

Tagung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht vom 9. März 2004

Mobilkommunikation im technischen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Wandel

DIRK SPACEK*

Schwieriger denn je war es am 9. März im Hotel Widder, unter den Referenten einen Konsens wie auch ein thematisches Eingrenzungsfeld ausfindig zu machen. Die diesen März abgehaltene ICT-Rechtspraxis-Tagung «Mobilkommunikation: Geschäftsfelder und rechtliche Herausforderungen» stand denn auch nicht im Mittelpunkt eines kohärenten Themenbereichs. Vielmehr legten verschiedene Referenten unterschiedliche rechtliche und technische Fragestellungen dar, welche sich im Mobilkommunikationssektor angesichts aktueller Entwicklungen aufwerfen lassen. Währenddem das aktuelle Thema «Mobile Content» sowohl technische, betriebswirtschaftliche wie auch rechtliche Erläuterungen zur urheberrechtlich allgegenwärtigen Problematik des «Digital Rights Management» (DRM) anerbote, waren darüber hinaus auch regulatorische Gebiete, namentlich «Netzwerke im Lichte des Kartellrechts» wie auch «Elektrosmog im gesundheitspolitischen Spannungsfeld» vertreten. Mit Blick auf neue Dienste des «Mobile Content» wurden ergänzend auch neue Lösungsansätze für Zahlungs- und Verrechnungsmodalitäten von Telekommunikationsunternehmen aufgezeigt. Unter der Leitung von Herrn Dr. Rolf Auf der Maur diskutierten abschliessend sechs Rechtsanwälte – darunter auch zwei Universitätsprofessoren – und ein Geschäftsleiter des Beratungsunternehmens Arthur D. Little über selbst eingebrachte und aus dem Publikum aufgeworfene Fragen.

Mobile Content und Mobile Applications: Vision und Realität

Einleitend legte Herr Andreas Hürlimann (Geschäftsleiter des TIME-Departments bei Arthur D. Little) dar, dass Sprachtelefonie und SMS-Kurzmitteilungen die derzeitigen Erfolgspfeiler des Schweizerischen sowie Europäischen Mobilfunkmarktes darstellten. Attraktive Mehrwertdienste (z.B. Chat, MMS, SMS-Businessdienste) hätten sich im Markt unlängst etabliert und würden in Zukunft – trotz derzeit relativ tiefer prozentualer Nutzungsrate – vermehrt einen Bedeutungszuwachs erfahren. Exemplarisch wurde der Dienst von Swisscom Mobile «Vodafone live!» hervorgehoben, welcher zusätzliche Bildfunktionen, E-Mail-Funktionen, Sportnachrichten und Downloadmöglichkeiten von Spielen, 3-D-Grafiken und Musikstücken ermöglicht. Allerdings räumte der Referent ein, dass die Verbreitung neuer Applikationen stark von einer Änderung der gesellschaftlichen Kommunikationskultur abhängig sei. Die Einführung von neuen Datendiensten erfordere daher i.d.R. einen durchschnittlichen Zeitraum von zwei bis vier Jahren. Eine steigende Nutzung von Inheldiensten (Mobile Content) ist bisher aus mehreren Gründen ausgeblieben: Die notwendigen Technologien waren bisher nicht reif und die technisch notwendigen Geräte nur beschränkt auf dem Markt verfügbar. Dadurch blieben auch Anreize auf Seiten der Konsumentennachfrage aus. Im Übrigen benötigen mobile Inheldienste ein komplett anders organisiertes Geschäftsmodell als die herkömmlich-traditionellen Individualkommunikationsangebote. Insbesondere sei an zusätzlich anfallende Marketingaufwendungen zu erinnern, weil der Mobile-Content-Sektor ein spezifisch segmentiertes und individualistischeres Publikum anspreche, welches nicht vergleichbar leicht erreicht werden kann wie Massenaudienzen. Jene verschiedenen Elemente bildeten lange Zeit Ursache und Wirkung zugleich, welche sich langfristig gegenseitig im Kreise drehten (Teufelskreis von Mobilem Multimedia). Als Brücke zu den folgenden, eher juristisch gelagerten Referaten schlug der Referent mit einem Hinweis auf neue Fragestellungen mit Bezug auf am Content bestehende immaterialgüterrechtliche Nutzungs- und Verwertungsrechte und wettbewerbsrechtliche Implikationen bezüglich der Interoperabilität von verschiedenen Kommunikationsplattformen.

Fragmentierte Netzwerke im Spannungsfeld von praktischen und rechtlichen Anforderungen

Im Anschluss ergriff Herr Prof. Dr. Rolf H. Weber das Wort und lieferte einen Überblick über Netzwerke und deren kartellrechtliche Dimension. Grundsätzlich ergeben sich zwei Methoden, um Monopolstellungen über Netzwerke zu verhindern. Einerseits liefert sektorspezifisches Kartellrecht (mit Be-

zug auf die mobile Telekommunikation die in Art. 11 FMG geregelte Interkonnektion) Zugangsvorschriften zu Netzen, andererseits kann das allgemeine Kartellrecht dann Abhilfe leisten, wenn Ersteres keinen ausreichenden Schutz zu bewirken vermag. Die Interkonnektion hat auch Auswirkungen auf die Kostenstruktur eines Telekommunikationsunternehmens; namentlich muss jene nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung erfolgen. Bedingungen und Preise für einzelne Interkonnektionsdienstleistungen müssen daher gesondert ausgewiesen werden (Art. 11 FMG).

Das allgemeine Kartellrecht liefert hingegen ergänzende Beurteilungskriterien, sofern der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. v. Art. 7 KG nachgewiesen werden kann. Des Weiteren können Netzwerke im konkreten Einzelfall auch als «wesentliche Einrichtung» i.S. der Essential Facility Doktrin betrachtet werden, wenn auch diese Lehre einen grundsätzlich beschränkten Anwendungsbereich aufweist.

Um die Interkonnektion sowohl auf nationaler wie auch internationaler Ebene zu ermöglichen, werden bisweilen «Roaming-Verträge» zwischen verschiedenen Netzanbietern abgeschlossen. Diese ermöglichen dem Nutzer einer bestimmten Telekommunikationsgesellschaft, Netze einer anderen Gesellschaft – z.B. aufgrund eines Auslandsaufenthaltes – ebenfalls zeitweilig zu benutzen. Wettbewerbsrechtliches Problempotenzial ist beim Roaming wenig auszumachen, allerdings ist zumindest aus theoretischer Warte denkbar, dass technische Marktabschottungen, Exklusivabsprachen, Bündlungsangebote oder unterschiedliche Navigationssysteme die gewünschte Form des Roamings erschweren können. Praktische Probleme treten daher für das Roaming bisher vornehmlich auf administrativer Ebene auf (Clearing-House-Abrechnung).

Das allgegenwärtige Thema: Digital Rights Management (DRM) – Erosion des Tätigkeitsfeldes von Verwertungsgesellschaften?

Das derzeit im Urheberrecht häufig besprochene Thema der technischen Schutzmassnahmen (DRM) wurde in einem Co-Referat aufgegriffen, vorerst durch Herrn LL.M. Roland Mathys, welcher (angesichts seiner gleichzeitig vorliegenden Ausbildung zum Wirtschaftsinformatiker) die technischen Konstituenten des DRM und seine Verwendung in Mobile Content Systemen hilfreich aufzuzeigen vermochte, folgend dann durch Dr. Peter Mosiman mit der Aufzeigung der Konsequenzen des DRM für Verwertungsgesellschaften.

DRM dient grundsätzlich dazu, verschiedene Arten der digitalen Nutzung von Inhalten (z.B. Downloading, Streaming, Peer to Peer) einerseits zu verwalten (Rights Management Information) und andererseits mit technischen Schutzmassnahmen (Technical Protection Measure) zu versehen. Diese Unterscheidungen sind auch in den einschlägigen WIPO-Verträgen (WCT und WPPT) wortgleich festgehalten. Grundsätzlich sind 3 Schutzmethoden zu unterscheiden.

(1) Der Forward Lock, welcher den Inhalt hermetisch abriegelt und eine Weiterleitung i.S. eines P2P-Systems verunmöglicht, (2) Die Combined Delivery, welche sowohl den Inhalt wie auch die Rechte in ein Paket verpackt und hernach benutzerdefiniert, z.B. nur einmal, konsumiert werden kann, (3) die Separate Delivery, welche den Inhalt und die Rechte in separat geschützten Paketen übermittelt, wobei nur beide Pakete im Zusammenspiel den Konsum eines Inhalts ermöglichen. Das Spannungsfeld zwischen dem digitalen «Hausrecht» (DRM) und dem interessenausbalancierten Urheberrecht lässt, den Worten von Peter Mosiman folgend, den Glauben an Verwertungsgesellschaften erschüttern. Betroffene Verwertungsgesellschaften sind – angesichts der Mobile Content-Elemente wie Klingeltöne, Bilder, Spiele, Filmsequenzen, Fotos – v.A. die SUIISA, Suissimage, Swissperform, SSA und die Pro Litteris. Als Lösungsvorschlag für das sich ergebende Konfliktverhältnis schlägt der Referent vor, weder DRM-Systeme noch das System der Kollektivverwertung aufzuheben, sondern die Rechte und Pflichten der Verwertungsgesellschaften neu zu gestalten. Denkansätze wären z.B., Meldepflichten der DRM-Systeminhaber an Verwertungsgesellschaften und die Vermittlung der Schranken des Urheberrechts durch Verwertungsgesellschaften zu Handen der Nutzer vorzusehen. Zuletzt müssten im Falle einer solchen Regulierung jedoch notgedrungen die Nutzungstarife angepasst werden, weil der Nutzer ansonsten einer doppelten Vergütungspflicht unterläge – einerseits gegenüber dem sich privat mit DRM schützenden Urheber, andererseits gegenüber der Verwertungsgesellschaft. Zuletzt wies Mosiman in Abgrenzung zu Kollege Auf der Maur darauf hin, dass das Schrankenrecht des Eigengebrauchs (Art. 19 URG) seines Erachtens überdies durch die Grundrechte der Bundesverfassung garantiert sei; eine schleichende Aushöhlung dieses Rechts durch DRM-verschlüsselte Inhalte sei

darum auch aus staatsrechtlicher Optik nicht hinnehmbar. Das Urheberrecht stelle seiner Ansicht nach «Kunstrecht» dar und Art. 21 BV gewährleiste *expressis verbis* die «Kunsthfreiheit».

Mobile Billing und Mobile Payment

Herr Dr. LL.M, Philip Kübler (Chef des Konzernrechtsdienstes von Swisscom) legte in seinem Referat administrative Herausforderungen des Mobile Content dar. Seinem Referat zufolge lassen sich Inhalte und Dienste nur dann über Kommunikationsnetze vermarkten, wenn die Nutzer einfach und sicher bezahlen können, und wenn die Anbieter in der Lage sind, den Nutzerkreis und die zulässigen Nutzungsarten zu bestimmen.

Der Mobilfunk eröffnet dem Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Konsument (B2C) einen neuen Spielraum. Im Unterschied zum PC-basierten Internet weist der mobile elektronische Handel nämlich den Vorteil auf, aufgrund gesellschaftlicher Gegebenheiten (Zahlungsbereitschaft), Netzstrukturen (individuelle Erreichbarkeit des Zahlungspflichtigen), der ermöglichten Identifizierung über die SIM-Karte und letztlich auch wegen der bequemen Portabilität zu einer attraktiven Zahlungsmodalität zu avancieren. Im Bezug auf innovative Zahlungsverfahren erwähnte der Referent, dass auch Wertkonten (Stored Value Accounts) und Debit-Karten geführt werden, was allerdings zwingendermassen zu Konflikten mit dem Finanzmarktrecht führt, welches den Betrieb von Wertkonten durch Nichtbanken erschwert. Im Bezug auf das erforderliche Mass an Kundenidentifizierung eines Telekommunikationsunternehmens verwies Kübler auf den zurzeit in Revision stehenden Art. 179quinquies StGB, welcher künftig Telefonaufzeichnungen dann gestatten soll, wenn es sich um ein Fernmeldegespräch unter Beteiligung einer Geschäftsperson handelt und dessen Aufzeichnung einzig dazu dient, über den geschäftlichen Inhalt Beweis zu führen. Auffällig sei überdies, dass der Staat – auch im Hinblick auf die Krimina-

litätsbekämpfung – ein starkes Bedürfnis nach Identifizierung zahlender Nutzer hat, sobald die Anbieter Kundenkonten führen, während den meisten Anbietern pseudonyme und anonyme Nutzerdaten genügen.

Gesundheitspolitische Dimension des Mobile Commerce

Obschon seit Beginn der Lancierung von Natels gesundheitliche Warnungen ausgesprochen wurden (befürchtete thermische Effekte, welche das Nerven- und Hormonsystem schädigen sowie Krebs und Erbgutschäden verursachen), konnte die marktmässige Durchsetzung jener Kommunikationsinstrumente nicht aufgehalten werden. Tangiert sind von den erwähnten Gesundheitsbesorgnissen nicht nur Telekommunikationssysteme, sondern auch die Rundfunk- und Fernsehtechnik, Technologien in Verkehrssystemen, Anwendungen in Industrie, Handel und Gewerbe, Warensicherungs-, Identifikations- und Zugangskontrollsysteme. Besonders negativ fällt an jenen Gesundheitsgefährdungen auf, dass der Durchschnittsbürger sie nicht wahrnimmt. Poledna zeichnete in seinem Referat die Einbettung dieser Problematik im Grundrechtkodex der Bundesverfassung auf. Unter anderem erläuterte er, dass sich im Mobile Commerce eine offenbare Grundrechtskollision zwischen Staatszielen wie der Eigentumsordnung, Wirtschaftsordnung, den verschiedenen Kommunikationswerten der Bundesverfassung (z.B. die Meinungs- und Informationsfreiheit und Medienfreiheit) und andererseits dem Konsumentenschutz (Art. 97 BV), Gesundheitsschutz (Art. 118 BV), Umweltschutz (Art. 74 BV) und Datenschutz (Art. 13 II BV) ergebe. Problematisch sei, dass die Bundesverfassung keine richtungsweisende Anweisungen zum Umgang mit neuen und ungeklärten Risiken vorgebe. Insbesondere befasse sich der Bund schwergewichtig mit Krankheit und nicht mit Gesundheit; Prävention und epidemiologische Forschungen haben demzufolge einen staatsrechtlich schweren Stand. Des Weiteren erweist sich eine engere Verbindung des Umweltschutz- mit dem Gesundheitsrecht erforderlich, da nicht ionisierende Strahlen beim Umweltschutz angesiedelt sind, währenddem ionisierende Strahlen dem Gesundheitsrecht obliegen.

Im Anschluss an Herrn Polednas Erörterungen ergriff Herr Lorenzo Marrazotta das Wort und veranschaulichte im Einzelnen die staatliche Regulierung des Elektroschmogs. Dargelegt wurden unter anderem das im Umweltschutzgesetz (USG) verankerte Vorsorgeprinzip und die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV), deren Immissionsgrenzwerte gemäss der Ansicht des Referenten wesentlich zu tief angelegt sind, was im europaweiten Vergleich offensichtlich zu Tage trete. Ebenso sei der in der NISV festgelegte Anlagebegriff äusserst missbrauchs anfällig, beispielsweise könne die Anlagendefinition mit speziellen Konstruktionstechniken, (z.B. der mehrfachen Integ-

rierung von Dachantennen auf einen Mast) umgangen werden und weiterhin als eine einzige Anlage i.S. des NISV gelten. Zum Abschluss erfolgte ein Überblick über die Überwachungsbestimmungen der elektronischen Kommunikation. Hierbei wurden nicht nur das im FMG statuierte Fernmeldegeheimnis und die Bestimmungen des StGB gestreift, sondern auch das BÜPF (Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs), während andere, ausserhalb der Post- und des Fernmeldeverkehrs liegende Überwachungen unter die kantonalen StPOs fallen. Marrazotta plädierte abschliessend für die Schaffung eines gesetzgeberischen, regulatorischen Rahmens nach dem Motto «So wenig wie möglich, so viel wie nötig».

Diskussionsrunde dominiert vom aktuellen Thema des DRM (Digital Rights Management)

Nicht zu unterdrücken war in der folgenden Diskussionsrunde eine Stellungnahme zur DRM-Problematik, war doch unter anderem ein Vertreter der Verwertungsgesellschaften unter den Zuschauern anwesend: Herr Werner Stauffacher, Vizedirektor der Pro Litteris, äusserte sich besorgt über das Aufkommen von DRM. Seines Erachtens sei am DRM problematisch, dass nicht unbedingt die Schöpfer davon profitieren, sondern oft lediglich die Rechteinhaber. Grundsätzlich seien die Verwertungsgesellschaften nicht gegen das DRM eingestellt, doch fordern sie, dass die Verwertungsgesellschaften letztlich für die Abrechnung zuständig seien. Ob die Verwertungsgesellschaften ihre Systeme mit DRM versehen möchten, sei noch nicht geklärt, derzeit seien noch Untersuchungen über die Rentabilität einer solchen Infrastruktur

im Gange (das Risiko des Knackens von DRM könne schliesslich nicht aus der Welt geschafft werden). Philip Kübler erwähnte als Schwachpunkt der Verwertungsgesellschaften den fehlenden Weiterdungstarif, weshalb letztlich immer noch auf den Content-Anbieter zurückgegriffen werden müsse. Stauffacher machte beistimmend darauf aufmerksam, dass es grundsätzlich fraglich sei, inwieweit Rechte zwingend durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden müssen, was in der URG-Revision ein sicherlich notwendiges Diskussionsthema darstellen sollte.

Herr Auf der Maur und Herr Hürlimann legten dar, dass sich in Europa bisher das Prinzip «Pay as you go» (z.B. eine Zahlung pro konsumierter Content-Einheit) durchgesetzt habe, während in Japan und Südkorea offenbar Subscriptionangebote (z.B. für einen bestimmten Preis kann während einem Monat grenzenlos konsumiert werden) sehr erfolgreich waren. Ob die Unterschiede auf kulturelle Unterschiede zurückzuführen seien, wurde offen gelassen.

Ebenfalls interessiert zeigte sich die Zuhörerschaft an der Frage, ab wann eine Telekommunikationsunternehmung einer Banklizenz bedarf. Philip Kübler präzierte den bereits im Referat geäusserten Grundsatz der «Stored Value Accounts», wonach eine Banklizenz erst dann erforderlich sei, wenn effektiv Kundenkonti geführt werden. Denkbar sei aber auch das Payment + Billing an eine externe Drittperson, z.B. eine Bank, zu externalisieren. Prof. Dr. Rolf H. Weber ergänzte, dass die EU im Jahre 2000 eine E-Money-Institutions-Directive erlassen hat, auf deren Inkrafttreten hin wenig später viele E-Money-Institutes Konkurs gingen. Die Schweiz wolle diesen gesetzgeberischen Fehltritt auf keinen Fall nachvollziehen.

* lic. iur., wiss. Assistent, Universität Zürich.