AJP/PJA 1/2012

Unerwünschte SMS politischen Inhalts – Überlegungen zur Zulässigkeit aus lauterkeits-, straf- und datenschutzrechtlicher Sicht

JEAN-DANIEL SCHMID

Im Zuge des Nationalratswahlkampfs wurden anonym unerwünschte SMS politischen Inhalts versandt. Mangels Qualifikation als Massenwerbung i.S. des UWG sind diese lauterkeitsrechtlich unproblematisch, weshalb der Versender i.d.R. nicht fernmelderechtlich eruiert werden kann. Auch strafrechtlich sind diese SMS unbedenklich. Anders verhält es sich in Bezug auf den Datenschutz: Die zwecks Versand der SMS erfolgende Beschaffung nicht öffentlich zugänglicher Mobiltelefonnummern kann verschiedene Grundsätze verletzen und hierdurch Ansprüche aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung erzeugen. Daneben besteht regelmässig ein datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch, welcher theoretisch die Identifikation der Herkunft der Mobiltelefonnummer erlaubt. Die Durchsetzung dieser Ansprüche setzt jedoch die Eruierung des Versenders der SMS voraus. Da kein diesbezüglicher fernmelderechtlicher Auskunftsanspruch besteht, erweisen sich die bezeichneten Rechtsbehelfe als praktisch irrelevant. De lege ferenda wäre eine Korrektur dieses Regelungsdefizits wünschenswert.

Au cours de la campagne pour l'élection du Conseil national, des SMS indésirables à contenu politique ont été envoyés de manière anonyme. Faute de pouvoir être qualifiés de publicité de masse au sens de la LCD, ils ne posent aucun problème du point de vue du droit de la concurrence, raison pour laquelle le droit des télécommunications ne permet en principe pas d'en identifier l'expéditeur. Du point de vue pénal non plus, ces SMS ne violent pas la loi. Il en va autrement pour ce qui est de la protection des données : l'acquisition de numéros de téléphone portable non accessibles au public dans le but d'envoyer des SMS peut violer différents principes et donc faire naître des droits fondés sur l'atteinte illicite à la personnalité. Il existe par ailleurs en règle générale un droit d'information basé sur le droit de la protection des données qui permet théoriquement l'identification de la provenance des numéros de téléphone portable. L'exercice de ces droits présuppose toutefois l'identification de l'expéditeur des SMS. Étant donné que la législation relative aux communications ne prévoit aucun droit d'être informé à ce sujet, les moyens de droit susmentionnés s'avèrent dépourvus de toute portée pratique. Une correction de ce manque de réglementation de lege ferenda serait souhaitable.

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage
II. Lauterkeitsrecht
1. Unlautere Massenwerbung
2. Konsequenzen im Hinblick auf das Fernmelderecht
III. Strafrecht
1. Nötigung
2. Datenbeschädigung
3. Weitere Delikte
IV. Datenschutzrecht
1. Vorbemerkungen
2. Geltungsbereich
2.1. Übersicht
2.2. Daten
2.3. Bearbeiten
2.4. Daten natürlicher und juristischer Personen
2.5. Bearbeitung durch private Personen
2.6. Ergebnis
3. Bearbeitungsgrundsätze
3.1. Übersicht
3.2. Beschaffung von Mobiltelefonnummern als faktische Voraussetzung des Versands
4. Ansprüche des Betroffenen
4.1. Übersicht
4.2. Ansprüche aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung
4.3. Auskunftsanspruch (Art. 8 f. DSG)
V. Fazit

I. Ausgangslage

«[Herr/Frau] X[1] *aus Y kandidiert auf der Liste Z (Partei A) für den Nationalrat. Danke für Deine zwei Stimmen. Mehr über sein/ihr [Bezug zum Name der Region] Engagement unter [Internetadresse]».*

So oder so ähnlich wurden in den vergangenen Monaten mehr oder weniger anonym[2] im Zuge der National- und Ständeratswahlen mutmasslich eine Vielzahl von SMS[3]

JEAN-DANIEL SCHMID, M.A. HSG (Rechtswissenschaft), Rechtsanwalt, Fischbach-Göslikon.

1 Aus offensichtlichen Gründen wird darauf verzichtet, im vorliegenden Aufsatz die echten Angaben (Name, Wohnort, Liste, Partei) der diesem Aufsatz zu Grunde liegenden tatsächlichen Kurznachricht zu nennen. Im Folgenden wird der besseren Leserlichkeit halber ferner stets die männliche Bezeichnung verwendet.

2 Der bezeichnete Absender der genannten SMS entsprach im konkreten Fall der Adresse des Internetauftritts des Kandidaten. M.a.W. war die effektive Nummer, von der aus die SMS versandt wurde, nicht ersichtlich. Diese Anonymität ist immerhin insoweit begrenzt, als im Regelfall davon ausgegangen werden kann, dass der Versand der SMS vom Kandidaten selbst erfolgt oder zumindest von diesem angeregt wird. Denkbar sind jedoch auch andere Konstellationen (z.B. Versand durch ein Unterstützungskommittee oder durch unabhängige Dritte). Dazu auch Kap. II.2.

3 Obwohl der Begriff *«SMS»,* welcher für *«Short Message Service»* steht und die Übermittlung kurzer Textbotschaften bezeichnet,

versandt. Das Medium SMS, welches bereits seit einigen Jahren als allgemeines Marketinginstrument eingesetzt wird[4], hat somit spätestens jetzt[5] auch in der Schweiz[6] die politische Bühne zur Anpreisung einzelner Kandidaten betreten[7].

Nachfolgend soll im Hinblick darauf, dass derartige Nachrichten in Zukunft vermehrt eingesetzt werden könnten, geprüft werden, ob solche unerwünschten, d.h. von den Empfängern nicht angeforderten[8] Nachrichten im schweizerischen Recht zulässig sind und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. In einem ersten Schritt wird dabei auf das Lauterkeitsrecht eingegangen. Anschliessend werden das Strafrecht und schwerpunktmässig das Datenschutzrecht beleuchtet. Schliesslich wird ein Fazit gezogen.

Zum Analysegegenstand gilt es festzuhalten, dass nachfolgend lediglich der Ausgangssachverhalt – d.h. der unerwünschte einmalige[9] Versand einer SMS mit politischem Inhalt zwecks Anpreisung eines Kandidaten im Binnenkontext – untersucht werden soll[10]. Nicht behandelt werden somit insbesondere andere SMS politischen Inhalts[11] im In- und Ausland. Schliesslich soll der vorliegende Aufsatz lediglich ausgewählte Aspekte herausgreifen. Es wird somit nicht der Versuch unternommen, die genannte Verwendung dieses Mediums rechtlich vollständig zu analysieren. Namentlich liessen sich im Privatrecht weitere Bereiche[12] analysieren, auf welche vorliegend nicht eingegangen wird. Ebenso nicht behandelt werden nicht-juristische Aspekte, bspw. ob politische Kommunikation mittels dieses Mediums wünschbar und nützlich[13] ist.

II. Lauterkeitsrecht

1. Unlautere Massenwerbung

Durch die im Jahr 2007 in Kraft getretene Revision des Telekommunikationsrechts und des UWG[14] wurde SPAM[15]

---

heutzutage faktisch als bekannt vorausgesetzt werden kann, ist in aller Kürze immerhin auf Folgendes hinzuweisen: SMS zeichnen sich im Vergleich zu anderen, «traditionelleren» (Werbe-)Kommunikationsmitteln (z.B. Briefpost, Fax, Plakate) – ähnlich wie E-Mails – u.a. dadurch aus, dass sie kostengünstiger sind und der Empfänger der SMS vergleichsweise unmittelbar angesprochen wird. Hierzu und zu weiteren Aspekten statt vieler Rolf Haefliger/Peter Uhlmann, Die Versendung von Werbebotschaften mittels SMS oder E-Mail: Innovatives Telemarketing oder unlautere Belästigung des Publikums?, SZW 2003, 233–252, insbesondere 233–235.

4 Siehe etwa die Bemerkungen bei Haefliger/Uhlmann (FN 3), 235.

5 Es kann selbstverständlich nicht ausgeschlossen werden, dass innovative Politiker bspw. auf kantonaler oder kommunaler Ebene entsprechendes Medium für politische Aktivitäten bereits vor Jahren entdeckten. Selbst nach einiger Recherche sind jedoch keine Hinweise darauf zu finden, dass SMS bereits früher systematisch im National- und Ständeratswahlkampf eingesetzt wurden.

6 Es darf davon ausgegangen werden, dass SMS als Werbemedium zur Anpreisung einzelner Kandidaten im Ausland bereits seit einigen Jahren Verwendung finden. Als Beispiel lässt sich der Wahlkampf um das Amt des Bürgermeisters in Seoul, Südkorea im Jahr 2001 nennen (Philippe J. Maarek, Campaign Communication and Political Marketing, Chichester 2001, 173).

7 Daneben gilt es zu bemerken, dass – soweit erkennbar – bisher kaum juristische Untersuchungen dieses Gegenstands vorgenommen wurden.

8 Naturgemäss könnte *«unerwünscht»* auch anders verstanden werden. Ob derartige Nachrichten sinnvoll und zweckmässig sind, bildet dagegen nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Unter *«unerwünscht»* wird somit lediglich der Umstand verstanden, dass der Empfänger entsprechende SMS nicht im Vorfeld angefordert hat und generell nicht wünscht.

9 Es dürfte kontraproduktiv sein, eine politische SMS – soweit es um eine Wahlempfehlung geht – mehrfach an den identischen Adressaten zu versenden, zumal diesfalls das (aufgrund des unerwünschten Charakters sowieso schon bestehende) Verdrusspotential gesteigert werden dürfte. Anders könnte es sich verhalten, wenn z.B. eine Partei regelmässig politische SMS zu unterschiedlichen Themen versendet.

10 Wenn nachfolgend von SMS politischen Inhalts die Rede ist, ist damit stets vorgenannter Gegenstand gemeint.

11 Dass das Medium SMS politisch auch anders verwendet werden kann, zeigte vor kurzem die Sozialdemokratische Partei der Schweiz: Diese hat auf ihrer Internetplattform bis zur National- und Ständeratswahl die kostenlose Möglichkeit angeboten, sich zu registrieren und in der Folge auf Kosten der Partei SMS an Freunde und Bekannte zu versenden. Die ersten 43 Zeichen der SMS wurden dabei als Werbung für die Partei verwendet. Siehe zum Ganzen NZZ Online, 43 Zeichen für die SP, <http://wahlfieber2011.blog.nzz.ch/2011/10/04/43-zeichen-fuer-die-sp/> (letztmals besucht am 16.11.2011). Zu nennen ist als weitere denkbare Variante bspw. die Verwendung des Mediums für einzelne Abstimmungen. Die im vorliegenden Aufsatz angestellten Überlegungen dürften in vielerlei Hinsicht auch für diese SMS übernommen werden.

12 Siehe dazu die nachfolgenden Bemerkungen in FN 119.

13 In faktischer Hinsicht kann immerhin bemerkt werden, dass der Kandidat im konkreten Fall nicht gewählt wurde. Auf der Internetseite des Kandidaten wird jedoch darauf hingewiesen, dass in einigen Bezirken *«massiv»* zugelegt werden konnte. Ob dies auch mit dem Versand der SMS zusammenhängt, muss an dieser Stelle offen bleiben.

14 Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (SR 241).

15 Unter *«SPAM»* wird gemeinhin unerwünschte Massenwerbung verstanden. Siehe zur Herkunft des Begriffs etwa Oliver Arter, Lauterkeitsrechtliche Aspekte von Werbung mittels E-Mail, AJP/PJA 2004, 1067–1082, insb. 1068 und FN 16 sowie Philippe Barman, Die Antispam-Gesetzgebung in der Schweiz, Jusletter, 2. April 2007, N 3 und 5 sowie Andreas Dudli, Spamming in der Schweiz – Rechtslage und ungelöste Probleme, sic! 2007, 563–578, insb. 563.

erstmals[16] einer konkreten Regelung unterzogen[17]. Der neu eingefügte Art. 3 lit. o UWG sieht insofern vor, dass Massenwerbung, wozu potentiell auch Werbung via SMS zu zählen ist[18], unter bestimmten Voraussetzungen als unlauter zu qualifizieren ist[19]. Soweit eine derartige unlautere Massenwerbung vorliegt, stehen dem Betroffenen verschiedene zivil-[20] und strafrechtliche[21] Abwehrmassnahmen zur Verfügung.

Die Verankerung dieser Materie im Bereich des UWG führt indes zu einer sachlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs[22]: Die Anwendung des UWG setzt voraus, dass eine Wettbewerbshandlung vorliegt[23]. Auch wenn dieser Begriff weit auszulegen sein dürfte[24], ist es unumstritten, dass Massenwerbung mit politischem Inhalt keine derartige Handlung darstellt[25].

Hieraus folgt, dass die vorgenannten Bestimmungen des UWG auf den Untersuchungsgegenstand nicht anwendbar sind. Der Versand einer unerwünschten SMS politischen Inhalts zwecks Anpreisung eines Kandidaten gilt somit nicht als unlauter i.S. des UWG.

2. Konsequenzen im Hinblick auf das Fernmelderecht

Der Umstand, dass der Untersuchungsgegenstand nicht als unlautere Massenwerbung i.S.v. Art. 3 lit. o UWG zu qualifizieren ist, hat über das Lauterkeitsrecht hinausgehende Konsequenzen. Der Kunde eines Fernmeldedienstanbieters, der Informationen zur Ermittlung der Herkunft von unlauterer Massenwerbung benötigt, kann vom Fernmeldedienstanbieter Auskunft über Name und Adresse des Ursprungs der Massenwerbung verlangen (Art. 45 Abs. 2 FMG[26])[27]. Hierzu muss der Kunde schriftlich glaubhaft machen, dass er unlautere Massenwerbung erhalten hat (Art. 82 Abs. 1 FDV[28])[29]. Dem Kunden stehen diese theoretisch[30] sehr konsumentenfreundlichen Mög-

---

16 Statt vieler Lukas Morscher, Aktuelle Entwicklungen im Technologie- und Kommunikationsrecht, ZBJV 2011, 177–221, insb. 194.

17 Dazu und zur Entstehungsgeschichte Arter (FN 15), 1081 f. und Dudli (FN 15), 566 f. Siehe zur rechtlichen Einordnung von «SPAM» in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht vor der genannten Revision statt vieler etwa Arter (FN 15), 1078–1081 und Dudli (FN 15), 565 f.

18 Statt vieler etwa Christian Oetiker, Kommentar zu Art. 3 lit. o UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, insb. N 10.

19 Siehe zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen, auf welche vorliegend, wie noch zu zeigen sein wird, nicht eingegangen werden muss, Oetiker (FN 18), insb. N 9–19; David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 lit. o UWG N 16–23; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, 2. A., Zürich 2010, 218 f.

20 Namentlich Verbot einer drohenden Verletzung, Beseitigung einer bestehenden Verletzung, Feststellung der Widerrechtlichkeit der Verletzung einschliesslich Mitteilung/Publikation des Urteils (Art. 9 Abs. 1 f. UWG). Darüber hinaus kann ggf. Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe verlangt werden (Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. den entsprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts). Dazu statt vieler Weber (FN 19), 219.

21 Der unlautere Versand von Massenwerbung ist strafbar und wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 23 UWG). Siehe dazu auch Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 lit. o UWG N 9. Siehe zu einem Anwendungsfall den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20.7.2009 (publ. in ZR 108 [2009], Nr. 60) und die Besprechung bei Morscher (FN 16), 195 f. sowie Weber (FN 19), 219 f.

22 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 lit. o UWG N 8.

23 Statt vieler Carl Baudenbacher, Kommentar vor Art. 2 UWG, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 2 m.w.H. Siehe zu den einzelnen Voraussetzungen etwa Peter Jung, Kommentar zu Art. 2 UWG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, N 11–19. Siehe zu einem konkreten Anwendungsfall von Art. 3 lit. o UWG betreffend das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20.7.2009 (FN 21).

24 So Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 lit. o UWG N 8.

25 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 lit. o UWG N 8 m.w.H. Siehe daneben etwa Alain Anderhub, Zivilrechtliche Ansprüche gegen den Versand von elektronischer Massenwerbung (Spam), Zürich/St. Gallen 2008, 52; Barman (FN 15), N 31; Stéphane Bondallaz, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2007, N 1689; Oetiker (FN 18), N 2. Diese Ansicht dürfte auch vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) vertreten werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.2.2009 [A-6437/2008], Sachverhalt/H. *[«Auf Aufforderung hin habe das BAKOM […] daran erinnert, dass politische Werbung nicht den Regeln des unlauteren Wettbewerbs unterliege»]* sowie dazu Alexander Schaer, Kein Anspruch auf ungehinderte E-Mail-Zustellung, medialex 2009, 44 f., insb. 45). In diese Richtung weisen schliesslich auch die Bemerkungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.2.2009 [A-6437/2008], E. 4.6. Mangels einer Wettbewerbshandlung muss vorliegend nicht geklärt werden, ob anstelle von Art. 3 lit. o UWG ggf. Art. 2 UWG zur Anwendung gelangen könnte (zum Verhältnis von Art. 2 UWG zu den anderen Tatbeständen statt vieler Jung [FN 23], N 3–8).

26 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG) (SR 784.10).

27 Selbiges gilt im Falle von missbräuchlich hergestellten Verbindungen (vgl. Art. 45 Abs. 2 FMG). Es darf davon ausgegangen werden, dass der einmalige Versand einer SMS in der Form des Untersuchungsgegenstands nicht als «missbräuchlich» im genannten Sinn zu qualifizieren ist, weshalb auf diese Variante nachfolgend nicht weitergehend eingegangen wird.

28 Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV) (SR 784.101.1).

29 Siehe dazu und zu den weiteren Eigenheiten etwa Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 lit. o UWG N 1 und N 94–96.

30 Diesbezüglich lässt sich in tatsächlicher Hinsicht bemerken, dass Fernmeldedienstanbieter betreffend derartige Auskunftsgesuche praxisgemäss formalisierte Prozesse samt entsprechender Formulare verwenden. Dies ist nicht weiter erstaunlich. Erstaunlich erscheint jedoch zweierlei: Erstens, dass eine Auskunftsanfrage,

lichkeiten nach dem Gesagten nur zu, wenn unlautere Massenwerbung i.S.v. Art. 3 lit. o UWG vorliegt.

Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand bedeutet dies, dass der von der politischen SMS Betroffene über kein entsprechendes fernmelderechtliches Auskunftsrecht gegenüber dem Fernmeldedienstanbieter verfügt. Dies dürfte im Hinblick auf allfällige zivilprozessuale Massnahmen, für deren Anhebung die Kenntnis des Versenders der SMS notwendig ist, nicht gänzlich unproblematisch sein[31], obschon der Versand entsprechender Nachrichten im Regelfall[32] durch den Kandidaten selbst oder dessen Umfeld erfolgen dürfte[33].

III. Strafrecht

1. Nötigung

In der Literatur wurde im ähnlich gelagerten Fall der unerwünschten E-Mail mit Werbecharakter schon die Überlegung angestellt, ob gegebenenfalls eine Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB[34] vorliegt, zumal der Empfänger die entsprechende Nachricht u.a. erst entgegennehmen muss, bis er entscheiden kann, ob die Nachricht überhaupt erwünscht ist[35].

Der Straftatbestand der Nötigung verlangt in objektiver Hinsicht, dass die Handlungsfreiheit des Opfers durch die Verwendung eines Nötigungsmittels beschränkt wird. Als Nötigungsmittel kommen Gewalt, Androhung ernstlicher Nachteile sowie eine andere Beschränkung der Handlungsfreiheit in Frage[36]. Gewalt und Androhung ernstlicher Nachteile scheiden im vorliegenden Fall offensichtlich aus. Damit verbleibt lediglich die Alternative der anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit. Diese Generalklausel ist gemäss Rechtsprechung und Lehre einschränkend auszulegen, wobei verlangt wird, dass die Handlung das üblicherweise tolerierte Mass an Beeinflussung in einer ähnlichen Weise eindeutig überschreitet, wie dies für die im Gesetz explizit umschriebenen anderen Zwangsmittel gilt[37]. Bereits hieraus dürfte abzuleiten sein, dass der einmalige vom Betroffenen unerwünschte Versand einer politischen SMS den genannten Straftatbestand in objektiver Hinsicht nicht erfüllen dürfte[38]. Auch durch die Rechtsprechung wurde dies – im Zusammenhang mit dem Versand von unerwünschten Werbe-E-Mails – bereits bestätigt[39]. Auf die weiteren Eigenheiten von Art. 181 StGB ist daher nicht zusätzlich einzugehen.

2. Datenbeschädigung

Neben dem Straftatbestand der Nötigung wird im Zusammenhang mit unerwünschten Werbe-E-Mails regelmässig der Straftatbestand der Datenbeschädigung (Art. 144bis StGB) genannt[40].

Art. 144bis Ziff. 1[41] StGB setzt in objektiver Hinsicht u.a. voraus, dass gespeicherte oder übermittelte Daten verändert, gelöscht oder unbrauchbar gemacht werden. Unter Daten sind (vereinfacht ausgedrückt) Informationen zu verstehen, die von einer automatisierten Datenverarbeitungsanlage in nicht direkt visuell erkennbarer, technisch umgewandelter Form entgegengenommen, automatisiert bearbeitet und wieder abgegeben werden[42].

Von den angesprochenen Tathandlungsvarianten dürfte vorliegend lediglich die erstgenannte, d.h. die Veränderung von Daten, überhaupt in Betracht fallen. Unter Veränderung ist bereits die Ergänzung vorbestehender Daten zu verstehen[43]. Im vorliegenden Kontext liesse sich argu-

---

soweit weniger als drei relevante Verbindungen, wozu auch SMS zu zählen sind, angeführt werden, lediglich dann bearbeitet wird, soweit eine Kopie einer Strafanzeige in einer solchen Angelegenheit beigelegt wird. Zweitens, dass für die Bearbeitung der Anfrage eine Gebühr von ca. 100 Franken verlangt wird. Es versteht sich von selbst, dass die Konsumentenfreundlichkeit insoweit lediglich begrenzt ausfällt. Ob dieses von den Fernmeldedienstanbietern gewählte Vorgehen zulässig ist, muss an dieser Stelle offen bleiben (für die Zulässigkeit der Gebührenerhebung etwa Rosenthal/Jöhri [FN 19], Art. 3 lit. o UWG N 94).

31 Dazu auch nachfolgend Kap. IV.4.

32 Andere (problematischere) Varianten sind jedoch denkbar: Z.B. die Unterstützung durch Dritte, von denen der Kandidat keine Kenntnis hat. Dazu auch FN 2.

33 Im konkreten Fall, der dem vorliegenden Aufsatz zu Grunde liegt, erfolgte der Versand der SMS durch einen Bekannten des Kandidaten, wobei dieses Vorgehen mit dem Kandidaten abgesprochen war.

34 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

35 Siehe z.B. David Rosenthal, Projekt Internet, Zürich 1997, 107 f.

36 Dazu statt vieler Andreas Donatsch, Strafrecht III, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2008, 403 f.

37 BGE 134 IV 216 E. 4.1. Daneben u.a. BGE 129 IV 262 E. 2.1; 119 IV 301 E. 2a; 107 IV 113 E. 3b. Siehe aus der Lehre statt vieler etwa Donatsch (FN 36), 409.

38 Ebenso für das (einmalige) Versenden von Werbe-E-Mails etwa Rosenthal (FN 35), 108. Daneben Dudli (FN 15), 572 f. sowie Martin Spirig, Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, Diss. St. Gallen, Bern 2001, 227.

39 Verfügung vom 6.12.2002 des Bezirksgerichts Zürich (GR020021) (z.T. publ. in ZR 102 [2003], Nr. 39 und sic! 2003, 619–626 ff. sowie vollständig publ. in Jurius, Spamming aus strafrechtlicher Sicht, Jusletter 12. Janauar 2004), E. V.2.1.

40 Siehe etwa Rosenthal (FN 35), 108.

41 Art. 144bis Ziff. 2 StGB ist vorliegend von Vornherein nicht anwendbar, weshalb darauf nicht weitergehend eingegangen wird.

42 So etwa die Definition nach Donatsch (FN 36), 172.

43 In diesem Sinne Donatsch (FN 36), 187.

mentieren, dass der Empfang einer SMS dazu führt, dass der Inhalt des Speichers des Mobiltelefons insoweit verändert wird[44]. Dieser Speicherinhalt dürfte ohne weiteres als «Daten» i.S.v. Art. 144bis Ziff. 1 StGB zu qualifizieren sein. Diese Argumentationslinie hätte zur Folge, dass der Empfang einer solchen SMS den objektiven Tatbestand dieses Delikts in genannter Hinsicht erfüllen könnte.

Trotz der vorgenannten eher theoretisch anmutenden Überlegung dürfte der einmalige unerwünschte Empfang einer SMS den Straftatbestand in zweifacher Hinsicht nicht erfüllen: Zum einen wird von der Literatur angeführt, dass eine Datenbeschädigung nur dann vorliegt, wenn der Angriff eine gewisse Erheblichkeit erreicht[45]. Diese Erheblichkeit dürfte beim einmaligen Empfang einer SMS offensichtlich nicht gegeben sein, da es sich dabei um ein vergleichsweise harmloses Alltagsereignis handelt. Zum anderen verlangt der Straftatbestand in objektiver Hinsicht neben der bereits genannten Tathandlung, dass die Manipulation unbefugt, d.h. gegen den ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen des Datenberechtigten vorgenommen wird[46]. Das Delikt verlangt ferner Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt[47]. Insoweit lässt sich die Frage aufwerfen, ob der Versender von solchen SMS tatsächlich in Kauf nimmt, dass die Empfänger grundsätzlich nicht an derartigen SMS interessiert sind[48]. Im Ergebnis spricht somit Einiges dafür, dass der Versand einer solchen SMS auch unter dem Blickwinkel der Datenbeschädigung nicht strafbar ist.

3. Weitere Delikte

Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass in Abhängigkeit des konkreten Inhalts der politischen SMS und der technischen Vorgehensweise weitere Delikte in Betracht kommen könnten[49]. Auf diese Sonderfälle ist im Folgenden nicht weitergehend einzugehen.

IV. Datenschutzrecht

1. Vorbemerkungen

Daten unterstehen grundsätzlich den Bestimmungen des DSG[50]. Es stellt sich insoweit die Frage, ob der Untersuchungsgegenstand, d.h. der einmalige unerwünschte Versand politischer SMS, soweit es um die Frage der Zulässigkeit eines solchen Vorgangs geht, auch den datenschutzrechtlichen Bestimmungen unterliegt, wobei die Mobiltelefonnummer des Betroffenen als Anknüpfungspunkt fungieren könnte. Falls diese Frage zu bejahen ist, ist nachfolgend ferner kurz auf die Konsequenzen einzugehen.

2. Geltungsbereich

2.1. Übersicht

Das DSG gilt u.a. für das *Bearbeiten* von *Daten natürlicher und juristischer Personen* durch *private Personen* (Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG).

2.2. Daten

Als Daten gelten *«alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen»* (Art. 3 lit. a DSG[51]). M.a.W. muss es sich um Angaben, d.h. Informationen jeglicher Art, Inhalt und Form handeln, die einen Bezug zu einer Person aufweisen, wobei diese Person bestimmt oder zumindest bestimmbar ist[52].

---

44 Je nach Funktionsweise des Mobiltelefons wäre es zumindest denkbar, dass die Historie der eingegangenen SMS – soweit das Mobiltelefon über eine derartige, separat abgelegte Historie verfügt – ergänzt wird. In diesem Sinne für unerwünschte Werbe-E-Mails Rosenthal (FN 35), 108. Anders dagegen die Verfügung vom 6.12.2002 des Bezirksgerichts Zürich (FN 39), E. V.2.2.1: Im dortigen Fall, welcher wie dargelegt eine unerwünschte Werbe-E-Mail betraf, wurde angenommen, dass der übrige Inhalt des Speichers des PC weder verändert noch gelöscht noch unbrauchbar gemacht wurde. Aus diesem und weiteren Gründen wurde die Anwendbarkeit von 144bis Ziff. 1 StGB verneint.

45 Niklaus Schmid, Computer- sowie Check- und Kreditkarten-Kriminalität, Zürich 1994, § 6 N 24 und N 39 m.w.H. Gl.M. etwa Philippe Weissenberger, Kommentar zu Art. 144bis StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2007, N 17 und N 25.

46 Donatsch (FN 36), 188.

47 Weissenberger (FN 45), N 37.

48 Argumentation angelehnt an Rosenthal (FN 35), 108 betreffend unerwünschter Werbe-E-Mails. Dazu auch Dudli (FN 15), 572.

49 Zu denken ist u.a. an Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB). Möglich wäre bspw., dass in der SMS politische Opponenten in strafrechtlich relevanter Weise diffamiert werden. Siehe zu einer Reihe von weiteren Delikten im Kontext des Versands unerwünschter Werbe-E-Mails etwa David Rosenthal, Lauterkeitsrecht im Internet, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis, Bern/Stuttgart/Wien 2002, 81–150, insb. 147 f.

50 Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) (SR 235.1). Siehe zum Geltungsbereich und zu den Ausnahmen Art. 2 DSG. Hierauf wird nachfolgend lediglich punktuell eingegangen.

51 Das Gesetz verwendet sowohl den Begriff der *«Personendaten»* (Art. 3 lit. a DSG) als auch denjenigen der *«Daten»*. Diese sind identisch (Rosenthal/Jöhri [FN 19], Art. 3 N 4). Nachfolgend wird stets letztgenannte Bezeichnung verwendet.

52 Zum Ganzen insb. Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 6–23.

Die Mobiltelefonnummer des Empfängers der SMS, ohne deren Kenntnis keine SMS versandt werden kann[53], ist zweifellos eine Angabe, d.h. eine Information, im vorgenannten Sinn. Ebenso bezieht sie sich auf eine Person, namentlich auf diejenige des Abonnenten des Mobiltelefonanschlusses. Die ersten beiden Voraussetzungen sind damit erfüllt.

Hinsichtlich des Kriteriums der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Person ist zwischen einem absoluten und einem relativen Element zu unterscheiden[54]. Dass sich die Information auf eine ganz bestimmte Person bezieht (absolutes Element)[55], bereitet vorliegend keine Schwierigkeiten, da sich die Mobiltelefonnummer wie dargelegt auf den Abonnenten des entsprechenden Anschlusses bezieht. Das relative Element setzt dagegen voraus, dass die betreffende Person identifiziert werden kann. Relativ ist es insoweit, als auf den Betrachter und dessen Möglichkeiten abgestellt wird[56]. Die Identität muss sich nicht aus der Information selbst ergeben. Es genügt, wenn die Identität lediglich bestimmbar ist[57]. Entscheidend ist hierbei, ob eine Identifizierung mittels eines vertretbaren Aufwands möglich ist[58].

Eine Mobiltelefonnummer erlaubt aufgrund ihres Informationsgehalts keinen unmittelbaren Rückschluss auf die Identität des Abonnenten. Die Identität ist somit nicht bestimmt. Damit stellt sich die Frage, ob sie zumindest bestimmbar ist. In Anwendung vorgenannter Grundsätze liesse sich argumentieren, dass Mobiltelefonnummern – im Gegensatz zu regulären Telefonnummern[59] – regelmässig nicht allgemein zugänglich sein dürften[60]. Daraus könnte gefolgert werden, dass der Aufwand der Bestimmung beträchtlich ausfällt und es sich somit bei Mobiltelefonnummern – mangels Bestimmbarkeit – regelmässig nicht um Daten handelt[61]. Tatsächlich ist jedoch auf eine andere Überlegung abzustellen, welche ihren Ursprung in der datenschutzrechtlichen Behandlung von E-Mail-Adressen[62] hat: Nach Ansicht der vormaligen Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK) sind E-Mail-Adressen Daten im bezeichneten Sinn[63]. Dies gilt selbst dann, wenn die E-Mail-Adressen reine Fantasiebezeichnungen darstellen, welche, sowohl für aussenstehende Dritte als auch den Dienstleister, welcher die E-Mail-Adresse zur Verfügung stellt, keinen Rückschluss auf die Identität des jeweiligen Kontoinhabers zulassen. Begründet wird dies damit, dass es sich bei E-Mail-Adressen um Angaben handelt, die *«Kommunikationswege kennzeichnen, die eine Person ihrem Beziehungsfeld zur Verfügung stellt»*[64]. Gleiches gilt ohne weiteres für Mobiltelefonnummern[65], weshalb es sich dabei, soweit auf das vorgenannte Urteil abgestellt wird[66], um Daten i.S. des DSG handelt[67].

---

53 Es erscheint jedoch auch möglich, dass die Mobiltelefonnummern zufällig generiert werden (siehe Rosenthal [FN 49], 147). Nachfolgend wird für die weitere Untersuchung unterstellt, dass von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht wird.

54 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 18.

55 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 19.

56 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 20.

57 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 20. Siehe ferner Urs Belser, Kommentar zu Art. 3, in: Urs Maurer Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel/Genf/München 2006, N 6.

58 Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., 444 f. Siehe dazu auch Belser (FN 57), Art. 3 N 6 und Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 24.

59 Reguläre Telefonnummern (Festnetzanschlüsse) werden bis anhin bekanntlich u.a. regelmässig in öffentliche Verzeichnisse, namentlich das «Telefonbuch», aufgenommen.

60 Es ist jedoch möglich, dass Mobiltelefonnummern im Einzelfall in öffentlich zugänglichen Verzeichnissen enthalten sind. Diesfalls ist die Bestimmbarkeit ohne weiteres gegeben. Es wird nachfolgend jedoch die Ansicht vertreten, dass es sich hierbei lediglich um Einzelfälle handelt.

61 In diesem Sinne auch Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 40, die darauf hinweisen, dass Telefonnummern, die nicht in öffentlichen Verzeichnissen abgedruckt sind und nicht anderweitig allgemein zugänglich sind, zumindest für die Allgemeinheit nicht als Daten zu qualifizieren sind.

62 Siehe dazu statt vieler etwa Anderhub (FN 25), 33.

63 Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (publ. in VPB 2005, Nr. 106, 1297 ff.), E. 2.4. S.a. Verfügung vom 6.12.2002 des Bezirksgerichts Zürich (FN 39), Regeste und E. V.3.

64 Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), E. 2.4. Siehe zur Begründung auch etwa Philippe Meier, Protection des données, Bern 2011, N 449.

65 Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass im vorgenannten Urteil am Rande immer auch das Beispiel der Telefonnummer verwendet und dabei festgehalten wird, dass es sich bei diesen Informationen um Daten handle (u.a. Urteil der EDSK vom 15.4.2005 [FN 63], E. 2.4). Hierbei handelt es sich jedoch um obiter dicta, weshalb auf diese nicht direkt abzustellen ist. Ferner wird in diesem Urteil (und gelegentlich auch in der Literatur) auf das Urteil der EDSK vom 12.3.1999 (publ. in VPB 2000, Nr. 73, 802 ff.) hingewiesen (siehe z.B. Meier [FN 64], N 433 und FN 495). Dieses Urteil geht stillschweigend davon aus, dass Telefonnummern Daten darstellen. Diese Frage wurde darin m.a.W. nicht explizit behandelt. Darüber hinaus wird keine Unterscheidung zwischen regulären Telefonnummern, welche grundsätzlich öffentlich zugänglich sind, und Mobiltelefonnummern, bei welchen dies oftmals nicht der Fall sein dürfte, getroffen. Aus diesen Gründen kann im vorliegenden Kontext auch nicht unbesehen auf dieses Urteil abgestellt werden.

66 Das Urteil soll an dieser Stelle grundsätzlich nicht auf seinen Richtigkeitsgehalt hin analysiert werden. Kritische Bemerkungen finden sich etwa bei Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 40. Zustimmend dagegen etwa Hans Rudolf Trüeb, Von Metropolis zum Global Village – das Verhältnis von Datenschutz und Informationstechnologie, digma 2003, 64–70, insb. 64.

67 Im Ergebnis ebenso etwa Meier (FN 64), N 433 (ohne Differenzierung zwischen Mobiltelefonnummern und regulären Telefonnummern).

2.3. Bearbeiten

Unter Bearbeiten ist jeder Umgang mit Daten zu verstehen, unabhängig von den konkret angewandten Mitteln und Verfahren, wie etwa das Beschaffen, das Aufbewahren, die Verwendung und andere mehr (Art. 3 lit. e DSG)[68].

Die Verwendung von Mobiltelefonnummern zum Versand politischer SMS erfüllt das Kriterium des Bearbeitens ohne weiteres[69].

2.4. Daten natürlicher und juristischer Personen

Geschützt sind Daten natürlicher und juristischer Personen.

Bei den zu den Mobiltelefonnummern gehörenden Abonnenten, die von den SMS betroffen sind, dürfte es sich i.d.R. um natürliche Personen handeln, weshalb auch dieses Kriterium erfüllt ist[70].

2.5. Bearbeitung durch private Personen

Schliesslich ist die Anwendbarkeit des DSG im vorliegenden Kontext davon abhängig, dass die Datenbearbeitung durch private Personen erfolgt, d.h. durch natürliche und juristische Personen, die Daten im Rahmen eines Sachverhalts bearbeiten, der vom Privatrecht geregelt wird[71].

Der Untersuchungsgegenstand dürfte auch dieses Kriterium erfüllen[72].

2.6. Ergebnis

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass das DSG auf den vorliegend zu untersuchenden Sachverhalt zur Anwendung gelangt[73].

[68] Gesetzestechnisch liegt eine nicht-abschliessende Aufzählung vor. Siehe dazu Belser (FN 57), Art. 3 N 26.

[69] Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass Gleiches auch für das vorgelagerte Beschaffen der Mobiltelefonnummern gilt.

[70] Das Kriterium wäre jedoch auch dann erfüllt, wenn die SMS an Mobiltelefonnummern gesendet würden, welche einer juristischen Person zuzurechnen sind.

[71] Botschaft DSG (FN 58), 440, sowie Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 2 N 15.

[72] Dies ergibt daraus, dass der Untersuchungsgegenstand soweit ersichtlich gerade nicht durch das öffentliche Recht geregelt wird.

[73] Die Ausnahmen gemäss Art. 2 Abs. 2 DSG sind zum Vornherein nicht anwendbar. Dies gilt insb. auch für Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG: Diese Ausnahme wäre einschlägig, wenn Daten durch eine natürliche Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet und nicht an Aussenstehende bekannt gegeben würden. Letztgenanntes Kriterium wird vorliegend nicht erfüllt, da der Versender der SMS die jeweilige Mobiltelefonnummer zwingend einem Dritten bekannt gibt (z.B. dem Fernmeldedienstanbieter, der die Übermittlung der SMS besorgt).

3. Bearbeitungsgrundsätze

3.1. Übersicht

Das DSG kennt einige materielle Grundsätze, welche eigentliche Leitideen des Gesetzes darstellen. Diese sind vom Datenbearbeiter zu befolgen[74]. Namentlich dürfen Daten nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Dabei sind der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie derjenige von Treu und Glauben zu beachten (Art. 4 Abs. 2 DSG). Daneben dürfen Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSG). Schliesslich sind weitere Grundsätze zu beachten[75].

3.2. Beschaffung von Mobiltelefonnummern als faktische Voraussetzung des Versands

Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand ist festzuhalten, dass der kritische Aspekt dieses Verhaltens nicht zwingend in der einmaligen Versendung von politischen SMS zu sehen ist, sondern im Umstand, dass der Versender überhaupt über die regelmässig nicht allgemein zugängliche[76] Mobiltelefonnummer verfügt. Heikel erscheint m.a.W. insbesondere die vor dem Versand erfolgende Beschaffung der Mobiltelefonnummer.

An diese Beschaffung dieser Daten ist auch vorliegend in datenschutzrechtlicher Sicht anzuknüpfen, wobei wiederum[77] eine Analogie zum Versand von unerwünschten Werbe-E-Mails samt vorgängiger Beschaffung der E-Mail-Adressen gezogen wird[78]. Die EDSK hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass die Beschaffung von E-Mail-Adressen zum Zweck der Versendung von Massenwerbung die allgemeinen Grundsätze des DSG in mehrfacher Hinsicht verletzen kann[79]. Einerseits kann – je nach Art und Weise des Vorgehens[80] – der Grundsatz

[74] Siehe Botschaft DSG (FN 58), 449.

[75] Ausführlich zum Ganzen Astrid Epiney, § 9 Allgemeine Grundsätze, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, N 2 ff. sowie Meier (FN 64), N 621 ff.

[76] Siehe schon die Bemerkungen in Kap. IV.2.2.

[77] Ähnliches Vorgehen in Kap. IV.2.2.

[78] Wie noch zu zeigen sein wird, dürfte bereits dieser Vorgang, d.h. die Beschaffung der Mobiltelefonnummer, vorliegend datenschutzrechtlich heikel sein. Es wird aus diesem Grund im Folgenden nicht geprüft, ob auch der blosse Versand datenschutzrechtliche Bedenken erweckt.

[79] Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), insb. E. 5.3–5.7. Dazu auch etwa Dudli (FN 15), 572.

[80] Problematisch ist etwa das wahllose Beschaffen von E-Mail-Adressen via Internet (samt anschliessender Verwendung) (Urteil der EDSK vom 15.4.2005 [FN 63], insb. E. 5.5).

von Treu und Glauben tangiert sein[81]. Andererseits ist auch eine Verletzung des Grundsatzes, dass die Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist, möglich. Dies gilt namentlich dann, wenn die E-Mail-Adressen automatisiert im Internet zusammengesammelt werden. Ein solches Vorgehen schliesst insbesondere eine Zweckangabe i.S.v. Art. 4 Abs. 3 DSG aus. Ebenso ist der Zweck diesfalls nicht aus den Umständen ersichtlich[82].

Hieraus ist für den Untersuchungsgegenstand immerhin[83] Folgendes abzuleiten: Die dem Versand politischer SMS vorgelagerte Beschaffung der Mobiltelefonnummer kann in verschiedener Hinsicht gegen die Bearbeitungsgrundsätze des DSG verstossen. Dies dürfte umso eher gelten, je mehr sich die Art der Beschaffung im konkreten Fall denjenigen Methoden angleicht, die üblicherweise im Zusammenhang mit dem Versand unerwünschter Werbe-E-Mails zur Anwendung gelangen[84]. Klarerweise unzulässig dürfte etwa das massenweise und wahllose Zusammensammeln von Mobiltelefonnummern via Internet[85] sein[86]. Möglich sind auch andere Vorgehensweisen: Realistisch erscheint bspw., dass der Versender der SMS Kontakte zu Personen pflegt, welche zulässiger- oder unzulässigerweise über einen Zugang zu einer Vielzahl von Mobiltelefonnummern verfügen und diese an den Versender weitergeben[87]. Auch dieses Vorgehen erscheint im Hinblick auf die vorgenannten Grundsätze heikel, zumal diejenige Person, die die Daten weitergibt, damit im Regelfall Art. 4 Abs. 3 DSG verletzen dürfte[88].

4. Ansprüche des Betroffenen

4.1. Übersicht

Das DSG stellt den von einer privaten Datenbearbeitung Betroffenen eine Vielzahl von Rechtsbehelfen zur Verfügung. Nachfolgend soll auf zwei entsprechende Anspruchsgruppen eingegangen werden, die im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand von besonderer Bedeutung sein könnten. Dies sind zum einen die Ansprüche bei widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung (Art. 15 DSG). Zum anderen ist es der Auskunftsanspruch (Art. 8 f. DSG).

4.2. Ansprüche aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung

Die Ansprüche aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung werden in Art. 15 DSG normiert und setzen, wie es bereits der Name andeutet, eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung des Betroffenen voraus[89].

Dem Datenbearbeiter ist es verboten, die Persönlichkeit des Betroffenen widerrechtlich zu verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG), wobei die Verletzung der Datenbearbeitungsgrundsätze stets eine Persönlichkeitsverletzung darstellt (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG)[90]. Ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt, ist damit bei Verletzung der allgemeinen Grundsätze lediglich noch davon abhängig, ob ein Rechtfertigungsgrund (Art. 13 DSG) gegeben ist[91]. Die Widerrechtlichkeit wäre zu verneinen, wenn eine Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder eine gesetzliche Grundlage vorliegen würde (Art. 13 DSG).

Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand dürfte nach dem Vorgesagten je nach Art der Beschaffung der Mobiltelefonnummern[92] eine Verletzung der Datenbe-

---

81 Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), insb. E. 5.5.

82 Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), insb. E. 5.6.

83 Auf eine umfassende Analyse der Rechtslage wird verzichtet, da in diesem Zusammenhang eine Vielzahl anderer (möglicher) Beschaffungsvarianten denkbar ist. Ferner sind auch – je nach Sachverhalt – weitere Verletzungen der Datenbearbeitungsgrundsätze möglich. Zu denken ist etwa daran, dass der Versender die Mobiltelefonnummern, nachdem er diese beschafft hat, nicht adäquat gesichert hat (Art. 7 DSG).

84 Damit dürfte namentlich die Wahrscheinlichkeit der Anwendbarkeit der Überlegungen, wie sie dem Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63) zu Grunde liegen, steigen.

85 Denkbar erscheint es etwa, Mobiltelefonnummern auf «Social Community»-Seiten zusammenzutragen, soweit diesbezüglich keine oder nur eine begrenzte Funktionalität besteht, welche ein solches Vorgehen verhindert. Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Mobiltelefonnummer in diesem Fall ggf. öffentlich zugänglich gemacht wurde. In einem solchen Fall liegt i.d.R. keine Persönlichkeitsverletzung vor (Art. 12 Abs. 3 DSG). Siehe dazu im vorliegenden Kontext auch das Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), E. 5.7.

86 Siehe dazu Urteil der EDSK vom 15.4.2005 (FN 63), E. 5.5.

87 Im vorliegenden Fall, der diesem Aufsatz zu Grunde liegt, ist es faktisch so abgelaufen bzw. der Versender hat einen Dritten, der (unzulässigerweise) über einen Zugang zu einer Vielzahl von Mobiltelefonnummern verfügte, mit dem Versand der SMS beauftragt.

88 Eine Ausnahme hiervon wäre – bezogen auf Art. 4 Abs. 3 DSG – selbstredend etwa dann zu machen, wenn die Betroffenen die Mobiltelefonnummern einer politischen Partei freiwillig zur Verfügung gestellt haben (z.B. im Rahmen einer Registrierung auf der Internetseite der Partei) und dabei klar zum Ausdruck gebracht wird, dass die Mobiltelefonnummer z.B. den Kandidaten dieser Partei zur Verfügung gestellt wird.

89 Zum Ganzen etwa Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 15 N 1.

90 Es handelt sich dabei um eine unwiderlegbare Vermutung (Fiktion) (Rosenthal/Jöhri [FN 19], Art. 12 N 14 f.).

91 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 12 N 14.

92 Hierbei ist insb. auch zu prüfen, ob die Mobiltelefonnummern öffentlich zugänglich gemacht wurden, was ggf. die Widerrechtlich-

arbeitungsgrundsätze und damit eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen. Dabei dürfte regelmässig auch die Widerrechtlichkeit zu bejahen sein, da kein Rechtfertigungsgrund auszumachen ist: Eine Einwilligung dürfte zumeist fehlen. Ferner dürfte bei den Methoden, die hier zur Debatte stehen, tendenziell nicht von einem überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesse auszugehen sein[93]. Schliesslich ist keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, die ein solches Vorgehen rechtfertigen würde.

Art. 15 DSG beinhaltet sodann eine Reihe von Ansprüchen, die für den Betroffenen vorliegend von Bedeutung sein könnten. Namentlich können die allgemeinen Rechte zum Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28, Art. 28a und Art. 28l ZGB[94] einschliesslich allfälliger Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 OR[95] und 49 OR)[96] geltend gemacht werden (Art. 15 Abs. 1 DSG).

Wie es sich mit diesen und den weiteren in Art. 15 DSG normierten Ansprüchen im Einzelnen verhält, kann vorliegend jedoch offen bleiben: Wie bereits dargelegt, dürften unerwünschte SMS politischen Inhalts regelmässig nur einmal versandt werden[97]. Damit dürfte das faktische Interesse an diversen Abwehrmöglichkeiten[98] bereits entfallen. Gleich dürfte es sich auch mit allfälligen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen verhalten[99]. Im Ergebnis dürfte davon auszugehen sein, dass das allfällige Interesse des Betroffenen im Regelfall bedeutend kleiner ausfällt als das mit einem in diesem Zusammenhang potentiell durchzuführenden Zivilprozess verbundene Risiko[100].

Der Vollständigkeit halber gilt es zu bemerken, dass, soweit ein Zivilprozess angehoben werden wollte, zuerst noch eruiert werden müsste, wer die Mobiltelefonnummer überhaupt beschafft und sodann verwendet hat. Im Regelfall dürfte es sich dabei um den Kandidaten handeln, der in der SMS empfohlen wird. Andere Konstellationen sind jedoch denkbar[101]. In Anbetracht des Umstands, dass es dem Betroffenen fernmelderechtlich verwehrt sein dürfte, in Erfahrung zu bringen, wer die SMS versandt hat[102], könnte ein allfälliger Zivilprozess bereits an der Unbekanntheit der handelnden Personen scheitern.

4.3. Auskunftsanspruch (Art. 8 f. DSG)

Jede Person kann vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden (Art. 8 Abs. 1 DSG). Als Inhaber einer Datensammlung fungiert diejenige Person, die über den Zweck und Inhalt der Datensammlung entscheidet (Art. 3 lit. i DSG).

Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person unter Strafandrohung im Falle des Unterlassens bzw. fehlerhaften Ausführens (Art. 34 Abs. 1 DSG) u.a. alle verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten mitteilen (Art. 8 Abs. 1 lit. a DSG). Diese Auskunft erfolgt i.d.R. kostenlos (Art. 8 Abs. 5 DSG; Art. 2 VDSG[103]). Unter gewissen Voraussetzungen kann das Auskunftsrecht jedoch eingeschränkt werden (Art. 9 DSG).

---

keit der Persönlichkeitsverletzung ausschliessen würde (Art. 12 Abs. 3 DSG). Siehe dazu auch vorstehend FN 85.

93 Immerhin liesse sich argumentieren, dass insoweit ein relevantes Interesse besteht, als es das verwendete Medium erlaubt, kostengünstig (bzw. kostengünstiger als traditionelle Medien; dazu vorstehend FN 3) auf sich aufmerksam zu machen, was insb. für neue Kandidaten, welche über beschränkte finanzielle Mittel verfügen, von Vorteil sein könnte. Hieraus liesse sich potentiell auch ein allgemeines öffentliches Interesse ableiten, welches darin besteht, dass sich der Wahlkampf nicht bloss auf etablierte, finanzkräftige Organisationen und deren Kandidaten beschränkt, sondern auch «Neulinge» mit begrenzten finanziellen Mitteln hieran wirkungsvoll partizipieren können. Dass solche Interessen jedoch als überwiegend zu qualifizieren sind, erscheint schon nur deshalb zweifelhaft, als unerwünschte Massenwerbung, wozu in diesem Zusammenhang auch der Versand von SMS mit politischem Inhalt zu zählen ist, zu hohen und auch deshalb unerwünschten wirtschaftlichen Kosten führt (siehe statt vieler allgemein Anderhub [FN 25], 6–10).

94 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

95 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220).

96 Ein allfälliger Gewinnherausgabeanspruch (Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 423 OR) dürfte vorliegend zum Vornherein ausser Betracht fallen, weshalb dieser nicht speziell erwähnt wird.

97 Siehe die Bemerkungen in FN 9.

98 Zu nennen ist etwa die Möglichkeit, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Im Kontext des Wahlkampfs beachtenswert (und vielleicht abschreckend) dürfte immerhin die Möglichkeit der Urteilsveröffentlichung sein (Art. 28a Abs. 2 ZGB).

99 Es darf dabei insb. auch bezweifelt werden, dass ein (beweisbarer) Schaden bzw. ein immaterieller Unbill vorliegt. Kritisch hierzu ebenso im Zusammenhang mit unerwünschten Werbe-E-Mails Dudli (FN 15), 570. Ähnlich auch Anderhub (FN 25), 35.

100 So im Kontext von unerwünschten Werbe-E-Mails im Zusammenhang mit dem allgemeinen Zivilrecht auch Dudli (FN 15), 570 f.

101 Siehe u.a. bereits die Bemerkungen in FN 32. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass auch das Beschaffen der Mobiltelefonnummern und das Versenden von verschiedenen Personen durchgeführt werden kann. Immerhin dürfte der Versender zugleich auch in solchen Fällen als Beschaffer zu qualifizieren sein, da er die Mobiltelefonnummern vom «eigentlichen» Beschaffer für den Versand beschafft.

102 Vorstehend Kap. II.2.

103 Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) (SR 235.11).

Im vorliegenden Kontext könnte es der Auskunftsanspruch dem Betroffenen erlauben, herauszufinden, auf welchem Weg die Mobiltelefonnummer beschafft werden konnte. Diese Frage dürfte bereits deshalb von nicht bloss untergeordneter Bedeutung sein, als Mobiltelefonnummern, wie bereits angedeutet[104], regelmässig nicht öffentlich zugänglich sein dürften und es den Betroffenen daher regelmässig besonders interessieren dürfte, aus welchem «Leck» die Mobiltelefonnummer stammt.

Dabei gilt es jedoch mehrere Aspekte zu beachten: Vorab muss überhaupt festgestellt werden, wer als Inhaber einer Datensammlung in Betracht kommt. Faktisch muss somit zuerst eruiert werden, wer die SMS verschickt hat[105]. Es wurde bereits festgehalten, dass insoweit kein fernmelderechtlicher Anspruch auf Herausgabe entsprechender Verbindungsdaten besteht[106]. Der Auskunftsanspruch könnte somit – ähnlich wie dies bei den Ansprüchen i.S.v. Art. 15 DSG der Fall ist[107] – bereits an diesem Aspekt scheitern.

Selbst wenn dies nicht der Fall ist, müsste noch geklärt werden, ob überhaupt eine Datensammlung vorliegt. Eine Datensammlung stellt dabei jeder Bestand von Daten dar, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind (Art. 3 lit. g DSG). Eine Datensammlung kann somit u.a.[108] nur dann vorliegen, wenn ein Datenbestand Informationen über mehr als eine Person enthält und die Angaben nach den Personen erschliessbar sind[109]. Erstgenannte Voraussetzung dürfte vorliegend zumeist klarerweise erfüllt sein, da davon ausgegangen werden kann, dass im Rahmen des vorliegenden Kontexts der Versand einer Vielzahl von SMS angestrebt und insoweit auch regelmässig ein Bestand von mehreren Mobiltelefonnummern geführt werden dürfte, der in der Folge den Versand entsprechender SMS erlaubt. Damit ist noch auf das Kriterium der Erschliessbarkeit einzugehen. Dieses setzt voraus, dass es dem Bearbeiter mit vernünftigem Aufwand möglich ist, die zur entsprechenden Person gehörenden Daten aufzufinden[110]. Es wird dabei nicht vorausgesetzt, dass die Daten anhand der Namen der Personen gegliedert sind. Vielmehr genügt es, wenn anhand anderer Kriterien eine Aufgliederung nach der relevanten Person erfolgen kann[111]. Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt darf daher angenommen werden, dass allfällige Listen von Mobiltelefonnummern, die im Vorgang zum Versand politischer SMS angelegt werden, Datensammlung darstellen[112], da die entsprechenden Daten – d.h. die Mobiltelefonnummern samt potentieller Zusatzinformationen[113] – anhand der Mobiltelefonnummer nach der betroffenen Person erschliessbar sind. M.a.W. fungieren die im Zentrum stehenden Daten zugleich als Gliederungsschlüssel[114].

---

104 Siehe auch die Bemerkungen in Kap. IV.2.2 und Kap. IV.3.2.

105 Es ist denkbar, dass die Beschaffung der Mobiltelefonnummer und der Versand von verschiedenen Personen ausgeführt werden (siehe dazu auch vorstehend FN 101). Selbst in diesem Fall, in welchem nicht gänzlich klar ist, wer potentiell Inhaber einer Datensammlung ist, muss faktisch zuerst festgestellt werden, wer die SMS verschickt hat. Ohne diesen Vorgang dürften die relevanten Beteiligten kaum in Erfahrung zu bringen sein.

106 Vorstehend Kap. II.2.

107 Vorstehend Kap. IV.4.2.

108 Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 82–98. Hierzu gehört etwa, dass eine Datensammlung selbstredend nur an Daten bestehen kann (Rosenthal/Jöhri [FN 19], Art. 3 N 85). Es wird vorliegend davon ausgegangen, dass Mobiltelefonnummern derartige Daten darstellen (dazu vorstehend Kap. IV.2.2).

109 Belser (FN 57), Art. 3 N 32.

110 Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 90. In diesem Sinne auch Botschaft DSG (FN 58), 447 f.

111 Botschaft DSG (FN 58), 447 f. Siehe ferner Rosenthal/Jöhri (FN 19), Art. 3 N 90 mit Beispielen.

112 Dies wird in der Literatur – teilweise ohne weitere Analyse des Begriffs der Datensammlung – im Kontext des Sammelns und Verwendens von E-Mail-Adressen zum Versand von «SPAM» teilweise ohne weitere Begründung bzw. Einschränkung bejaht. Siehe etwa Anderhub (FN 25), 34.

113 Denkbar erscheint es, dass im Zusammenhang mit den Mobiltelefonnummern weitere Informationen beschafft werden (z.B. der Name und die vollständige Adresse und dergleichen).

114 Hieran, d.h. an der Qualifikation einer solchen Aufstellung als Datensammlung, würde nach der hier vertretenen Auffassung auch der Umstand nichts ändern, dass die betroffene Person durch den Bearbeiter ggf. nicht unmittelbar bzw. gar nicht identifiziert werden kann, was z.B. dann der Fall ist, wenn die Namen der entsprechenden Personen nicht bekannt (und/oder z.B. auf der Liste mit Mobiltelefonnummern nicht aufgeführt) sind. Es ist daran zu erinnern, dass das Gesetz einzig verlangt, dass die Daten, die zu einer bestimmten Person gehören, mit einem verhältnismässigen Aufwand gefunden werden können (Botschaft DSG [FN 58], 448). Dies wäre nach der hier vertretenen Auffassung in einem solchen Fall zu bejahen: Wenn die betroffene Person ein Auskunftsbegehren i.S.v. Art. 8 DSG stellt und dabei ihre Mobiltelefonnummer mitteilt, kann, soweit die Mobiltelefonnummer als Gliederungskriterium fungiert, ohne grossen Aufwand nach (allenfalls weiteren) zugehörigen Daten gesucht werden, die in der entsprechenden Liste vermerkt sind. Anders zu entscheiden, d.h. zu verlangen, dass eine Datensammlung nur dann vorliegt, wenn der Name der betroffenen Person verzeichnet ist, würde bedeuten, dass ein Grossteil des Sammelns von Informationen im Zusammenhang mit unerwünschter Werbung jeglicher Art (insb. auch das Sammeln von E-Mail-Adressen zum Versand von Werbe-E-Mails) diesem Bereich entzogen wäre, da den Sammlern/Verwendern die Namen der Personen regelmässig nicht bekannt sein dürften. Soweit neben den Mobiltelefonnummern keine weiteren Informationen vorliegen, liesse sich noch die zusätzliche Frage aufwerfen, ob eine blosse Liste von Mobiltelefonnummern tatsächlich als Datensammlung zu qualifizieren ist, zumal hinsichtlich der einzelnen Person lediglich ein einzelner Datensatz, d.h. die

Damit dürfte dem Betroffenen gegenüber dem Inhaber der Datensammlung, d.h. i.d.R. dem Versender[115], soweit dieser überhaupt eruiert werden kann, grundsätzlich ein Auskunftsanspruch zustehen[116]. Da der Auskunftsanspruch insbesondere Informationen zur Herkunft der Daten[117] umfasst, dürfte dieser den Betroffenen dazu befähigen, gegen das «Datenleck» vorzugehen[118].

V. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass der Untersuchungsgegenstand lauterkeitsrechtlich unproblematisch ist, was sich auch dahingehend auswirkt, dass Betroffene fernmelderechtlich nicht in Erfahrung bringen können, wer entsprechende SMS versandt hat.

Auch im strafrechtlichen Kontext dürfte sich ein solcher Versand im Regelfall als unproblematisch erweisen.

Anders verhält es sich hinsichtlich des auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand anwendbaren DSG: Die vor dem Versand regelmässig erfolgende Beschaffung der Mobiltelefonnummern kann in Abhängigkeit des konkreten Vorgehens verschiedene datenschutzrechtliche Grundsätze verletzen und damit einen Anknüpfungspunkt für verschiedene Ansprüche aufgrund widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung bilden. Ferner dürfte das Führen von Listen mit Mobiltelefonnummern im Vorgang zum Versand der SMS potentiell als Datensammlung zu qualifizieren sein, was es dem Betroffenen erlaubt, mittels des datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruchs in Erfahrung zu bringen, woher die Mobiltelefonnummern stammen und allfällige Massnahmen gegen das «Datenleck» zu ergreifen. Alle diese Instrumente setzen jedoch voraus, dass der Betroffene überhaupt in Erfahrung bringen kann, wer die SMS versandt hat. Da es sich beim unerwünschten Versand politischer SMS um keine unlautere Massenwerbung i.S. des UWG handelt und damit der fernmelderechtliche Auskunftsanspruch entfällt, könnten die vorgenannten datenschutzrechtlichen Ansprüche – je nach Sachverhaltskonstellation – praktisch irrelevant sein. Insoweit ist in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand ein gewisses Regelungsdefizit auszumachen. *De lege ferenda* erscheint es daher wünschenswert, diesem Defizit durch eine Anpassung des Fernmelderechts zu begegnen. Hierdurch würde es den Betroffenen ermöglicht, die dargestellten Abwehrmassnahmen – sowie allfällige zusätzliche Rechtsbehelfe, die sich aus weiteren, vorliegend nicht untersuchten Bereichen[119] ergeben – tatsächlich zu beanspruchen. Das Einschreiten des Gesetzgebers erscheint gerade im Hinblick darauf geboten, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass unerwünschte SMS politischen Inhalts in Zukunft vermehrt zum Einsatz gelangen.

Mobiltelefonnummer, vorhanden ist. M.a.W. stellt sich die Frage, ob eine Datensammlung nur dann vorliegt, wenn zu mehreren Personen mehrere Datensätze (d.h. unterschiedliche Daten) bestehen. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung zu verneinen, da in quantitativer Hinsicht einzig erforderlich ist, dass sich der Datenbestand auf mehrere Personen bezieht (Botschaft DSG [FN 58], 447 f.; ebenso i.A. Meier [FN 64], N 562 m.w.H.).

115 Im Einzelfall kann es sich auch so verhalten, dass eine andere Person über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheidet (Art. 3 lit. i DSG).

116 Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass ein solcher Anspruch von keinen weiteren Voraussetzungen abhängt (siehe etwa Rosenthal/Jöhri [FN 19], Art. 8 N 5 m.w.H.). Theoretisch könnte der Auskunftsanspruch daran scheitern, dass dem Inhaber der Datensammlung ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht (Art. 9 Abs. 1 DSG). Davon ist vorliegend nicht auszugehen: Die Auskunftsverweigerung wäre dann denkbar, wenn eine gesetzliche Grundlage (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG) bestehen würde oder die Auskunftsverweigerung wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich wäre (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG). Anhaltspunkte hierfür bestehen nicht.

117 Einschränkend gilt es zu bemerken, dass nur diejenigen Informationen zur Herkunft offenzulegen sind, über die der Inhaber der Datensammlung überhaupt verfügt (Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG). M.a.W. muss der Inhaber der Datensammlung nicht gezielt Informationen bzgl. der Herkunft der Daten anlegen bzw. aufbewahren (in diesem Sinne Meier [FN 64], N 1038).

118 Als Grundlage könnte wiederum das Datenschutzrecht dienen. Denkbar erscheint, dass diejenige Person, welche die Mobiltelefonnummern weitergegeben hat, u.a. gegen den Grundsatz, dass Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Beschaffung angegeben wurde (Art. 4 Abs. 3 DSG), verstossen hat. Hierauf und auf allfällige weitere Anspruchsgrundlagen gegen das «Datenleck» wird an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen.

119 Zu denken ist u.a. an die Bereiche der allgemeinen Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ff. ZGB) und des Sachenrechts (Eigentums- [etwa Art. 641 Abs. 2 ZGB] und Besitzesrecht [etwa Art. 928 ZGB]), welche im Zusammenhang mit unerwünschten Werbe-E-Mails regelmässig behandelt werden. Siehe dazu etwa Anderhub (FN 25), 27–32 und 37–39 sowie Dudli (FN 15), 569 f.