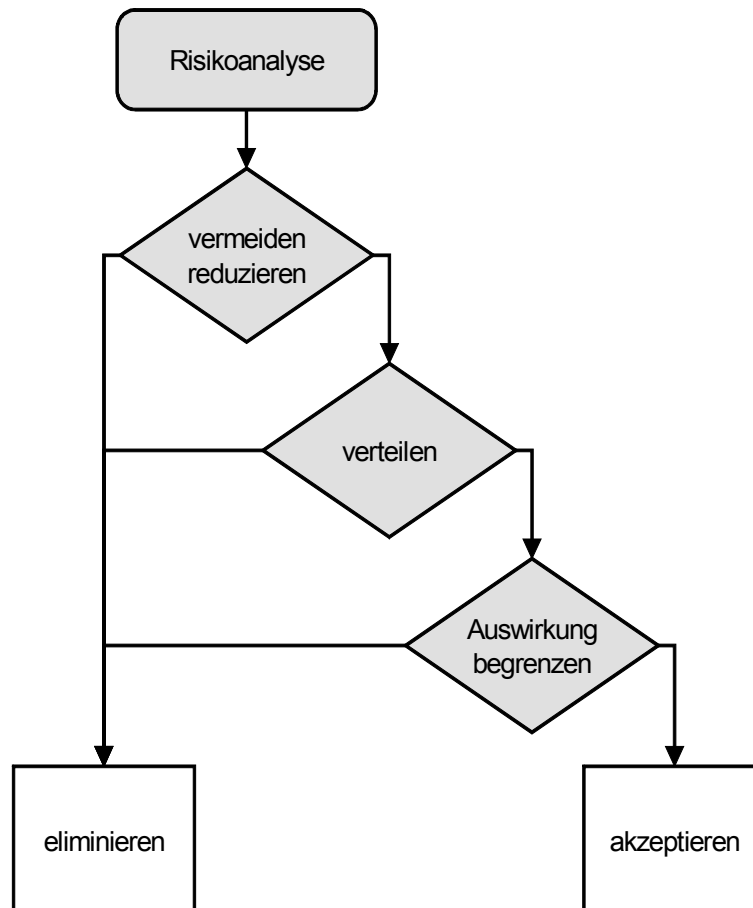
- **Wirksamkeit** nur in Bezug auf nicht allgemein bekannte Tatsachen und so lange ein Geheimhaltungsinteresse besteht
- **Überbindung** auf Arbeitnehmer und Subunternehmer
- **Bestimmbarkeit** der Geheimnisträger sicherstellen
- **Bestimmbarkeit** der kommunizierten Information → Gegenzeichnung / Escrow von Dokumenten
- Eventuell **Sicherung** durch Konventionalstrafen

### 2.2.22. Auflösungsbestimmungen

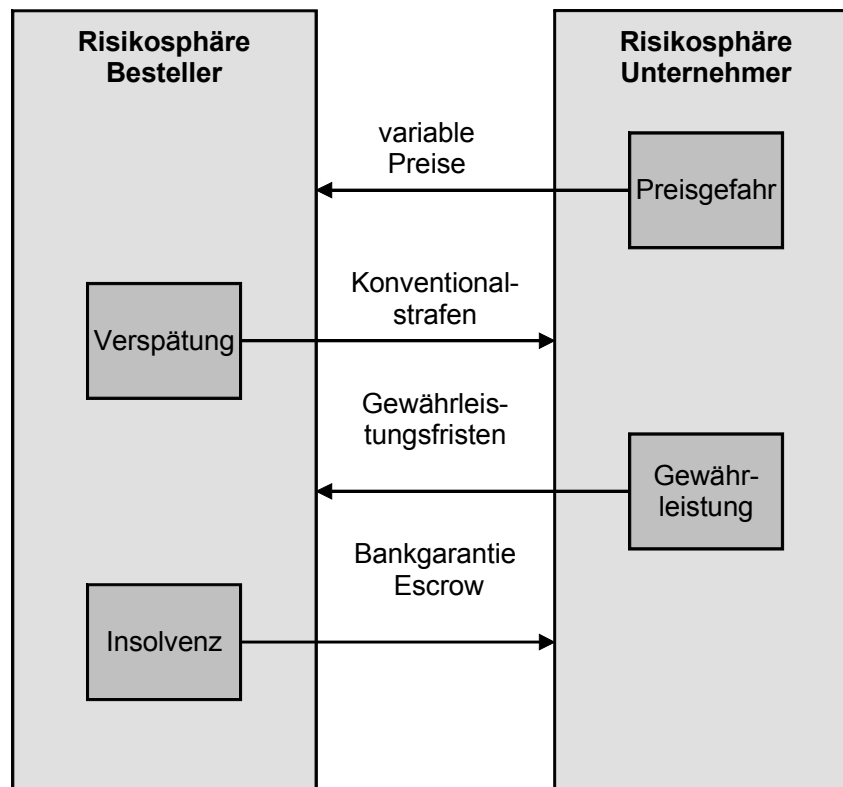
- Befristung / Ordentliche Kündigung
- **Ausserordentliche** Kündigung / Rücktrittsrechte
- **Auflösungsoption**
- Recht auf **Beendigungsunterstützung** / Übernahmerechte

## 2.3. Vertragliches Risikomanagement

### 2.3.1. Risikoanalyse



### Beispiel zur vertraglichen Risikoverteilung



### 2.3.2. Typische Risiken des Leistungsbezügers

#### Streit über zu erbringende Leistung

- Funktionale Leistungsbeschreibung, Vollständigkeitsklausel
- Einbezug von **Standards** und Best Practices
- Konkretisierung durch **Claim Management**
- Eskalationsverfahren

#### Mangelhafte Vertragserfüllung

- Informationspflichten, Reviews, Kontrollrechte, Disaster Recovery Planning
- Abnahmeverfahren



- **Zahlungsvoraussetzungen**, Garantierückbehalte
- **Gewährleistung, Haftungsbestimmungen**, Konventionalstrafen, Boni / Mali, Service Level Credits
- **Auflösungsmodalitäten**

#### **Veränderung der Bedürfnisse**

- **Change Management** mit Eskalationsverfahren
- Flexible **Preisbestimmung**
- (Teil-)**Auflösungsmodalitäten**

#### **Investitionsschutz**

- Eventuell Wahl eines solventen **Generalunternehmers**
- **Teilzahlungen** nach Projektfortschritt / Garantierückbehalt
- Abschluss eines **Wartungsvertrages** mit Mindestvertragsdauer
- **Änderungsrecht** an Software und Herausgabe / Escrow von Sourcecode, Dokumenten und Werkzeugen
- Verpflichtung zur **Migrationsunterstützung**

#### **Verschwinden des Leistungserbringers**

- **Periodisches Assessment** der wirtschaftlichen Situation des Dienstleisters  
→ **Kündigungsrecht**
- Eventuell **Garantierückbehalte**
- **Rechtsnachfolgeklausel**
- **Escrow** allfälliger Individualsoftware
- **Übernahmerechte** für Dokumentation, Personal, Hard- und Software

- **Geheimhaltungspflichten** direkt auf Mitarbeiter überbinden

### 2.3.3. Typische Risiken des Leistungserbringers

**Kunde nimmt notwendige Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vor**

- Ausgestaltung als vertragliche **Pflichten**
- **Claim Management** Verfahren zur Konkretisierung
- **Dokumentation** der eigenen Vertragserfüllung
- Recht zur **Leistungseinstellung**

#### **Nichtbezahlung der Leistung**

- **Sicherheiten** (z.B. Bankgarantien, Patronatserklärung bei Konzerngesellschaften)
- **Zahlungsplan** (Vorauszahlungen, Nichtrückforderbarkeit von Teilzahlungen etc.)
- Recht zur **Leistungseinstellung**

#### **Gewährleistung und Haftung**

- Soweit **Erfolgsgarantien** übernommen werden: klare Definition wofür und inwieweit
- Klare Abgrenzung von **Risikosphären**
- Regeln zur **Beweislastverteilung**
- **Schadensverhütungspflichten** des Kunden (z.B. bei Datensicherung und Disaster Recovery)
- **Dokumentation** der eigenen Sorgfalt

- Vertragliche **Haftungsbeschränkungen / Pauschalierung** von **Schadenersatzansprüchen**
- Eventuell **Versicherung**

#### **Nachträgliche Erhöhung des Aufwands zur Leistungserbringung**

- Abschliessende Definition der in **Pauschalen** inbegriffenen Leistungen
- **Indexierung**
- Recht zur **Preisanpassung** bei wesentlicher Verteuerung relevanter Faktoren
- **Change Management** und Eskalationsverfahren zur Leistungsanpassung

#### **Vorzeitige Vertragsauflösung**

- Angemessene **Kündigungsfristen**
- **Ablösungszahlungen** / Übernahmepflichten des Kunden bei Kündigung vor Amortisation von für ihn entwickelten Komponenten
- Keine Herausgabe von **Dokumenten**
- Verbot der **Änderung von Software**
- **Anstellungsverzicht**

## **2.4. Vertragstypen**

### **2.4.1. Lizenzen**

**Grundlage:** Verzicht des Lizenzgebers auf die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten gegenüber dem Lizenznehmer, **eventuell ergänzt durch** Nebenleistungspflichten des Lizenzgebers (z.B. Schulung, Zurverfügungstellen von Know-How und Material)

### Typische Erscheinungsformen

- **Lizenzverträge** im engeren Sinn
- Lizenzkomponenten in andersartigen Verträgen
- Allgemeine Lizenzbedingungen
- Gemischte Lizenzen aus Immaterialgüterrechten und Know-How
- **Gesetzliche Lizenz** beim Erwerb eines Computerprogramms (Art. 12 Abs. 2 URG)

### Typische Lizenzarten

- Einfache Lizenz
- Exklusivlizenz
- Semiexklusivlizenz
- Lizenz mit Befugnis zur Unterlizenzierung
- Übertragbare Lizenz
- Crosslicense
- Rücklizenz (sale & license back)

### Typische Erweiterungen

- Mehrplatz / Server-Client-Nutzung
- Unterlizenzierung
- Änderung und Weiterentwicklung

### Typische Beschränkungen

- Named License / Site License

- Zeitliche Beschränkungen
- CPU-Klauseln

### **Shrinkwrap / Clickwrap Licenses**

- Kontroverse um **rechtliche Verbindlichkeit** in der Schweiz. Vgl. zum US-amerikanischen Recht bejahend den Entscheid des US Court of Appeals vom 20.6.1996, ProCD Inc. v. Matthew Zeidenberg, 86F.3d 1447, 7th Circuit
- Problematik **Allgemeiner Geschäftsbedingungen**
- Haftungsbumerang?

**Digital Rights Management:** vgl. Kap. 3.4.2

## **2.4.2. Kaufrecht**

### **Anwendungsbereich:**

- Bereits bestehende Produkte
- Seriell herzustellende Produkte (z.B. Standardsoftware)

### **Mangel (Art. 197 OR)**

- **Zugesicherte Eigenschaften** fehlen
- Gegenstand zum vorausgesetzten Gebrauch ungeeignet, z.B. Nichtberücksichtigung rechtlicher Vorgaben (**Sachmängel**)
- Fehlende Rechte des Verkäufers (**Rechtsmängel**)

**Gewährleistungsansprüche:** entsprechend Vertrag, subsidiär:

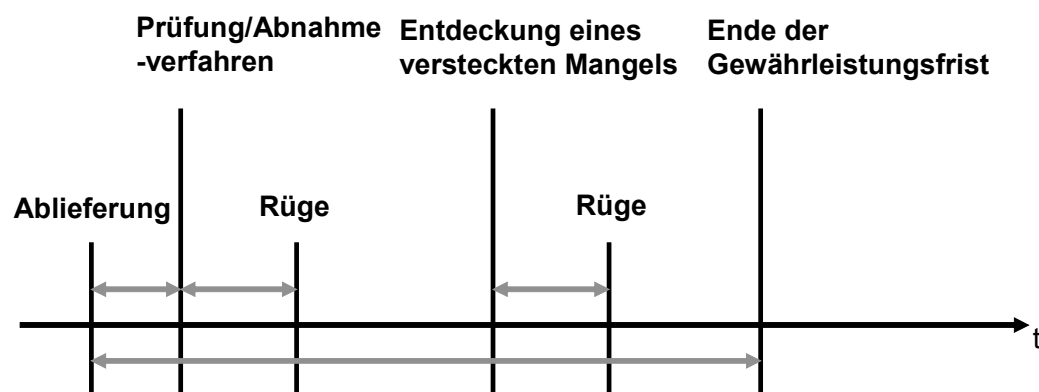
- **Kaufpreisminderung** (Art. 205 OR)
- Rückgängigmachen des Kaufs (**Wandelung**), eventuell Ersatzlieferung bei Serienprodukten (Art. 206 OR)

- Ersatz des Mangelfolgeschadens (für ‚mittelbare Schäden‘ nur bei Verschulden des Verkäufers, Art. 208 Abs. 3 OR)

### Gewährleistungsvoraussetzungen:

- Keine Haftung für bekannte Mängel
- Haftung für vor Auswahl leicht erkennbare Mängel nur bei Vorliegen einer Zusicherung
- **Prüfung** auf offensichtliche Mängel nach Ablieferung
- Umgehende **Rüge** entdeckter Mängel
- Grundsätzlich einjährige **Verjährungsfrist** (10 Jahre für absichtlich verschwiegene Mängel)

### Fristen bei der Mängelrüge



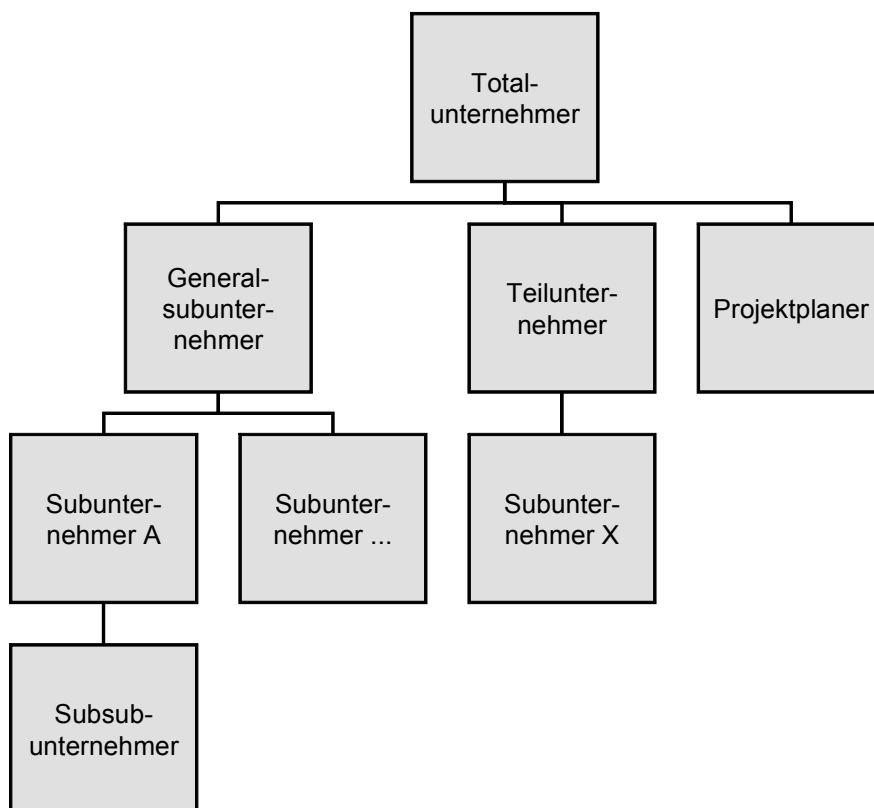
### 2.4.3. Werkvertrag

**Anwendung** insbesondere auf:

- individuelle Herstellung von IT-Produkten
- Systemintegration
- Reparatur: falls Erfolg versprochen wurde

- Werklieferung
- Erstellung von Planungsunterlagen

### Beispiel einer General- und Subunternehmerstruktur



### Koordination mehrerer Unternehmer / mehrerer Verträge

- Grundsätzlich: **keine Geltung** der Subunternehmerverträge gegenüber Besteller
- Übernahme der Leistungsbeschreibung durch ‚**flow-through-clause**‘
- Oft erfolgt eine **Abtretung von Ansprüchen** gegen den Subunternehmer. Der Besteller muss sich dann primär an diesen halten.
- Koordination von **Bestellungsänderungen** und Abnahmeverfahren
- Eventuell **Direktzahlungen** an Subunternehmer

Präzise **Leistungsdefinition** im Pflichtenheft, z.B.:

- Funktionalität
- Kapazität, Geschwindigkeit (→ Mengengerüst / Definition der Systemumgebung)
- Kompatibilität / Interoperabilität / Portabilität
- Skalierbarkeit
- Wartbarkeit
- Einzuhaltende Normen und Standards
- Ergonomie

### **Pflichten des Unternehmers**

- **Sorgfältige Ausführung**
- Eventuell **persönliche** Projektleitung
- **Informationspflichten**, z.B. über:
  - Probleme mit Infrastruktur / Material des Bestellers
  - Verzögerungen
  - Überschreitung von Kostenschätzungen
  - Unzweckmässige Weisungen

### **Preisbestimmung**

- **Fixe Komponenten:** Vgl. aber zur nachträglichen Anpassung bei Eintritt unvorhersehbarer Umstände Art. 373 Abs. 2 OR.
- **Variable Komponenten:** z.B. aufwandsabhängig oder nutzungsabhängig → Informationspflicht bei Überschreitung einer Schätzung (vgl. auch Art. 375 Abs. 1 OR)



- **Kostendach**: nur für definierte Leistungen → Auswirkung von **Bestellungsänderungen**

**Abnahme (≠ Ablieferung)**: Prüfung der Vertragskonformität

- Entscheid über **Abnahme / Nichtabnahme**
- Schriftliche Protokollierung allfälliger **Mängel** und der versprochenen Behebungsfristen
- Abnahmeverfahren definieren (vgl. Kap. 2.2.13 )!

**Gewährleistungsansprüche**: entsprechend Vertrag. Falls nichts geregelt ist nach Art. 368 OR:

- Nachbesserung
- Preisminderung
- Vertragsauflösung nur bei Unbrauchbarkeit
- Ersatz des Mangelfolgeschadens nur bei Verschulden des Verkäufers

**Vorzeitige Vertragsauflösung**

- **Jederzeit** gegen volle Entschädigung (Art. 377 OR)
- Bei schwerwiegender **Verspätung** (Art. 366 OR)
- Bei massiver **Überschreitung der Kostenschätzung** (Art. 375 OR)
- Bei Eintritt **ausserordentlicher unvorhersehbarer Umstände** (Art. 373 OR)

#### 2.4.4. Auftrag

**Anwendungsbereich**: insbesondere Beratungs- und Projektmanagementleistungen

- Sorgfältige Ausführung aber **keine Arbeitserfolg** geschuldet

- Jederzeitige **Auflösungsmöglichkeit** (Art. 404 OR!)
  - **Vergütung** der bereits geleisteten Arbeit
  - **Entschädigung** bei Auflösung zur Unzeit

### 2.4.5. Dauerdienstleistungsverträge

#### Typische Merkmale:

- Messbarer Arbeitserfolg durch Standardisierung der Leistung
- Bestimmte Dauer
- Rahmencharakter

#### Beispiele:

- Wartung und Support
- Rechenleistungen
- Hosting
- Application Service Providing
- Outsourcing
- Managed Services

**Rechtliche Einordnung:** Innominatkontrakte mit Werkvertrags- und Auftragskomponenten

**Leistungsdefinition** erfolgt in der Regel über Service Level Agreements (vgl. dazu Kap. 2.2.9)

#### Nebenpflichten

- **Information** über Leistungseinschränkungen

- **Beratungspflichten** bei Einzelaufträgen
- **Konsultation** vor sicherheitsrelevanten Veränderungen (z.B. Einspielen von Softwareupdates)
- **Disaster Recovery**
- **Beendigungsunterstützung**

**Datenschutz** (vgl. Kap. 4.3.10)

### **SLA Wartung, Pflege & Support: typische Regelungsinhalte**

- **Zielrichtung** (z.B. blosse Störungsbehebung, corrective, perfective oder adaptive maintenance)
- **Wartungstiefe** (z.B. Zulässigkeit von Workarounds)
- **Einsatzbereitschaft** / Reaktionszeit
- **Prioritäten** der Störungsbehebung und Stufenfolge (1st / 2nd level support)
- **Release Management**: Pflicht des Dienstleisters zur Installation neuer Versionen, Ablehnungsrechte des Kunden
- Eventuell **IT-Procurement** nach Warenkörben
- **Trouble Ticket System**
- **Service Level Management**

### **Pflege & Support, heikle Punkte**

- Verhältnis zu **Gewährleistungsansprüchen**
- Abgrenzung allfälliger **Regieleistungen**
- Unterstützung bei **Fehlersuche** / Vergütung von ‚Fehlalarmkosten‘
- Unterstützung **alter Softwareversionen**

- **Systemadministrationsrechte**
- **Beendigungsunterstützung**

### **Outsourcing: Erscheinungsformen**

- Operation Level Agreement
- **Konzerninterne** Konzentration der IT
- **Joint Venture** mit Dritten
- **Multisourcing** (mehrere Dienstleister)
- **Outtasking** / Application Service Providing
- Managed Services

### **Outsourcing: Was wird übertragen?**

- **Betriebsverantwortung für bestimmte Systeme / Prozesse** (Weiterbetrieb eines bestehenden Systems oder Zurverfügungstellen von Kapazitäten und Dienstleistungen)
- Unternehmensteilen
- Informationssysteme und Lizenzen
- Personal und Infrastruktur
- Serviceverträgen

### **Outsourcing: heikle Punkte**

- **Transition**
- **Zustimmung Dritter** (z.B. Softwarelizenzen, Übernahme von Arbeitnehmern)
- **Informationssicherheit** / Datenschutz
- **Controlling**

- **Benchmarking**
- **Backsourcing** / Beendigungsunterstützung



## 3. RECHTLICHE ASPEKTE DES INTERNET

### 3.1. Internationale Anknüpfung

#### 3.1.1. Überblick

Wenn grenzüberschreitende Konflikte gerichtlich ausgetragen werden sollen (z.B. Strafrecht, Vertragsrecht, Immaterialgüterrecht), stellen sich stets **drei Grundfragen**:

- **Welches Gericht** ist zuständig?
- **Welches Recht** ist anwendbar?
- Unter welchen Voraussetzungen kann ein **ausländisches Urteil** anerkannt und vollstreckt werden?

Die Antworten ergeben sich aus der **nationalen Rechtsordnung** des angerufenen Gerichts. In bestimmten Bereichen erfolgt eine Harmonisierung der nationalen Regelungen durch Staatsverträge. Auch in diesem Fall bleibt es allerdings zu unterschiedlichen Auslegungen kommen.

**Rechtsgrundlagen für die Schweiz:**

- **Staatsverträge**
  - Z.B. Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
- **Nationales Recht**
  - Z.B. BG über das internationale Privatrecht (IPRG)
  - Z.B. Strafgesetzbuch (Art. 3-8)

### 3.1.2. Welches Gericht ist zuständig?

Falls mehrere Gerichte involviert werden, sind folgende Konstellationen möglich:

- **Kongruente Lösungen:** eindeutiger Gerichtsstand
- Positive **Kompetenzkonflikte:** Klage überall möglich
- Negative **Kompetenzkonflikte:** Klage nirgends möglich

In gewissen Fällen besteht die Möglichkeit der Beeinflussung des Gerichtsstandes durch Prozessparteien („forum shopping“).

#### Anknüpfungspunkte

Es gibt **keinen einheitlichen Anknüpfungspunkt** für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Internet. Vielmehr bestehen unterschiedliche Anknüpfungskriterien in verschiedenen Rechtsgebieten (Vertragsrecht, ausservertragliche Haftung, Immaterialgüterrecht, Strafrecht, Steuerrecht etc.). Als Anknüpfungspunkte kommen beispielsweise in Frage:

- **Sitz** des Beklagten (z.B. Verträge)
- **Handlungsort** (z.B. Strafrecht): „point of no return“: Einspeisungsort (Bsp.: „Lyrics“-Entscheid, publiziert in: sic!: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1999, S. 632 f.)
- **Erfolgsort** (z.B. Strafrecht)
- **Sitz des Klägers** (z.B. Konsumentenstreitigkeiten)

Der **Erfolgsort** kann in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedlich definiert werden:

- **Strafrecht:** Täter muss „Erfolg“ am betreffenden Ort zumindest in Kauf nehmen.
- **Zivilrecht:** Um die Anwendung des schweizerischen Rechts auf ausländische Webangebote zu beschränken, könnte darauf abgestellt werden, ob der



Inhalt auch auf die Schweiz ausgerichtet ist. Dafür gibt es insbesondere folgende Indizien:

- Angebotsausschlüsse: ‚Dieses Angebot gilt nur für die Schweiz / EU‘
- Landesspezifische Produkte
- Sprache des Webangebots
- Lokalisierung von Bestelladressen
- Währung
- **Lauterkeitsrecht:** relevant sind die Märkte, auf welchen sich die Handlung auswirken kann

**Wo** liegt der Erfolgsort rechtswidriger Webinhalte?

- Jeder Ort, wo Seite **abrufbar** ist? → überall!
- **Serverstandort** → Problem des ‚forum shopping‘ durch Verlegung des Serverstandorts
- Nur ‚relevante Staaten‘? Länder, zu welchen die Publikation eine **Mindestbeziehung** hat → US-amerikanische ‚minimal contacts‘-Doktrin

**Zuständigkeit nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht**

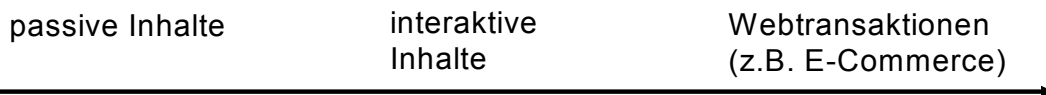
- **Grundsatz:** Zuständigkeit am schweizerischen Sitz oder Aufenthaltsort des Beklagten (Art. 109, 112 IPRG)
- **Subsidiäre Gerichtsstände** z.B.:
  - Ort der Vertragserfüllung (Art. 113 IPRG) oder des ‚engsten Zusammenhangs‘
  - Schutzort von Immaterialgütern
  - Handlungs- oder Erfolgsort für ausservertragliche Haftung (Art. 129 IPRG)

- **Besondere Gerichtsstände**, z.B. Konsumentenverträge (Art. 114 IPRG)

### Zuständigkeit in den USA

vgl. [http://www.law.cornell.edu/bulletin/sp/2001\\_02/jurisdiction/notes.htm](http://www.law.cornell.edu/bulletin/sp/2001_02/jurisdiction/notes.htm)

- **Effects Test**: Wo soll sich die Wirkung entfalten? US Supreme Court Calder / Jones, 465 U.S. 783, 789 (1984)
- ‚Minimum Contacts‘, **Sliding Scale Test**, Federal District Court Pennsylvania Zippo Manufacturing Co / Zippo Dot Com Inc., 952.F. Supp 1119 (W.D. Pa. 1997)



### 3.1.3. Welches Recht ist anwendbar?

Staatsverträge und nationales Recht (z.B. IPRG) bestimmen das in der Sache anwendbare Recht (z.B. schweizerisches Obligationenrecht oder deutsches BGB).

### 3.1.4. Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen

#### Grundsatz:

- Im Zivilrecht können anwendbares Recht und Gerichtsstand grundsätzlich frei gewählt werden.
- Im Strafrecht ist eine Wahl grundsätzlich nicht möglich.

**Schranken** der Wirksamkeit von Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen.

- **Zustandekommen** einer entsprechenden Vereinbarung (→ Regeln über elektronischen Vertragsschluss, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Art. 9 Abs. 2 GestG)
- **Zulässigkeit** nach nationalem Recht (z.B. zwingende Konsumentenschutzbestimmungen)

### 3.1.5. Internationale Vollstreckung

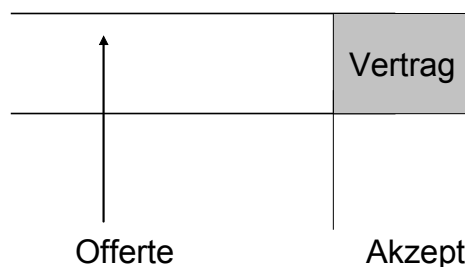
Ausländische Urteile können in der Schweiz vollstreckt werden, soweit die geltenden Staatsverträgen und bzw. das IPRG dies vorsehen (indirekte Zuständigkeit). **Grundsätzlich keine inhaltliche Überprüfung** aber:

- **Mindestanforderungen an das Verfahren**, in welchem das Urteil zustande kam (vgl. Art. 27 IPRG und Art. 28 LugÜ)
- Verweigerung der Vollstreckung bei Unvereinbarkeit mit dem schweizerischen ‚**Ordre Public**‘ (vgl. Art. 27 IPRG, Art. 27 und 29 LugÜ)

## 3.2. Online-Vertragsschluss

### 3.2.1. Grundsätzliches zum Vertragsschluss

**Prinzip:** formfreier Vertragsschluss bei übereinstimmenden Willenserklärungen (Art. 1 ff. OR)



Folgende **Konstellationen** sind zu unterscheiden:

- **Konsens** → nachträgliche Meinungsänderung unbeachtlich (Ausnahme: Spezielle Widerrufsrechte für Konsumenten)
- **Dissens** (z.B. Verkäufer bietet nur Apple an, Kunde bestellt IBM) → kein Vertrag zustande gekommen
- **Irrtum**: z.B. Übermittlungs- oder Erklärungsirrtum
  - Gültigkeit, aber **Anfechtbarkeit** im Fall eines wesentlichen Irrtums (Art. 23ff. OR)
  - **Beweislast** für Irrtum beim Irrenden
  - eventuell **Schadenersatz** bei fahrlässigem Irrtum (Art. 26 OR)

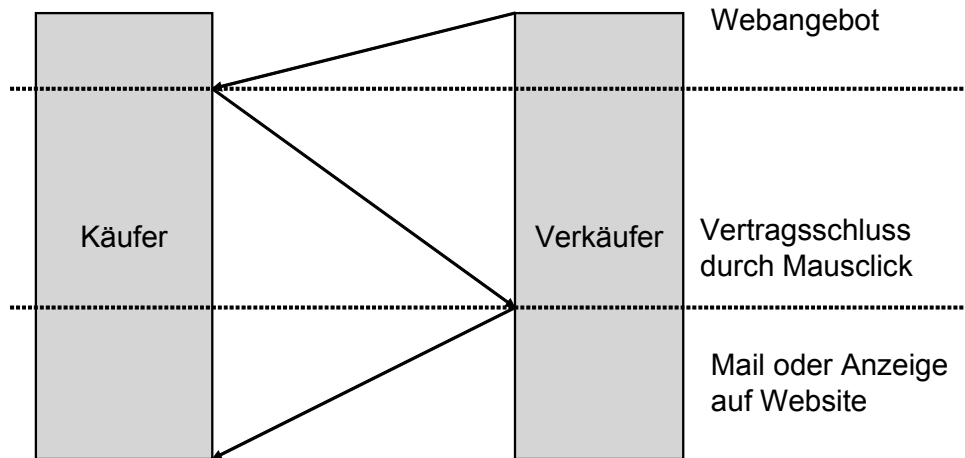
### 3.2.2. Verbindlichkeit von Webangeboten

Sind Webangebote **Offerten im Sinn des Obligationenrechts** (Art. 3 OR)?  
→ Kann der Vertrag durch bloße Annahme des Angebots online abgeschlossen werden? z.B. Software-Download

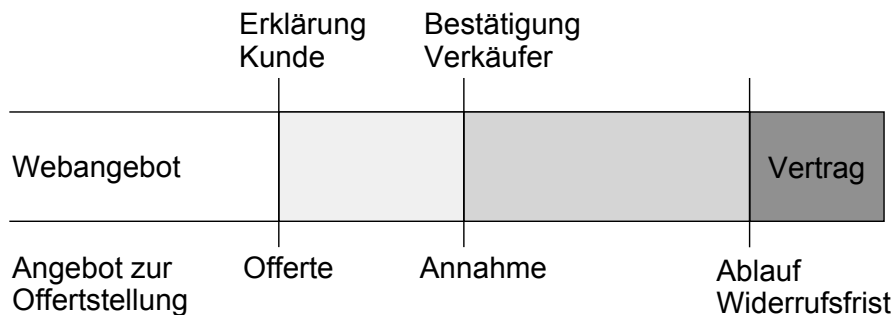
Das Handeln des Kunden kann selbst eine **Offerte** darstellen:

- Grundsätzlich **Annahme** durch Leistungserbringer notwendig.
- **Stillschweigende Annahme** durch den Websiteinhaber? → Art. 6 OR
- E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG (Art. 11): Pflicht zur **Bestätigung**

## Grundmodell des Vertragsschlusses via Website



## Vertragsschluss entsprechend der E-Commerce-Richtlinie



Sind auf Webangebote die **Regeln über Vertragsschluss unter Anwesenden oder unter Abwesenden** anwendbar? Dies ist in zweierlei Hinsicht relevant:

- **Bindungswirkung der Offerte**

- Art. 5 OR: Vertragsschluss unter **Abwesenden**: Bindung an Offerte bis üblicherweise mit Annahme gerechnet werden muss
- Art. 4 Abs. 2 VE OR: Vertragsschluss unter **Anwesenden**: Keine Bindung ohne Annahme

- **Beginn der Vertragswirkung**

Wann gilt eine elektronisch abgegebene Erklärung als **zustellt**? Grundsätzlich sobald sie beim Empfänger abrufbar ist, z.B. in Mailbox (vgl. auch Art. 11 der EU-Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr).

### 3.2.3. Typische Probleme beim Online-Vertragsschluss

Beim Online-Vertragsschluss stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- Wer verbirgt sich hinter dem Angebot oder der Annahmeerklärung? (**Identität des Vertragspartners**)
- Kann der Vertragspartner rechtsgültig handeln? (**Handlungsfähigkeit des Vertragspartners**, z.B. Minderjährige, vgl. Art. 13 ff. ZGB)
- Meint der Vertragspartner auch was er schreibt? → korrekte und vollständige Information über Eigenschaften des Vertragsgegenstandes, Korrekturmöglichkeiten für **Fehleingaben**
- Was ist Vertragsinhalt geworden? (z.B. Wirksamkeit von **vorformulierten allgemeinen Vertragsbedingungen**)

Falls der Vertragspartner eine **falschen Identität** vorgespiegelt hat, gelten folgende Regeln:

- **Grundsatz:** kein Vertrag zustande gekommen (Art. 38 OR)
- **Ausnahme:** Anscheins- oder Duldungsvollmacht wenn Vertragspartner gutgläubig war und Vertretener die Handlung hätte erkennen und verhindern können.
  - BGE 129 III 604 (Telefonsex): Haftung für die Nutzung des eigenen Telefons
  - Herumliegenlassen von Signaturschlüsseln: Art. 59a OR
- **Schadenersatzpflicht** des Täters (Art. 39 OR)

### 3.2.4. Warum Formvorschriften?

Gesetzliche Formvorschriften können unterschiedliche Zwecke verfolgen:

- **Beweissicherheit** (z.B. Art. 226c Abs. 1 OR)
- Zuverlässige Grundlage für öffentliche Register (z.B. Grundstücke)
- **Übereilungsschutz** (z.B. Bürgschaft)
- Sicherstellung der Konsumenteninformation (z.B. Art. 40d Abs. 1 OR)

### 3.2.5. Wo gilt es Formvorschriften zu beachten?

**Grundsatz:** Formfreiheit des Vertragsschlusses (Art. 11 OR)

**Ausnahme:** gesetzliche Formvorschriften

- **Einfache Schriftlichkeit:** schriftlicher Text + Unterschrift
- **Öffentliche Beurkundung** (Notar)

Rechtsfolge bei Nichtbeachtung von Formvorschriften: **Vertragsungültigkeit**

### 3.2.6. Stellenwert von E-Mails

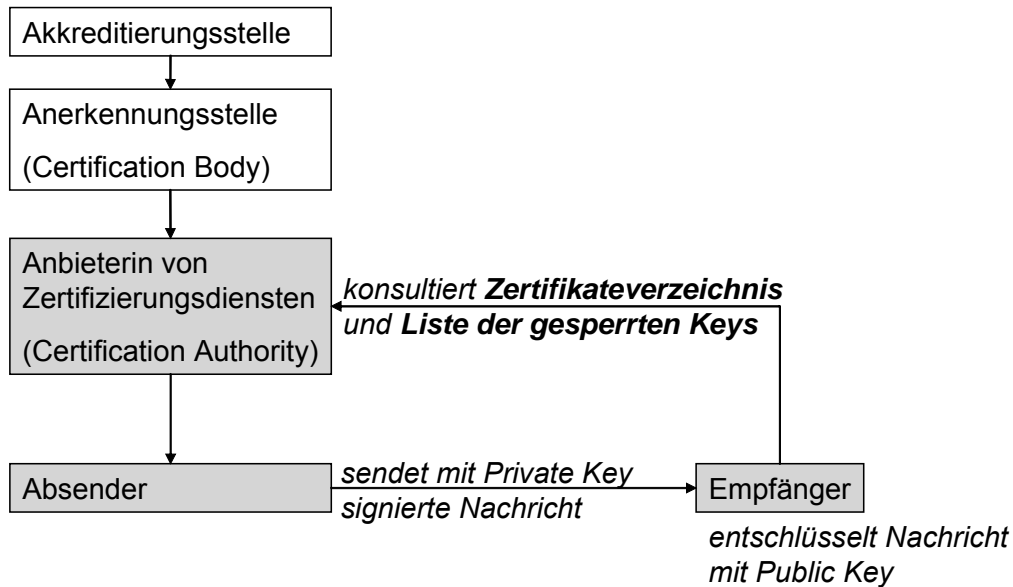
Bisher ist in der Schweiz keine elektronische Einreichung von **Gerichts- und Behördeneingaben** möglich. → Projekt ‚juslink.ch‘ (vgl. auch Anhang zum ZertES)

Freie richterliche Würdigung von E-Mails als **Beweismittel** in Gerichtsverfahren. Parteien können aber zum voraus vertragliche **Beweisregeln** treffen

E-Mails und Fax berechtigen grundsätzlich nicht zur provisorischen **Rechtsöffnung** im Betreibungsverfahren → Gleichstellung von qualifizierten Signaturen mit eigenhändigen Unterschriften seit dem 1.1.2005 (Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR)

### 3.2.7. Elektronische Signaturen

**Grundlage PKI:** Public Key als ‚Schloss‘, Private Key als ‚Schlüssel‘



#### Technische Funktion

- **Authentizität** der Information
- **Integrität** der Information (→ Hash-Wert)

#### Rechtliche Funktion

- **Einfache** Signatur:
  - erhöhter Beweiswert
  - Erfüllung vertraglich vereinbarter Formvorbehalte
- **Qualifizierte** Signatur
  - hoher Beweiswert
  - Erfüllung gesetzlicher Formvorbehalte wenn sie von einer anerkannten CA stammt



**Gesetzlich vorgeschriebene Form:**

- Keine rechtliche Wirkung elektronischer Signaturen ohne Spezialgesetzgebung → Signaturgesetz / Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR

**Vertraglich vorbehaltene Form:**

- Parteien bestimmen die Höhe der Anforderungen selbst, z.B. fortgeschrittene Signatur mit bestimmten Charakteristika
- Art. 16 OR: Keine Bindung bei Nichteinhaltung der Formvorschriften sofern diese nicht nur zu reinen Beweis Zwecken vorgesehen wurden

**EU: Richtlinie 1999/93/EG** (Art. 5): Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gleichstellung fortgeschrittener elektronischer Signaturen mit eigenhändigen Unterschriften

**Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR:** Der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist die **qualifizierte elektronische Signatur**, die auf einem **qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten** beruht.

Voraussetzungen einer **qualifizierten Signatur**:

- **Persönliche Identifizierung** des Signierenden durch den Zertifikateaussteller (Art. 8 ZertES)
- **Technische Anforderungen** (Art. 6 ZertES)
- **Inhaltliche Anforderungen** an Zertifikat (Art. 7 ZertES)

Damit die Signatur der physischen Unterschrift gleichgestellt wird, muss zudem die **Certification Authority vom Bund anerkannt** sein (Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR).

### **3.2.8. Online Auktionen**

Eigentlich kein Vertragstyp sondern **Methode des Vertragsschlusses**.  
Schweiz: Einordnung im Kaufrecht (Art. 229 ff. OR).

Online Auktionen werfen besondere Fragen auf:

- **Wann** kommt Vertrag zustande?
- **Wer** sind die Vertragsparteien?
- Umgehung von **Verbraucherschutzbestimmungen** (z.B. Widerrufsrechte)?
- Zulässigkeit bestimmter Praktiken (z.B. Sniping)?
- **Haftung** des Auktionators bei Missbräuchen durch Verkäufer?

### 3.3. Konsumentenschutz

#### 3.3.1. Wirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Vgl. auch Kap. 2.2.3.

Die Verwendung vorformulierter Allgemeiner Vertragsbedingungen / Geschäftsbedingungen (AGB) ist notwendig, um Massengeschäfte überhaupt effizient abwickeln zu können (z.B. Webshops). Allerdings können AGB zur Durchsetzung einer unangemessenen Verteilung von Rechten und Pflichten missbraucht werden.

##### Voraussetzungen der Wirksamkeit von AGBs:

- Möglichkeit zur **effektiven Kenntnisnahme** (Bildschirm + Ausdruck)
- **Zustimmung** durch Kunde (z.B. Anlicken eines Feldes + Enter)

##### Schranken:

- **Irreführende Verwendung** zum Nachteil des Kunden (Art. 8 UWG)
- **Ungewöhnlichkeit** konkreter Bestimmungen
- **Verbraucherschutzgesetzgebung** (vgl. z.B. EU-Richtlinien 1993/13/EG und 1999/44/EG)

Individuelle **Zusicherungen** gehen immer vor!

**Unklare Bestimmungen** sind zulasten des Aufstellers eng auszulegen.

### 3.3.2. Konsumentenschutz in der EU

#### Voraussetzungen der Anwendung des EU Konsumentenschutzes

- Business to Consumer-Verträge (B2C)
- Wohnort des Konsumenten in EU
- Werbung im EU-Raum
- Vertragsschluss im EU-Raum bzw. via Internet

**Anforderungen des EU Konsumentenschutzes** (vgl. Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr und Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG)

- Möglichkeit zur **Korrektur von Eingabefeldern** (Art. 10 Abs. 1 lit. c EU-Richtlinie 2000/31)
- **Bestätigung** des Bestellungseingangs (Art. 11 Abs. 1 EU-Richtlinie 2000/31)
- Unverzichtbares **Widerrufsrecht** (7 Tage). Ausnahmen: individuell hergestellte Waren und versiegelte Software / Multimediaprodukte (Art. 6 EU-Richtlinie 97/7). Problem: Durchsetzung des Widerrufs gegenüber Kreditkartenunternehmen
- **Gerichtsstand** am Werbe- oder Abschlussort des Konsumenten
- Vertragstext **speicher- und reproduzierbar**
- **Informationspflichten** betreffend
  - Phasen des Vertragsschlusses (Art. 10 Abs. 1 lit. a EU-Richtlinie 2000/31)

- Unternehmenskoordinaten, z.B. physischer Adresse (Art. 5 EU-Richtlinie 2000/31)
- Wesentliche Produktmerkmale (Art. 4 Abs. 1 lit. b EU-Richtlinie 97/7)
- Zahlung, Lieferung
- Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 1 lit. g EU-Richtlinie 97/7)

Diese Daten müssen **dauerhaft verfügbar** sein – eventuell auch via E-Mail (Art. 10 Abs. 3 EU-Richtlinie 2000/31).

Weitere inhaltliche Vorgaben ergeben sich z.B. aus der Garantierichtlinie 1999/44/EG.

### 3.3.3. Spamming

#### Das Problem:

- **Wirtschaftliche Anomalie** aufgrund der minimalen Kommunikationskosten für Versender
- Eventuell hohe **Kommunikationskosten für Empfänger** (z.B. Maildownload via Handy)
- **Sortieraufwand** beim Empfänger
- Verstopfen der Übertragungsbandbreiten

#### Theoretische Regulierungsmöglichkeiten:

- Unbeschränkte **Zulässigkeit**
- **Missbrauchsbekämpfung** via UWG und StGB (z.B. IP-Spoofing, harte Pornografie)
- **Opting out:** Zulässigkeit sofern nicht ausdrücklich abgelehnt → Das erste Mal bleibt frei

- **Opting in:** kein E-Mails ohne vorgängige Zustimmung des Empfängers
- Totales **Verbot**

#### **Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht:**

- ‚**Besonders aggressive Verkaufsmethode**‘ (Art. 3 lit. h. UWG) → Entscheidung der Lauterkeitskommission vom 21.11.2001 (Racine)
- **Irreführung**, wenn falsche oder nicht funktionsfähige Absenderadresse angegeben wird (Art. 3 lit. b UWG).

#### **Datenschutzrecht**

E-Mail-Adressen als Personendaten?

- **Recht auf Löschung** aus Adressliste (Art. 15 DSGVO)
- Verletzung des Datenschutzrechts bei **Weitergabe von Daten** ohne Zustimmung (Art. 3 lit. a DSGVO)

#### **Bisherige Praxis in der Schweiz**

Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 6.12.2002 (publiziert in: sic!: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2003, S. 619):

**Zulässigkeit** unter folgenden Voraussetzungen:

- **Kennzeichnung** als Werbemail in Betreffzeile
- Geringer **Mailumfang**
- **Gezielte** Werbung
- Keine **Identitätstäuschung** über Absender
- **Ablehnungsmöglichkeit** künftiger Mails

**Künftige Regulierung in der Schweiz:** Revision des Fernmeldegesetzes (Art. 3 lit. o rev. UWG):

- Vorgängige **Zustimmung** des Empfängers
- Korrekte **Absenderadresse**
- Einfache **Ablehnungsmöglichkeit** für künftige Werbemails
- **Provider** sollen bei Bekämpfung mithelfen (Bundesrat wird Verordnung erlassen)

### Spamming im EU-Recht

- E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG (**Art. 7**):
  - Eindeutige **Kennzeichnung** kommerzieller Mails
  - Pflicht zur Konsultation von **Robinsonlisten** z.B. <http://robinsonlist.de/> (opting out)
- **Datenschutzrichtlinie** für elektronische Kommunikation 2002/58/EG (Art. 13)
  - **Vorgängige Zustimmung** des Empfängers notwendig (opting in)

Es ist Massnahmenpaket geplant, welches die Mitgliedstaaten zur zivil- und strafrechtlichen Durchsetzung dieser Bestimmungen verpflichten soll.

## 3.4. Schutz immaterieller Inhalte

Webinhalte können **immaterialgüterrechtlich geschützt** sein:

- **Urheberrecht** (z.B. Musik, Webgestaltungen)
- **Markenrecht** (z.B. Domainnames)
- **Patentrecht** (z.B. Software)
- **Designrecht** (GUIs)

**Weitere relevante Rechtspositionen:**

- Namens- und Firmenrecht (z.B. Domainnames)
- Persönlichkeitsrechte (z.B. ehrverletzende Äusserungen)
- Lauterkeitsrecht (z.B. Herabsetzung von Konkurrenten)

### 3.4.1. Markenrecht

**Zweck**

- Individualisierung von Produkten und Dienstleistungen
- Verkörperung von Goodwill in Marke

**Schützbarer Inhalte** (Art. 1 MSchG):

- Worte (z.B. ‚Lacoste‘)
- Bildlogos (z.B.  )
- Dreidimensionale Formen (z.B. Toblerone)
- Akustische Signete

**Voraussetzungen markenrechtlicher Unterlassungsansprüche:**

- **markenmässiger Gebrauch**
- eines **verwechselbaren Logos**
- für **gleichartige Produkte** (Ausnahme: berühmte Marke)
- in einem **Land**, wo die Marke eingetragen ist (Ausnahme: notorisch bekannte Marke)

Wann liegt ein **markenmässiger Gebrauch** vor (Art. 11 MSchG)?

- Eintragung als Domainname? Vgl. Kap. 3.6.

- Werbung für parallelimportierte Produkte?
- Verwendung auf Hatesite?

### Sonderfälle:

- **Berühmte Marken** (z.B. Coca-Cola) sind über die eingetragenen Waren und Dienstleistungen hinaus geschützt (vg. Art. 15 MSchG).
- **Notorisch bekannte Marken** sind auch ohne inländische Eintragung geschützt (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b MSchG).
- **Indirekte Verwechslungsgefahr**: Es findet zwar keine direkte Verwechslung statt, die Marken werden aber dem gleichen Konzern zugeordnet

Sofern ein markenrechtlich relevanter Gebrauch beabsichtigt wird, können die entsprechenden Rechte nur durch **Lizenz von Markeninhaber** beschafft werden.

### 3.4.2. Urheberrecht

Schutzvoraussetzungen: vgl. Kap. 1.2

Verschiedene **Ebenen** eines Werks können schutzfähig sein. Nur Ausdrucksform, nicht Idee ist schützbar → schwierige Abgrenzungsfragen.

- **Struktur** von Werken (z.B. Aufbau einer Website oder eines Dokuments)
- Wahrnehmbare **Gestaltung** (z.B. Design von Websites)
- **Detailimplementierung** (z.B. Inhalt und Abfolge von HTML-Codezeilen)
- **Sammelwerke** (z.B. Linksammlungen)

Schutzfähig sind auch einzelne Werkteile. Voraussetzung für urheberrechtlichen Schutz ist aber stets die **Individualität** des Werks bzw. der Werkteile / Sequenzen



## Was ist urheberrechtlich verboten?

**Grundsatz:** kopieren und ändern verboten!

- Temporäre Speicherung als Kopierhandlung?
- Kein Zitatrecht an Ton- und Bildinhalten
- Spezialregelungen für Computerprogramme (vgl. Kap. 1.2)

### Ausnahmen:

- **Weiterveräußerung** (Art. 12 URG), z.B. echter Tausch
- **Völlige Umgestaltung:** Original nicht mehr erkennbar → Urheberpersönlichkeitsrechte beachten!
- **Freie Benutzung:** Elemente des Originals sind zwar noch erkennbar aber angesichts der Individualität des neuen Werks von untergeordneter Bedeutung
- **Privater Gebrauch** (Art. 19 URG): nur Download und Weitergabe im Bekanntenkreis

## Wo beschafft man sich Rechte zur Publikation?

- **Lizenz von Autor** bzw. Rechtsinhaber
- Lizenz von **Verwertungsgesellschaften** (z.B. SUISA, Pro Litteris, Suissimage) sofern diese vom Autor ermächtigt sind (vgl. zur Vergütung für einen Eigengebrauch auch Art 20 URG). In Zukunft via Swiss Multimedia Copyright Clearing Center? <http://www.smcc.ch/>

**Alternative:** Mood / Public Domain

### P2P-Tauschbörsen

Involvierte Personen:

- **Downloader** (= zugleich Anbieter): Vervielfältigung (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG)
- **Anbieter** (= zugleich Downloader): Wahrnehmbar machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG)?
- **Verzeichnisdiensteanbieter** (sofern zentrales P2P-Netz)
- **Softwarehersteller**

Zulässigkeit nach US-amerikanischen Recht: MGM vs. Grokster, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D:Cal.2003)

### Technische Kopierschutzmechanismen Digital Rights Management (DRM)

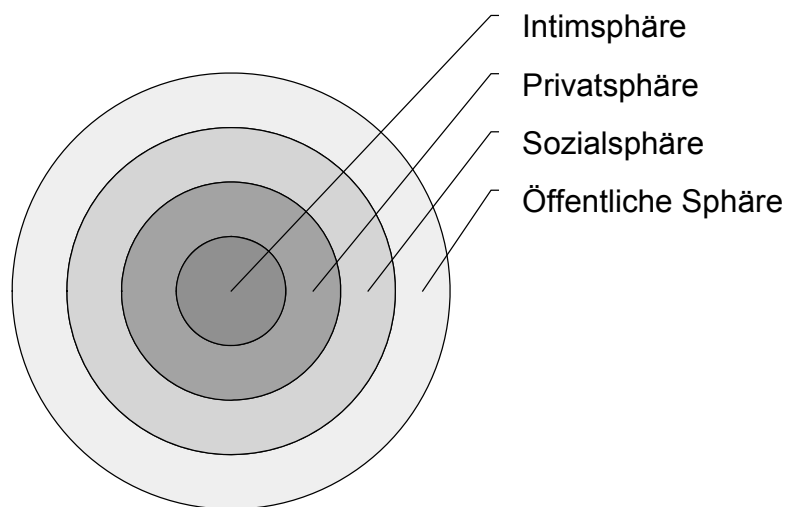
- Verbot der Umgehung des Kopierschutzes durch **WIPO Copyright Treaty** / Performances and Phonograms Treaty
- **Selbsthilfe** zur Ausübung von Gebrauchsrechten? Bsp.: DVD-Kopierschlüssel DCSS
  - Oslo Tingrett vom 7.1.2003, CRi 2003, S. 50 f.
  - US Court of Appeals, Universal City Studios Inc. v. Corley, 273 F.3d 429, 2nd Circuit 2001
- Differenzierter Vorschlag zur **Revision des schweizerischen Urheberrechts** in Art. 39a, 39b und 69a VE URG
- Problem von Einschränkungen der **Interoperabilität** → Wettbewerbsrecht
- **Datenschutzproblematik** bei Übermittlung von personenbezogenen Nutzungsdaten

### 3.4.3. Persönlichkeitsrecht

Das Persönlichkeitsrecht umfasst:

- **Namensrecht** → Kollision mit Domainnamen möglich
- Recht am eigenen **Bild**
- Schutz der **Privat- und Intimsphäre**
  - Verschiedene Sphären mit unterschiedlicher Schutzintensität
  - Abwägung der privaten Interessen gegen Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit
- **Ehre** (soziale Geltung)

#### Sphärenmodell des Persönlichkeitsrechts



**Ansprüche** bei Persönlichkeitsverletzungen (Art. 28 ZGB)

- **Unterlassung**
- **Berichtigung**

- **Gegendarstellung** (Art. 28g ZGB): Internet als periodisch erscheinendes Medium? → Handelt es sich um eine statische Seite oder um eine regelmäßig redaktionell überarbeitete Seite (z.B. Online-Zeitschrift)?
- **Genugtuung**
- Eventuell **Schadenersatz** / Gewinnerhausgabe sofern finanziell bezifferbar

### 3.4.4. Lauterkeitsrecht

Vgl. Kap. 1.5.

## 3.5. Links und Metatags

Vgl. zur strafrechtlichen Relevanz von Link Kap. 3.8.5

### 3.5.1. Einfache Links

Grundsätzlich zivilrechtlich zulässig. Ausnahmen, z.B.: persönlichkeits- und lauterkeitsrechtlich verbotene Wertung gelinkter Inhalte (z.B. Hatesites)

### 3.5.2. Image Links

Einbindung fremder Bilder in eigene Website

Wenn gelinkter Inhalt **urheberrechtlich** schützbar, eventuell verbotene Werkverwendung (umstritten) Bsp.: Dilbert Hack Page

Eventuell **Urheberpersönlichkeitsverletzung** durch entstellenden Kontext

### 3.5.3. Deep Linking

Direkter Zugriff auf Unterseite unter Umgehung von Startseiten

Das **Problem**: Ausserkraftsetzen von Startseiten mit Werbung / Zählern, eventuell Anlass zu Täuschungen über die Herkunft der gelinkten Inhalte

International **kontrovers** inwieweit lauterkeitsrechtlich zulässig. Bsp.:

- Ticketmaster vs. Microsoft Veranstaltungskalender
- Shetland Times vs. Shetland News

### 3.5.4. Framing

Dynamische Einbindung von Webinhalten in eigene Website. Gelinkter Inhalt erscheint als eigener Inhalt

Sofern Inhalt **urheberrechtlich geschützt**: zustimmungsbedürftige Verwertungshandlung (Art. 10 URG). Bsp. Roche Medizin Lexikon

Bei **Verwechslungsgefahr** oder Anschein einer nicht bestehenden Verbindung zum Siteinhaber:

- Unlauterkeit (Art. 3 lit. d UWG, vgl. Kap. 1.5)
- Eventuell Verletzung von Marken, Namens- und Firmenrechten

### 3.5.5. Metatags

Schlüsselworte im HTML-Quelltext

**Zweck**: Suchmaschinen auf eigene Website ziehen bzw. Ranking verbessern. Abnehmende Bedeutung dank verbesserter Suchalgorithmen

**Grundsätzlich zulässig**. Inwieweit die Verwendung von geschützten Begriffen im Quelltext Marken- oder Lauterkeitsrecht verletzt, wird national und international kontrovers diskutiert. Bsp. Soda-Club

## 3.6. Domainnames

### 3.6.1. Arten von Top Level Domains (TLDs)

- **Generische:** .com, .org, .net, .gov, .biz, .info, .name, .aero, .coop, .museum, .pro, .int, .edu, .mil
- **Nationale:** z.B. .de, .fr, .ch, .li, .eu

Verwaltung der TLDs .ch und .li durch Stiftung **SWITCH**. **Rechtsgrundlage:** Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich, SR 784.104

### 3.6.2. Schranken der Registrierung von Domains

**Grundsatz:** Freie Wahl des Domainnames

**Ausnahmen:**

- TLD .ch: **mindestens 3 Zeichen**
- Zulässigkeit der **Monopolisierung von Sachbezeichnungen?**
  - offen gelassen in BGE 126 III 239 *www.berneroberland.ch*
  - bejaht: Deutscher Bundesgerichtshof im Entscheid vom 17.5.2001, I ZR 216/99 *www.mitwohnzentrale.de*
- **Kollision** von Domaineintragungen mit **anderen Kennzeichenrechten** möglich:
  - Marken
  - Geografischen Herkunftsangaben
  - Personennamen
  - Firmen
  - Urheberrecht (selten!)

- Ergänzende Anwendung des **Lauterkeitsrechts**

### 3.6.3. Kollision mit Markenrecht

**Voraussetzung markenrechtlicher Ansprüche:** vgl. Kap. 3.4.1

Beispiele:

- *www.tonline.ch* (Deutsche Telecom AG, T-Online® / Télésonique SA) BGE 4C.377 / 2002: unzulässig
- WIPO UDRP: *www.stmoritz.com* zulässig

### 3.6.4. Kollision mit Firmen / Namensrecht

Domains können Namen- und Firmenrechte verletzen (Art. 29 ZGB / Art. 944 ff. OR). Beispiele:

- Ortsnamen: *www.luzern.ch* BGE 128 III 401
- Pseudonym: *www.djbobo.de* BGE 4C.141/2002

Bei Kollision **verschiedener Firmen / Namen** ist eine umfassende **Interessenabwägung** vorzunehmen. Beispiele:

- *www.rytz.ch* (Rytz Industriebau AG / Rytz & Cie SA) BGE 125 III 91
- *www.shell.de* deutscher BGH I ZR 138/99 (Shell Deutschland GmbH / Andreas Shell)
- *www.montana.ch* (Commune de Montana / Internat Montana in Zug) BGE 128 III 353
- *www.maggi.com*: (Romeo Maggi / Nestlé) WIPO UDRP

### 3.6.5. Geografische Bezeichnungen

**Namensrechtlicher Schutz von Ortsnamen** (Art. 29 ZGB)

- *www.luzern.ch* BGE 128 III 401
- *www.montana.ch* BGE 128 III 353
- *www.berneroberland.ch* BGE 126 III 239

**Verbot irreführender Herkunftsangaben** für Waren und Dienstleistungsangebote (Art. 47ff. MSchG)

**International geschützte Herkunftsbezeichnungen** (z.B. Brie, Cognac, Champagne)?

### 3.6.6. Verletzung des Lauterkeitsrechts

Vgl. auch Kap. 1.5.

Schaffung einer **Verwechslungsgefahr** (Art. 3 lit. d UWG)

- BGE 126 III 239 *www.berneroberland.ch*

### 3.6.7. Spielt der Inhalt der Website eine Rolle?

Das Bundesgericht hat diese Frage **verneint**:

- *www.luzern.ch* BGE 128 III 401
- *www.montana.ch* BGE 128 III 353

Hingegen kann im Rahmen des ICANN UDRP auch der Inhalt relevant sein.

Aus dem Webinhalt können sich zudem Anhaltspunkte für **unlauteres Verhalten** ergeben.



### 3.6.8. Anspruch auf Übertragung der Domain?

**Bejaht:**

- *www.luzern.ch* BGE 128 III 401
- *www.montana.ch* BGE 128 III 353
- WIPO UDRP

**Verneint:**

- *www.shell.de* deutscher BGH I ZR 138/99

### 3.6.9. Rechtsdurchsetzung

**Grundsätzlich keine Überprüfung bei Registrierung** („first comes first served“). Ausnahmen z.B. für schweizerische Gemeindenamen unter TLD .ch

Das nationale Recht bestimmt, inwieweit **Zivilklagen** gegen Domaininhaber möglich sind. Diese sind auch zuständig für Schadenersatz

Spezielle **Schiedsgerichtsverfahren**

- Uniform Dispute Resolution Procedure für TLD .com, .org, .net, .biz, .info, .name
- Alternative Dispute Resolution Procedure für .ch und .li

### 3.6.10. Uniform Dispute Resolution Procedure:

**Voraussetzungen** (<http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>):

- Identische oder verwechselbare **Marke**
- **Keine** eigenen Rechte oder **schützenswerten Interessen des Beklagten**
- **Bösgläubige** Eintragung und Benutzung (→ domain name grabbing)

### Kriterien:

Indizien für **Bösgläubigkeit** (bad faith):

- Gewinnbringender Verkauf an Markeninhaber angestrebt
- Schädigung des Markeninhabers beabsichtigt
- Verwechslungsgefahr beabsichtigt

Indizien für **Gutgläubigkeit**:

- Nutzung für echte eigene Angebote
- Bereits erlangte Bekanntheit der Domain
- Nichtkommerzielle Zielsetzung

**Wie funktioniert die UDRP** (vgl. <http://www.icann.org/dndr/udrp/inform-rules.htm>)?

- **Schiedsgericht** aus 1-3 Richtern
- Einleitung durch **Klage**
- Kosten 1500-4000 USD
- Anfechtung der Entscheide vor nationalen Appellationsgerichten ist grundsätzlich möglich.
- Bei Klageabweisung ist **ordentliches Verfahren** vor nationalen Gerichten weiterhin möglich.

## 3.7. Typische internetbezogene Verträge

### 3.7.1. Accessproviding

**Zweck:** Zugangsvermittlung zum Internet

**Rechtsnatur:** Vertrag eigener Art mit miet- und werkvertragsähnlichen Elementen

**Typische Vertragsinhalte:**

- **Spezifikation** von Art der Anbindung, Bandbreiten und Verfügbarkeit (z.B. mit Service Level Agreement)
- Eventuell zusätzlich **E-Maildienste und Webhosting**
- **Regelung von Gewährleistung und Haftung**
- Einmalige und wiederkehrende **Kosten**
- **Laufzeit** und Beendigungsmodalitäten

### 3.7.2. Webhosting

**Zweck:** Zurverfügungstellen von Speicherplatz für Websites

**Rechtliche Einordnung:** Vertrag eigener Art mit Miet-, Auftrags- und Werkvertragsselementen

**Typische Vertragsinhalte:**

- **Spezifikation** von Speicherkapazität und Performance in Service Level Agreement
- Eventuell Registrierung und Verwaltung von **Domainnames**
- Eventuell Anbindung an Datenbanken und Applikationen
- Eventuell E-Mail-Dienste
- **Informationssicherheit** und Datenschutz
- **Kontrollrechte** des Kunden
- **Verantwortung des Kunden** für Inhalte
- **Monitoring und Service Level Management**

- **Haftung**
- Einmalige und wiederkehrende **Kosten**
- Berechtigung zum **Outsourcing**
- **Laufzeit** und Beendigungsmodalitäten

### 3.7.3. Housing

**Zweck:** Beherbergung und Wartung von IT-Infrastruktur in einem Rechenzentrum

**Rechtliche Einordnung:** Vertrag eigener Art mit miet- und werkvertragsähnlichen Elementen

**Typische Vertragsinhalte:**

- Spezifikation von **Betriebs- und Wartungsleistungen** durch Service Level Agreement
- Technische **Rahmenbedingungen**
- Monitoring und **Service Level Management**
- **Informationssicherheit**, Kontrollrechte des Kunden
- **Haftung**
- Einmalige und wiederkehrende **Kosten**
- **Laufzeit** und Beendigungsmodalitäten

### 3.7.4. Webdesign

**Zweck:** Planung und Implementierung einer Website

**Rechtliche Einordnung:** Werkvertragsrecht

**Typische Vertragsinhalte:**

- **Spezifikation** von Design, Inhalten und Performance
- **Schnittstellen** zu weiteren Applikationen (z.B. Datenbanken)
- **Verfahren**, insbesondere Zeitplan und Abnahme von Entwurf und Endresultat
- **Mitwirkungspflichten des Kunden**, z.B. Inhalte, Anbindung an Datenbanken
- **Gewährleistung und Haftung**
- **Lizenzierung / Übertragung von Urheberrechten**
- **Weiterentwicklung**
- **Informationssicherheit und Datenschutzvorgaben**

### **3.7.5. Linking-Verträge**

**Zweck:** Bedingung der Aufschaltung von Hyperlinks

**Rechtliche Einordnung:** Vertrag eigener Art mit Lizenzkomponente soweit Urheber- oder Markenrechte tangiert werden

**Typische Vertragsinhalte:**

- Art des Links
- Platzierung
- Interne Tragung der Verantwortung für Webinhalte
- Eventuell Vergütung
- Beendigungsmodalitäten

### 3.7.6. Affiliate-Verträge

**Zweck:** Link auf ein fremdes E-Commerce-Angebot gegen Beteiligung am damit generierten Umsatz

**Rechtliche Einordnung:** agentur- und maklervertragsähnlicher Vertrag

**Typische Vertragsinhalte:**

- Beteiligung am generierten Umsatz
- Interne Tragung allfälliger Haftungsansprüche gegenüber Dritten
- Eigentum an Kundendaten
- Datenschutz
- Abrechnungsmodalitäten und Kontrolle
- Beendigungsmodalitäten

### 3.7.7. Shopping-Malls und Portale

**Zweck:** Website-Betreiber stellt Dritten Platz auf seiner Site zur Verfügung.

**Rechtliche Einordnung:** mietähnlicher Vertrag

**Typische Vertragsinhalte:**

- Angaben zum Inhalt des Portals und zum **zur Verfügung gestellten Platz**
- Interne Tragung der **Haftung** für Webinhalte
- Eventuell Kombination mit **Hosting**
- Einmalige und wiederkehrende **Kosten**
- **Laufzeit** und Beendigungsmodalitäten

## 3.8. Strafrecht

### 3.8.1. Straftaten im Internet

#### Computerdelikte im engeren Sinn

- Unbefugte Datenbeschaffung (Art. 143 StGB)
- Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143<sup>bis</sup> StGB)
- Datenbeschädigung (Art. 144<sup>bis</sup>)
- Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 StGB)

#### Weitere internetrelevante Delikte, z.B.:

- Ehrverletzungsdelikte (Art. 173-177 StGB)
- Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB)
- Pornografie (Art. 197 StGB)
- Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> StGB)
- Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB)
- Geheimnisverletzung (Art. 162, 293, 321 StGB und Spezialgesetzgebung)
- Erschleichen einer Leistung (Art. 150 StGB)

### 3.8.2. Hacking / Cracking

#### **Art. 143 Unbefugte Datenbeschaffung**

<sup>1</sup> Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, sich oder einem andern elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten beschafft, die nicht für ihn bestimmt und gegen seinen unbefugten Zugriff besonders gesichert sind, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.

<sup>2</sup> ...

Anwendung auf Spyware?

#### **Art. 143<sup>bis</sup> Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem**

Wer ohne Bereicherungsabsicht auf dem Wege von Datenübertragungseinrichtungen unbefugterweise in ein fremdes, gegen seinen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem eindringt, wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

→ Was ist unter einem ‚besonders gesicherten System‘ zu verstehen?

Bsp.: WEF-Fall



**Art. 144<sup>bis</sup> Datenbeschädigung**

<sup>1</sup> Wer unbefugt elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten verändert, löscht oder unbrauchbar macht, wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Hat der Täter einen grossen Schaden verursacht, so kann auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt werden. ...

Anwendung auf Hoaxes?

### 3.8.3. Viren / Hackersoftware

**Art. 144<sup>bis</sup> Datenbeschädigung**

<sup>2</sup> Wer Programme, von denen er weiss oder annehmen muss, dass sie zu den in Ziffer 1 genannten Zwecken verwendet werden sollen, herstellt, einführt, in Verkehr bringt, anpreist, anbietet oder sonstwie zugänglich macht oder zu ihrer Herstellung Anleitung gibt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Vgl. dazu BGE 129 IV 230 (Anleitung zur Herstellung von Viren)

### 3.8.4. Phishing

- 'Opfer' werden durch Social Engineering veranlasst, Passwörter etc. bekannt zu geben.
- Die so erlangte Information kann anschliessend zulasten des Opfers ausgenutzt werden (Art. 147 StGB)

### 3.8.5. Links

Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Link auf Website mit verbotenen Inhalt:

- In der Regel **Gehilfenschaft** zur Tat des Siteinhabers → Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nur soweit diese auch für die Haupttat gegeben ist
- **Direkte Täterschaft** bei Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB) → Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte

Kannte Linksetzer Rechtswidrigkeit des Inhalts und nahm er zumindest in Kauf, diesen zu fördern?

- **Kontext** ist Indiz für Absicht.  
Bsp: *www.stop-the-hate.org/neo-nazi.html*, Entscheid Bezirksgericht Zürich vom 10.9.2002
- Wenn Linksetzer in Kauf nahm, rechtswidrigen Inhalt zu fördern, sind generelle **Disclaimer** irrelevant

### 3.8.6. Rechtsstellung von Providern

#### Rechtslage in der Schweiz

Strafrechtliche Verantwortung weitgehend ungeklärt

- BGE 121 IV 109 (Rosenberg)
- Gutachten EJPD und Niggli / Riklin / Stratenwerth  
*http://www.ofj.admin.ch/d/index.html*
- Motion Pfisterer
- Vorentwurf über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Oktober 2004)

Pflicht zur **Mithilfe bei Überwachungsmaßnahmen** in Verdachtsfällen auf Internetdelikte

- Nach kantonalem Strafprozessrecht
- Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)
- Art. 322<sup>bis</sup> Ziff. 1 Abs. 4 VE StGB

#### **Sperrung des Zugangs zu rechtswidrigen Sites?**

- *www.appel-au-peuple.org*
- Yahoo Auktion mit Nazi-Erinnerungsstücken

Problematik:

- Umgehungsmöglichkeiten → Einbezug aller Zugangsanbieter erforderlich
- Gefahr der Blockierung von Drittsites
- Kosten für Provider

Künftig eventuell Anzeigepflicht (Art. 322<sup>bis</sup> Ziff. 1 Abs. 2 VE StGB)

#### **EU E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG (Art. 12ff.)**

- Unterscheidung zwischen Durchleitung, Caching und Hosting
- Grundsätzlich keine Verantwortung soweit der Datenfluss nicht individuell beeinflusst wird
- Verbot, gesperrte Informationen weiterhin zu cachen
- Pflicht, bei behördlicher Anordnung Informationen auf eigenem Host zu sperren

### **3.8.7. Cybercrime Convention des Europarates**

**EU:** Umsetzung durch **einen Rahmenbeschluss** über Angriffe auf Informationssysteme geplant

### Schweiz:

- Ratifikation der Cybercrime Convention geplant
- Schaffung der Koordinationsstelle Internetkriminalität **KOBIK**  
*[www.cybercrime.admin.ch](http://www.cybercrime.admin.ch)*
- Revision StGB / Schaffung eines eidgenössischen Strafverfahrens

## 4. DATENSCHUTZ

### 4.1. Wozu Datenschutz?

#### 4.1.1. Involvierte Interessen

##### Betroffene:

- Herrschaft über eigene Daten
- Rechtliches Gehör vor automatisierten Entscheidungen → rev. DSG / EU-RL 95/46

##### Private Datenbearbeiter:

- Wirtschaftlicher Wert von Daten

##### Öffentliche Datenbearbeiter:

- Effiziente Erfüllung öffentlicher Aufgaben

#### 4.1.2. Wozu Datenschutz im öffentlichen Bereich?

##### Typische Gefahren

- **Unrichtige** Daten → Vergewisserungspflicht, sorgfältige Bearbeitung, Berichtigungsrecht
- **Missbrauchsgefahr durch Dritte** → Schutz und Beschränkung der Weitergabe (Art. 18 DSG)
- Gefahren durch **Langlebigkeit** von Daten (z.B. könnten biometrische Daten, durch allfällige künftige autoritäre Regimes missbraucht werden) → Vernichtung bzw. Anonymisierung (Art. 21 DSG)
- ‚Unvorsichtiges‘ Verhalten bei Unkenntnis der **Beobachtung** / ‚nicht authentisches Verhalten‘ bei Kenntnis der Beobachtung

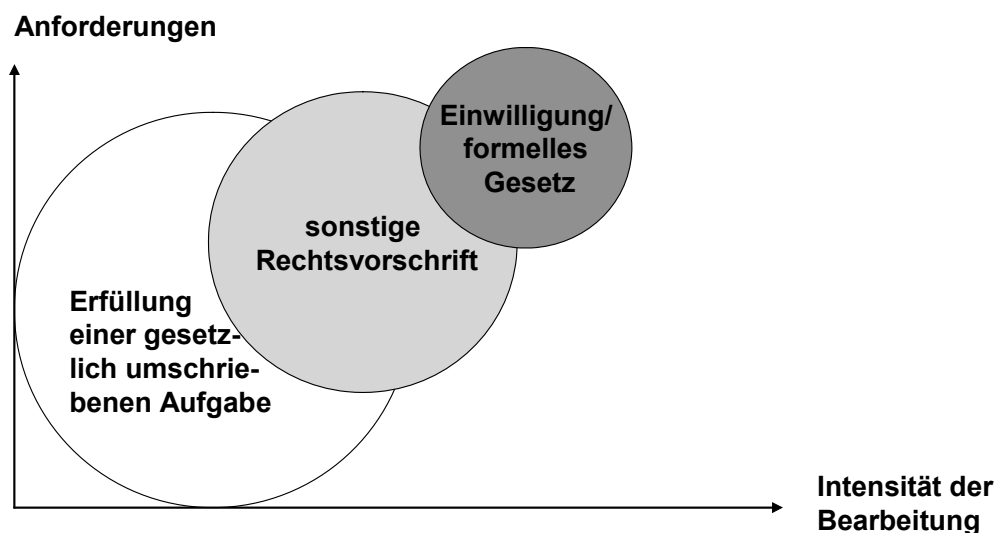
**Informationelles Selbstbestimmungsrecht** als Element der verfassungsrechtlich verankerten persönlichen Freiheit → Datenbearbeitung nur aufgrund gesetzlicher Grundlage (Art. 17 DSGVO)

### 4.1.3. Datenschutz und Persönlichkeitsrecht

- Konzept der **Privatheit**: Kontrolle über Zugang zu Information etc.
- Datenbearbeitung tangiert Persönlichkeitsrecht (vgl. dazu auch Kap. 3.4.3) → Zulässigkeit nur nach DSGVO / mit **Rechtfertigungsgrund** (Art. 12 DSGVO)
- Frei verfügbares **Recht an der eigenen Identität?** → unverzichtbarer Kern (z.B. Auskunftsrecht)

### 4.1.4. Rechtfertigung des Eingriffs in Persönlichkeitsrechte

Skizze Anforderungen an Datenbearbeitung im öffentlichen Bereich



**Rechtfertigungsgründe:**

- **Gesetzliche Erlaubnis** (z.B. AHV-Abrechnung)

- **Einwilligung** des Betroffenen: ausdrücklich oder konkludent → rev. DSG: qualifizierte Anforderungen bei besonders schützenswerten Daten / Persönlichkeitsprofilen
- **Überwiegendes Interesse** des Bearbeitenden (vgl. Art. 13 Abs. 2 DSG)

## 4.2. Grundlagen

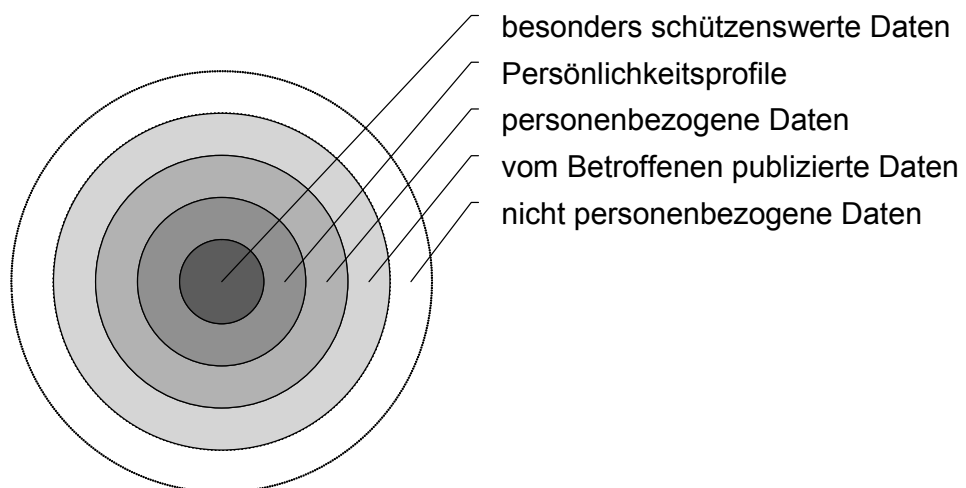
### 4.2.1. Anwendungsbereich

#### Art. 1 DSG

- Bearbeitung von **Daten**
- natürlicher oder juristischer **Personen**
- durch Bundesorgane oder Privatpersonen

### 4.2.2. Was sind Daten im Sinn des DSG?

#### Datenarten



### Art. 3 lit. a DSGVO

- Sprachlich, visuell oder auditiv erfassbare **Informationen** (Tatsachen / Werturteile),
- welche einer natürlichen oder juristischen **Person** (ohne unverhältnismässigen Aufwand) zugeordnet werden können.

### 4.2.3. Besonders schützenswerte Daten

#### Art. 3 lit. c DSGVO

- Weltanschauung
- Gesundheit, Intimbereich und Rassenzugehörigkeit
- Straf- und sozialversicherungsrechtliche Daten

Erhöhtes Schutzbedürfnis → besondere Anforderungen an Datenbearbeitung

### 4.2.4. Persönlichkeitsprofile

#### Art. 3 lit. d DSGVO

- **Mehrere Daten** (auch zeitliche Datenreihen),
- welche zusammen **Aufschluss über wesentliche Persönlichkeitsmerkmale**
- einer **natürlichen Person** geben.

### 4.2.5. Datensammlungen

#### Art. 3 lit. g DSGVO

- **Mehrere Daten**,
- welche nach **Personen erschliessbar** sind.

Die Art des Datenträgers (z.B. Papier, Karteikarten, Datenbank) ist irrelevant



→ **Registrierung** bestimmter Datensammlungen (Art. 11 DSG)

→ besondere **Schutzmassnahmen** (vgl. Art. 9 f. VDSG)

→ **Bearbeitungsreglement** (Art. 21 VDSG)

#### 4.2.6. Instrumente des Datenschutzes

- **Inhaltliche Anforderungen** an Datenbearbeitung, z.B. Vergewisserungspflicht
- **Informationspflichten** (→ rev. DSG)
- **Auskunft, Berichtigung, Sperrung, Widerspruchsrecht** (rev. DSG)
- **Meldepflichten** an EDSB / Register
- **Untersuchungen**
- **Zivilrechtliche Klagen**

#### 4.2.7. Abgrenzung öffentlicher / privater Bereich

- Bearbeitung durch **Bundesbehörden** → gesetzliche Grundlage nötig
- Bearbeitung durch **Private** → Rechtfertigungsgrund nötig
- **Funktion** ist entscheidend (z.B. Übernahme öffentlicher Aufgaben durch Private / privatrechtliches Auftreten von Behörden)

#### 4.2.8. Kantonale und kommunale Datenverarbeitung

- Kantone regeln Datenschutz grundsätzlich selbst.
- Solange keine entsprechenden Vorschriften bestehen: Anwendung eidgenössischer Datenschutzbestimmungen (Art. 37 DSG)

## 4.3. Grundsätze der Datenbearbeitung

### 4.3.1. Überblick

- Bearbeitung nach **Treu & Glauben** (vgl. Kap. 4.3.2)
- **Verhältnismässigkeit** (vgl. Kap. 4.3.3)
- **Richtigkeit** / Aktualität (vgl. Kap. 4.3.4)
- **Datensicherheit** (vgl. Kap. 4.3.5)
- **Transparenz** (Information vor Erhebung / Auskunftsrecht)

### 4.3.2. Bearbeitung nach Treu & Glauben

- **Rechtmässige Beschaffung**
- **Zweckangabe** bei Erhebung
- **Dokumentation** des Zwecks in Datensammlung
- Bearbeitung nur zum angegebenen **Zweck** → Prüfung der Zulässigkeit bei jeder neuen Nutzung

### 4.3.3. Verhältnismässigkeit

- **Eignung** zur Zweckerreichung
- **Erforderlichkeit** des Bearbeitungsgrades
- Vernünftiges **Verhältnis zwischen Eingriff und Zweck** (insbesondere inhaltlich und zeitlich)

### 4.3.4. Richtigkeit

- **Vergewisserungspflicht**
- **Informationssicherheit**

- **Dokumentation der Aktualität** der einzelnen Daten in Datensammlung
- **Information über Aktualität** der Daten an Empfänger (Art. 12 VDSG)

#### **Gefahren**

- Veraltung
- Veränderung
- Löschung

#### **Ursachen**

- Unsorgfalt der Datenbearbeitung
- Technische Fehler
- Einwirkungen unbefugter Dritter

### **4.3.5. Datensicherheit**

#### **Art. 7 DSG / Art. 8ff. VDSG**

- **Technische und organisatorische Massnahmen**, z.B. Zutritts- und Zugriffsbeschränkungen, Protokollierung, Verschlüsselung, Backup, Disaster Recovery Planning, Dokumentation, Kontrollen
- **Intensität** je nach Bedeutung der Daten / Bearbeitungsintensität

### **4.3.6. Besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile**

#### **Private Bearbeitung:**

- **Registrierung** der Datensammlung
- Empfehlungsrecht des EDSB

- **Datengeheimnis**
- Bekanntgabe nur mit Rechtfertigungsgrund
- **Bearbeitungsreglement** und Protokollierungspflicht bei automatischer Bearbeitung

### Behördliche Bearbeitung:

- **Gesetzliche Grundlage** für Bearbeitung und Bekanntgabe
- **Erkennbarkeit** der Beschaffung
- **Bearbeitungsreglement** und Protokollierungspflicht bei automatischer Bearbeitung

### 4.3.7. Bekanntgabe von Daten ins Ausland

Skizze zur Bekanntgabe von Daten ins Ausland



**Voraussetzungen** (Art. 6 DSG):

- **Gleichwertiger Datenschutz**
  - Gleichwertige Datenschutzgesetzgebung
  - Allenfalls vertragliche Sicherstellung, z.B. Unterstellung unter ‚Safe Harbor Kodex‘ USA / EU-Standardvertragsklauseln

- **Zustimmung** der Betroffenen
- oder **Meldung** beim DSB

#### 4.3.8. Bearbeitungsreglement

Bei Bearbeitung besonders schützenswerter Daten oder Persönlichkeitsprofile erforderlich (Art. 11 / 21 VDSG).

##### Typische Inhalte

- Interne Zuweisung der **Verantwortung** für Datenschutz und Datensicherheit
- **Datenbearbeitungsverfahren** (Zugriff, Speicherung, Berichtigung, Sperrung, Anonymisierung, Archivierung, Vernichtung)
- Organisatorische und technische **Massnahmen** der Datensicherheit

#### 4.3.9. Meldepflichten an den EDSB

Art. 3ff. / 16ff. VDSG

- Bearbeitung **besonders schützenswerter Daten** oder **Persönlichkeitsprofile** ohne Kenntnis der Betroffenen
- Datensammlungen des **Bundes**
- Bekanntgabe ins **Ausland**

#### 4.3.10. Externe Datenbearbeitung

- Grundsätzliche **Zulässigkeit** (Art. 14 DSG / Art. 22 VDSG)
- **Einwilligung der Betroffenen** bei besonderen vertraglichen oder gesetzlichen Geheimhaltungspflichten (Sonderregelung für Banken, Art. 47 BankenG)
- Besondere Anforderungen für **grenzüberschreitende Datenverarbeitung** (Art. 6 DSG / Art. 19 VDSG)

- Sorgfältige **Auswahl, Instruktion und Überwachung des Dienstleisters**
- **Datenherrschaft** muss beim Auslagernden bleiben
- **Einhaltung des DSGVO** sicherstellen
- Angemessene **Schutzvorkehrungen**, insbesondere für besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile. Besondere Schutzmassnahmen des Leistungserbringers gegen allfällig mögliche Übergriffe anderer Kunden.
- **Auskunftspflicht** des Dateninhabers (Art. 8 Abs. 4 DSGVO) und des Bearbeiters

### 4.3.11. Empfehlungen für Datenbearbeiter

- **Anwendungsbereich** des DSGVO wo möglich **vermeiden** (z.B. Anonymisierung)
- **Inventar** der eigenen Datensammlungen
- Prozesse und **Verantwortliche** definieren
- **Datensicherheit**
- Überbindung von **Geheimhaltungspflichten** auf Mitarbeiter (Datenschutzrevers)
- **Dokumentation**

## 4.4. Rechte der Betroffenen

### 4.4.1. Überblick

- **Einsicht** in Register der Datensammlungen
- **Auskunftsrecht** (vgl. Kap. 4.4.2)
- **Berichtigung** bzw. Bestreitungsvermerk (Art. 15 Abs. 2 / Art. 25 Abs. 3 DSGVO)
- **Unterlassungsanspruch** (vgl. zu den Ausnahmen Art. 13 und 20 DSGVO)
- **Zivil- und strafrechtliche Ansprüche** bei Verletzung (vgl. Kap. 4.4.4)

#### 4.4.2. Auskunftsrecht

Art. 1f. VDSG / Art. 9 DSGVO

- **Unverzichtbares Recht**
- Grundsätzlich **gratis**
- Grundsätzlich Anspruch auf **schriftliche Kopie** (vgl. auch BGE 125 II 321)
- **Einschränkungen** bei überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen möglich (Art. 9 DSGVO)
- Anspruch auf Berichtigung bzw. **Bestreituungsvermerk** (Art. 15 Abs. 2 / Art. 25 Abs. 3 DSGVO)

#### 4.4.3. Datengeheimnis

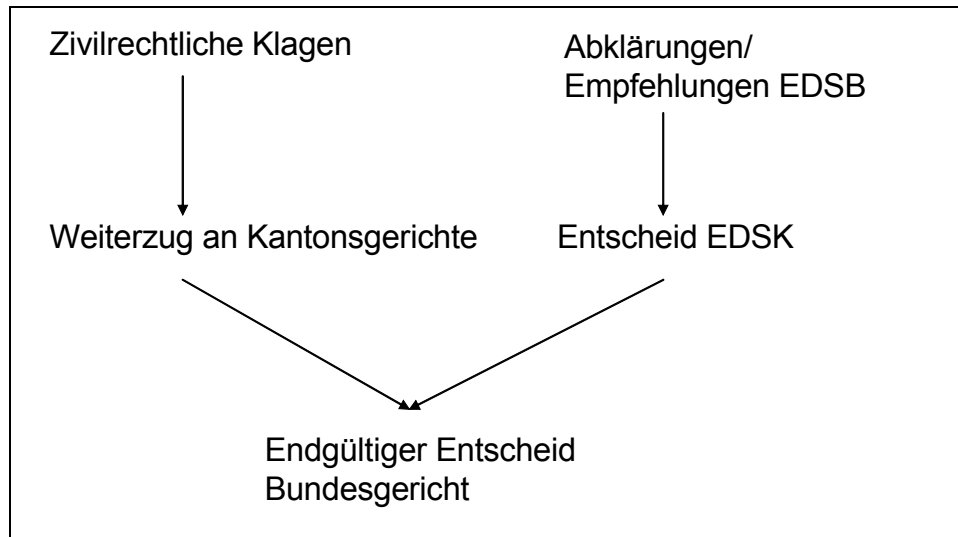
Art. 35 DSGVO: **Strafbar** ist die

- absichtliche Bekanntgabe
- besonders schützenswerter Daten / Persönlichkeitsprofile
- welche nicht allgemein bekannt sind
- und im Rahmen der beruflichen Tätigkeit in Erfahrung gebracht wurden

Für Beamte, Ärzte, Anwälte etc. bestehen besondere Geheimhaltungspflichten

#### 4.4.4. Rechtsschutz

##### Überblick



##### Zivilrechtliche Ansprüche (Art. 15 DSG)

- **Feststellung** der Widerrechtlichkeit
- **Verbot** der Bearbeitung / Weitergabe
- **Berichtigung** / Anbringen eines Bestreitungsvermerks
- **Vernichtung**
- **Mitteilung** an Dritte / Urteilspublikation
- **Genugtuung**, Ersatz eines allfälligen Schadens



# 5. HAFTUNG FÜR IT-PRODUKTE UND DIENSTLEISTUNGEN

## 5.1. Haftungskonstellationen

### Typische Auswirkungen von IT-Störungen:

- Ausfall von Systemen / Funktionen
- Datenverlust / fehlerhafte Datenverarbeitung
  - Fehlsteuerung von Prozessen
  - Produktionsausfall
  - Zugriffsmöglichkeiten Unbefugter
  - Imageverluste

### Typische Ursachen von IT-Störungen

- Produktmängel, Konzeptionsfehler
- Ausserordentliche Belastungen
- Einflüsse der IT-Infrastruktur
- Angriffe Dritter
- Bedienungsfehler

### Potentielle Geschädigte

- Betreiber / Eigentümer
- Anwender / 'innocent bystanders'
- Vertragspartner
- Versicherungen

- Aktionäre / Gläubiger

### **Potentielle Verantwortliche**

- Angreifer
- Hersteller und IT-Dienstleister
- Arbeitnehmer
- Betreiber (gegenüber Dritten)
- Versicherungen
- Geschäftsleitung / Verwaltungsrat / Revisoren

### **Anspruchsarten**

- Vertragliche Ansprüche
- Ausservertragliche Ansprüche
- Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche
- Ansprüche gegenüber Versicherungen
- Konsequenzen in anderen Rechtsgebieten

Übersicht Haftungsgrundlagen

<b>Geschädigte</b> <b>Haftende</b>	<b>Anwender des betroffenen Informationssystems</b>	<b>Betreiber des betroffenen Informationssystems</b>	<b>Zufällig geschädigte Dritte</b>
<b>Angreifer</b>	D	D	D
<b>IT-Hersteller</b>	P/D/G	V/P/D/G	P/D/G
<b>IT-Dienstleister</b>	D/G	V/D/G	D/G
<b>Arbeitnehmer bzw. Hilfspersonen von Herstellern oder Dienstleistern</b>	D	D	D
<b>Betreiber des Informationssystems</b>	V/D		D

**Art des Anspruchs:**

- D Deliktshaftung
- G Geschäftsherrenhaftung
- P Produkthaftung
- V Vertrag

**Übersicht zu den einzelnen Haftungsarten**

	<b>Anknüpfung</b>	<b>Verschulden des Schädigers</b>	<b>Weitere Voraussetzungen</b>	<b>Verjährung</b>
<b>Gewährleistung (Nachbesserung, Ersatzlieferung, Wandelung, Minderung)</b>	Mangelhaftigkeit eines Kaufgegenstandes oder Werks	nein	Prüfungs- und Rügeformalitäten	1 Jahr / 10 Jahre bei absichtlicher Täuschung
<b>Vertragliche Schadenersatzansprüche</b>	nicht richtige Erfüllung / Verletzung eines Vertrages	ja (Ausnahme: Art. 195 Abs. 2 und 208 Abs. 3 und OR)	Rüge allfälliger zugrunde liegender Mängel	1 Jahr in Zusammenhang mit Mängeln / 10 Jahre
<b>Deliktshaftung</b>	Widerrechtliche Schädigung / sittenwidrige absichtliche Schädigung	ja		1 Jahr seit Kenntnis / 10 Jahre seit Schädigung
<b>Geschäftsherrenhaftung</b>	unzureichende Organisation des Arbeitsprozesses	ja, aber Entlastungsbeweis möglich	Widerrechtlichkeit der Schädigung	1 Jahr seit Kenntnis / 10 Jahre seit Schädigung
<b>Produkthaftung</b>	Inverkehrbringen eines fehlerhaften Produkts	nein, aber objektive Entlastungsgründe		3 Jahre seit Schädigung / 10 Jahre seit Inverkehrbringen

## **5.2. ‚Deliktshaftung‘ (Art. 41 OR)**

### **Haftungsvoraussetzungen:**

- Schaden
- Kausalität
- ‚Widerrechtlichkeit‘ der Schädigung
- Verschulden
- Beweislast

## **5.3. ‚Geschäftsherrenhaftung‘ (Art. 55 OR)**

### **Haftungsvoraussetzungen:**

- Schaden
- Kausalität
- ‚Widerrechtlichkeit‘ der Schädigung
- Entlastungsmöglichkeit
  - Auswahl
  - Instruktion
  - Überwachung
  - Organisation

## **5.4. Produkthaftung nach dem PrHG**

### **Haftungsvoraussetzungen:**

- Personenschaden oder Schaden an Privatgebrauchssache (Art. 1 PrHG)

- Fehlerhaftes Produkt (Art. 3f. PrHG)
- Kausalität der Schadensverursachung
- Eingeschränkte Haftungsausnahmen (Art. 5 PrHG)

### **Typische Probleme:**

- Verhältnis zwischen Art. 55 OR und dem Produkthaftungsgesetz
- Produkteigenschaft von Information
- Statistische Unvermeidbarkeit von Fehlern in Computerprogrammen
- Kausalität nicht reproduzierbarer Fehler

## **5.5. Vertragliche Ansprüche**

### **Ansprüche gegen Hersteller und IT-Dienstleister**

- Qualifikation des Vertragstyps
- Prüf- und Rügefristen (vgl. dazu Kap. 2.4.2)
- Verschulden
- Bedeutung von Aufklärungs- und Warnpflichten
- Mängelkompensation durch Sicherheitsprodukte?

## **5.6. Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit**

### **Sorgfaltspflichten von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat**

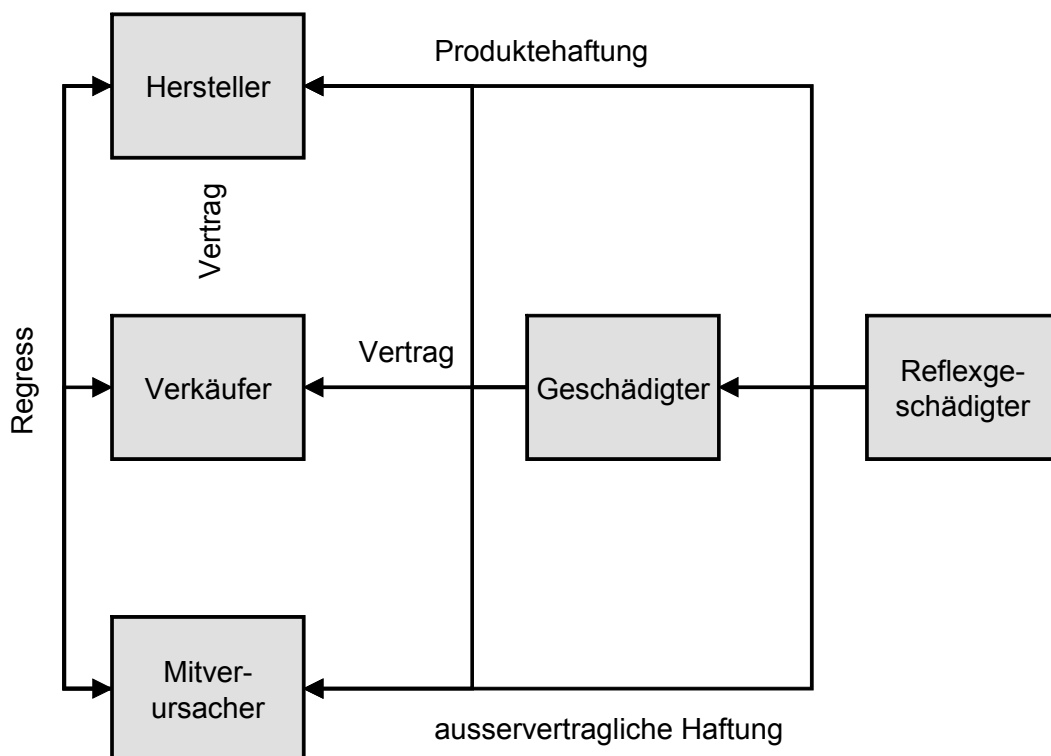
- Zweckmässige **Organisation der Informationssicherheit** (Art. 716a / 717 OR)
- Angemessenes **Controlling und Reporting**
  - Verantwortlichkeitsansprüche von Aktionären und Gläubigern bei ungenügender Erfüllung von Leitungs- und Kontrollpflichten (754 OR)

- Besondere Anforderungen für Banken (Basel II) und in den USA börsennotierte Unternehmen (Sarbanes Oxley Act)

## 5.7. Konkurrenzen

### Mehrere Verantwortliche / mehrere Anspruchsarten

- Jeder haftet für den vollen Betrag nach Wahl des Geschädigten
- Keine Mehrfachentschädigung
- Regeln zum internen Regress (Art. 51 OR)



## 5.8. Risikovorsorgemöglichkeiten

### Organisatorische Massnahmen

- Qualitätssicherung bei Herstellung und Betrieb von Informationssystemen

## **Haftung für IT-Produkte und Dienstleistungen**

---

- Produktemonitoring
- Rückverfolgbarkeit von in Verkehr gebrachten Produkten
- Nachträgliche Produkteinformation
- Dokumentation
- Versicherungsdeckung

### **Vertragliche Risikoplanung**

- Präzise Leistungsdefinition
- Mindestverfügbarkeiten (SLAs)
- Konventionalstrafen / Boni / Service Level Credits / Hartungs- und Gewährleistungsmodalitäten
- Rüge- und Verjährungsfristen
- Beweislastverteilung
- Vertragsauflösungsmodalitäten
- Anwendbares Recht / Verfahren
- Insolvenzrisiko