



Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern

Wichtigste Ergebnisse des Berichts des Bundesrates vom 11. Dezember 2015

1 Einleitung

Anlässlich der Verabschiedung des Berichts "Rechtliche Basis für Social Media"¹ hat der Bundesrat am 9. Oktober 2013 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beziehungsweise das Bundesamt für Justiz (BJ) beauftragt, die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern und Providern zu prüfen und bis Ende 2015 bei allfälligem gesetzgeberischem Handlungsbedarf eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Am 6. Juni 2014 hat der Bundesrat zudem das EJPD beziehungsweise das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) beauftragt, die Vorschläge der Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (AGUR12) umzusetzen und bis Ende 2015 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten. Die Arbeiten zu den beiden Projekten sind dabei zu koordinieren.²

Um den erstgenannten Auftrag zu erfüllen, wurde eine interdepartementale Arbeitsgruppe unter Federführung des BJ mit Vertretern des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM), des IGE und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) eingesetzt.

Gestützt auf die Arbeiten der Arbeitsgruppe hält der Bundesrat ein rechtsgebietsübergreifendes Gesetzgebungsprojekt zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern derzeit für nicht angebracht. Der Bericht "Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern"³ legt die Gründe dafür ausführlich dar und trägt dabei der technischen und rechtlichen Komplexität der Materie Rechnung. Das vorliegende Papier soll in Ergänzung zum Bericht einen Überblick über die wichtigsten Erkenntnisse und Beweggründe des Bundesrates ermöglichen.

2 Aufbau und Gegenstand des Berichts

Der Bericht hat zum Ziel festzustellen, ob ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich der zivilrechtlichen Providerhaftung besteht. Zu diesem Zweck wird die aktuelle Rechtslage in der Schweiz dargestellt, wie (und soweit) sie sich aus Lehre und Rechtsprechung ergibt.⁴ Dem schliessen sich eine Würdigung der aktuellen Rechtslage sowie ein Ausblick auf die künftige Rechtsentwicklung an.⁵ Daraus ergibt sich schliesslich die Schlussfolgerung des Bundesrates, der einen über das Urheberrecht hinausgehenden, allgemeinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf als nicht gegeben erachtet. Der Bundesrat hat deshalb Regelungen zur zivilrechtlichen Providerhaftung ausschliesslich in die Vernehmlassungsvorlage zur Modernisierung des Urheberrechts aufgenommen. Im Bericht über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern wird des Weiteren die rechtliche Situation in Europa und in den USA rechtsvergleichend berücksichtigt. Ein ausführliches rechtsvergleichendes Gutachten wurde vom Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR) erstellt und wird gleichzeitig mit dem Bericht veröffentlicht werden.

Der Bericht untersucht die Verantwortlichkeit von Providern im *Zivilrecht*. Die allfällige *strafrechtliche* Verantwortlichkeit von Providern wird nicht näher thematisiert. Das Strafrecht wird nur dort beigezogen, wo es für das Verständnis der zivilrechtlichen Rechtslage dienlich ist.

Der Bericht geht von einem weiten Verständnis der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit aus. Konkret geht es dabei um Persönlichkeitsverletzungen, unlauteres Verhalten und Verlet-

¹ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011 "Rechtliche Basis für Social Media" vom Herbst 2013, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch > Themen > Informationsgesellschaft > Berichte und Publikationen.

² Vgl. die Medienmitteilung des Bundesrates vom 6. Juni 2014 "Bundesrat will Urheberrecht modernisieren", abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=53259>.

³ Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015 (nachfolgend: Bericht), abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news.html>.

⁴ Bericht (Fn. 3), Ziff. 3 ff.

⁵ Bericht (Fn. 3), Ziff. 7.

zungen von geistigem Eigentum (Urheberrechte, Markenrechte). Untersucht werden sowohl Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung von Rechtsverletzungen (sog. negatorische Ansprüche) als auch Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung (sog. reparatorische Ansprüche). Auch Ansprüche auf Auskunft (z.B. auf die Bekanntgabe von Inhabern von IP-Adressen) werden untersucht. Der Einfachheit halber werden diese Aspekte zusammengefasst und als "Providerhaftung" bezeichnet. Nicht behandelt werden Ansprüche wegen Vertragsverletzungen von Providern, da diese – soweit ersichtlich – keine besonderen Probleme aufwerfen.⁶

Fallbeispiele:

- Eine Person fühlt sich durch einen Beitrag in einem Online-Blog in ihrer Persönlichkeit verletzt und möchte vom Blog-Betreiber die Löschung des Beitrags erwirken.
- Über eine Website werden irreführende und damit unlautere Informationen über ein Unternehmen verbreitet. Das betroffene Unternehmen möchte den Zugriff auf die Website sperren lassen.
- Über eine Filesharing-Plattform lassen sich Dateien von Musikstücken aus unlizenziierten Quellen herunterladen. Die Namen der Personen, die die Dateien dort hochgeladen haben, sind unbekannt beziehungsweise es sind nur deren IP-Adressen bekannt. Die Inhaber der Urheberrechte möchten erfahren, welche konkreten Personen hinter den IP-Adressen stecken, damit sie gegen diese gerichtlich vorgehen können.

3 Begriffliches

Für die Regelung der Pflichten in der Online-Kommunikation ist wesentlich, welche Rolle ein Beteiligter im Kommunikationsverlauf spielt. Die möglichen Kategorien sind im schweizerischen Recht bislang nicht mit allgemeiner Geltung rechtsverbindlich definiert worden. Es gibt aber verschiedene Ansätze zur abstrakten Umschreibung der Rollen, die sich in amtlichen Berichten, Gesetzesentwürfen, internationalen Erlassen, Gerichtsurteilen und der rechtswissenschaftlichen Literatur finden. Allgemein bekannt und gebräuchlich sind die folgenden drei Grundkategorien:

- **Inhaltsanbieter** (Content Provider): Bieten auf einer technischen Infrastruktur Inhalte an.
- **Hosting Provider** (Webhoster): Stellen gegen Entgelt technische Infrastruktur (Speicherplatz, Rechenkapazität, Übermittlungskapazität) für die automatisierte Aufschaltung von Daten zur Verfügung. Sie haben in der Regel keine eigene redaktionelle Verantwortung, sind aber je nach Konstellation⁷ technisch in der Lage, auf ihren Computern gespeicherte und als unerwünscht erkannte Inhalte zu löschen.
- **Access Provider** (Internetzugangsanbieter): Sie bieten nicht Infrastruktur für die Datenablage an, sondern stellen lediglich die technische Verbindung zu den Servern der Hosting Provider sicher (oder auch nur einen Teilabschnitt dieser Verbindung). Im Gegensatz zu den Hosting Providern handelt es sich bei ihnen um Fernmeldedienstleister i.S. des Fernmeldegesetzes⁸, denn sie transportieren Informationen zwischen mindestens zwei anderen Parteien (Art. 3 Bst. b FMG). Access Provider sind typischerweise nicht in der Lage, unerwünschte Inhalte zu löschen (da sie nicht auf ihren Servern gespeichert sind). Denkbar ist allerdings, dass sie gezielt den Zugang zu bestimmten Inhalten blockieren können (Sperrung). Eine solche Sperrung wirkt aber immer nur gegenüber den Kunden des betreffenden Zugangsanbieters.

⁶ Einschränkung: Die Arbeitsgruppe befasste sich mit vertraglichen Ansprüchen, welche Ausfluss von anderen, deliktischen Ansprüchen sein könnten (Bsp.: ein Provider, der auf Hinweis von geschädigten Dritten Inhalte entfernt, verletzt dadurch unter Umständen den Vertrag mit seinem Kunden).

⁷ Mitunter kann der Hosting Provider auf einem von ihm vermieteten Server nicht einzelne Inhalte löschen, sondern lediglich den vermieteten Server insgesamt ausser Betrieb setzen.

⁸ FMG; SR 784.10.

Aufgrund des schnellen technischen Wandels und der sehr unterschiedlichen Erscheinungsformen ist eine Einteilung von Providern in starre Kategorien problematisch. Die rechtliche Einordnung der verschiedenen Akteure sollte daher möglichst technologieneutral sein. Zentrales Kriterium bei der Bildung der Kategorien und den damit verbundenen Rechten und Pflichten der Provider soll nach Meinung des Bundesrates die Inhaltsnähe sein: Wie nahe ist ein Akteur am Inhalt, der online zugänglich gemacht wird? Welche Möglichkeiten hat er, um auf diesen Inhalt Einfluss zu nehmen, ihn zu ändern, zu entfernen oder zu sperren? Inwiefern ist es rechtspolitisch erwünscht, dass er von diesen Möglichkeiten Gebrauch macht oder sie noch intensiver nutzt?

Der Einfachheit halber empfiehlt es sich, zumindest als Ausgangspunkt an die oben umschriebenen drei Grundkategorien anzuknüpfen. Sie werden auch in der Rechtsprechung und der Literatur benutzt.

Bei den *Inhaltsanbietern* wird der oft gewählte Begriff "Content Provider" bewusst vermieden. Dadurch soll der fundamentale Unterschied in der Nähe zum kommunizierten Inhalt verdeutlicht werden: Hosting und Access Provider erbringen zugunsten der Inhaltsanbieter und deren Kunden (und anderer Akteure) eine *weitgehend automatisierte Dienstleistung*. Anders als die Inhaltsanbieter (Content Provider) befassen sich die Hosting Provider und erst recht die Access Provider nicht mit der Aufschaltung von Inhalten, die sie selbst individuell gestalten oder auswählen. Die Verwendung des Begriffs Provider für alle drei Kategorien kann deshalb schnell zu Missverständnissen führen. Auch bei den Inhaltsanbietern gibt es aber solche, die Inhalte automatisch generieren. Sie stehen dem Inhalt zwar weniger nah als andere Inhaltsanbieter, aber dennoch näher als Hosting und Access Provider, welche nur den Zugang zu Informationen Dritter ermöglichen. Man sollte sich daher bewusst sein, dass die Übergänge zwischen den Kategorien fließend sind und zahlreiche Misch- oder Sonderformen bestehen (z.B. Social Media-Plattformen und Suchmaschinenbetreiber). Darüber hinaus lassen sich verschiedene Akteure nicht ohne Schwierigkeiten in die obigen Umschreibungen einordnen. Dies gilt etwa für Linksetzer oder für Dienste, die Werbung zwischen Werbeanbietern und Inhaltsanbietern vermitteln.

Namentlich der Kategorie der *Hosting Provider* werden von Lehre und Rechtsprechung verschiedene Anbieter zugerechnet, deren Dienstleistungen über das herkömmliche Hosting hinausgehen. Herkömmliche Hosting Provider stellen die technische Infrastruktur für die automatisierte Aufschaltung von Daten zur Verfügung, kommen mit den Daten selbst jedoch nur indirekt in Berührung und haben daher als inhaltsfern zu gelten. Bereits näher am Inhalt sind Social Media-Plattformen wie Facebook, Twitter oder auch YouTube, welche ihren Nutzern einen Rahmen zum Austausch selbst kreierter oder aufgegriffener Inhalte zur Verfügung stellen. Sie entscheiden über die Möglichkeiten der Interaktion sowie der Verbreitung von Inhalten, überprüfen aber die riesigen Datenmengen, welche von ihren Nutzern rund um die Uhr aufgeschaltet werden, in der Regel nicht präventiv.⁹ Ähnlich verhält es sich mit Auktionsplattformen in Bezug auf die Angebote ihrer Nutzer. Näher am Inhalt sind die Betreiber von Blog-Plattformen, welche Einfluss auf die Auswahl der Autoren nehmen können, oder Meinungsforen, welche oftmals über registrierte Nutzer verfügen. Die aufgeschalteten Inhalte sind hier in der Regel überschaubarer und die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Inhalte bereits ziemlich gross. Foren werden denn auch regelmässig moderiert. Eine grosse Inhaltsnähe ist schliesslich bei Newsportalen oder Blogbetreibern in Bezug auf die Kommentare ihrer Leser gegeben. Diese sehr unterschiedlichen Möglichkeiten zur redaktionellen Einflussnahme sind bei der Prüfung der Rechte und Pflichten von Hosting Providern stets zu berücksichtigen.

⁹ Vgl. dazu auch den Bericht des Bundesrates "Rechtliche Basis für Social Media" (Fn. 1). YouTube gibt etwa an, dass pro Minute 300 Stunden Videomaterial hochgeladen werden (<https://www.youtube.com/yt/press/de/statistics.html>, zu dem Beispiel auch Fountoulakis/Francey, *medialex* 2014, 182).

4 Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung von rechtsverletzenden Inhalten

Ansprüchen auf Beseitigung oder Unterlassung von rechtsverletzenden Inhalten (sog. negatorischen Ansprüchen) kommt im Kontext des Internets grosse Bedeutung zu. Wer beispielsweise auf einer Social Media-Plattform in seiner Ehre angegriffen wird, hat ein Interesse daran, dass der entsprechende Eintrag so schnell wie möglich entfernt wird; Rechteinhaber, deren urheberrechtlich geschützte Werke unerlaubt zum Download angeboten werden, werden dies verhindern wollen. Trotz dieser Praxisrelevanz ist bisher nur ein einziger Entscheid des Bundesgerichts zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit eines Providers ergangen, der zudem nicht in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide aufgenommen wurde;¹⁰ es ist deshalb fraglich, ob das Bundesgericht das Urteil als Grundsatzentscheid betrachtet. Im betreffenden Entscheid "Tribune de Genève" ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, von einer Blog-Hosterin könne verlangt werden, dass sie den persönlichkeitsverletzenden Blogbeitrag eines Autors entfernt, auch wenn sie vom Inhalt des Blogs vorgängig nichts wisse. In seiner Begründung berief sich das Bundesgericht auf den Wortlaut von Artikel 28 Absatz 1 ZGB¹¹, wonach gegen jede Person vorgegangen werden kann, die an einer Persönlichkeitsverletzung *mitwirkt*. Wie bei Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen üblich, sei zudem *kein Verschulden* des Providers *erforderlich*. Im Übrigen sei es Sache des Gesetzgebers, eine allfällige Unangemessenheit bei der Anwendung des geltenden Rechts auf das Internet und auf Blog-Hoster zu korrigieren.

Der Entscheid wurde in der Lehre kritisch aufgenommen. Zwar stimmten verschiedene Autoren einem Beseitigungsanspruch gegen die Tribune de Genève im Ergebnis zu. Sie kritisierten aber, dass das Bundesgericht pauschal Klagen gegen jeden an einer Persönlichkeitsverletzung Mitwirkenden für möglich erklärte und es somit unterlassen habe, mögliche Einschränkungen vorzunehmen. Weiter wurde kritisiert, dass der Blog-Hosterin ein Teil der Kosten auferlegt wurde, ohne dass sie vorher abgemahnt worden sei und dadurch die Möglichkeit gehabt habe, dem Anspruch freiwillig nachzukommen. Die Tragweite dieses Entscheids und seine Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete sind zurzeit nicht geklärt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass der Kreis derjenigen, die mit einer Beseitigungs- oder Unterlassungsklage in Anspruch genommen werden können, sowohl im Lauterkeits- als auch im Immaterialgüterrecht etwa ähnlich weit gefasst ist wie im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht.¹²

Die Passivlegitimation, das heisst der Kreis derjenigen, gegen die Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche grundsätzlich bejaht werden können, sollte jedoch nicht uferlos sein: gewisse Anforderungen an die Erheblichkeit eines Tatbeitrags sollten aus rechtspolitischer Sicht erfüllt sein. So wäre es beispielsweise nicht sachgerecht, Beseitigungsansprüche auch gegen Stromlieferanten von Providern zuzulassen, obwohl sie im Grunde genommen durch die Lieferung von Strom an einer Rechtsverletzung mitwirken. Das geltende Recht erlaubt schon heute eine Berücksichtigung dieser Umstände. So ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Gerichte sind daher verpflichtet, eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass die Durchsetzung der gerichtlichen Anordnung weitere Interessen der beziehungsweise des Beklagten oder Dritter beeinträchtigen kann. Berücksichtigt werden sollten auch die Kosten einer Massnahme und die Frage, ob ein Provider sich gegenüber seinen Kundinnen und Kunden haftbar machen könnte, wenn er dem Anspruch auf Beseitigung nachkommt. Auch die menschenrechtlichen Garantien freier Kommunikation (Art. 16 BV¹³ und Art. 10 EMRK¹⁴) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sind zu beachten. Selbst wenn für die Bejahung eines Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs ein ganz untergeordneter Tatbeitrag genügt, sollte der Tatbeitrag nur dann rechtlich relevant sein, wenn er adäquat kausal ist. Das heisst, die fragliche Ursache muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet sein,

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013.

¹¹ Zivilgesetzbuch; SR 210.

¹² Dies ist im Immaterialgüterrecht nicht unumstritten, vgl. dazu Ziff. 3.2.5 a) des Berichts (Fn. 3).

¹³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101.

¹⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101.

die betreffende Rechtsverletzung herbeizuführen. Die Rechtsverletzung muss mit anderen Worten durch das Verhalten des Providers allgemein als begünstigt erscheinen. Dort, wo der Bezug zur Rechtsverletzung verschwindend klein ist oder der Provider diese vernünftigerweise nicht verhindern oder beseitigen kann, ist ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch zu verneinen.

Bei der Frage der Verantwortlichkeit für Inhalte im Internet sollte nach Ansicht des Bundesrates das Kriterium der *Inhaltsnähe* des betreffenden Providers massgebend sein. Um den Rechtsschutz der Betroffenen zu gewährleisten, ist es erwünscht, dass inhaltsnahe Anbieter wie *Plattformbetreiber* durch negatorische Ansprüche – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – zur Beseitigung von rechtsverletzenden Inhalten angehalten werden können. Reine Zugangsvermittler (*Access Provider*) erbringen ihre Leistungen hingegen weitgehend automatisiert und ermöglichen den Zugang zum Internet. Man kann von ihnen vernünftigerweise nicht verlangen, auf die gespeicherten Inhalte direkt Einfluss zu nehmen. Ansprüche gegen Access Provider sollten daher in der Regel schon mangels adäquat kausalen Tatbeitrags zu einer Rechtsverletzung ausscheiden. Zu beachten ist auch, dass Access Provider den Zugang zu rechtsverletzenden Inhalten im Grunde nur mittels Sperren (IP- oder DNS-Blocking) verhindern können, wobei die Verhältnismässigkeit der technischen Massnahmen in jedem Einzelfall besonders sorgfältig zu prüfen ist. Dabei gilt es auch so weit wie möglich zu verhindern, dass neben den rechtswidrigen auch rechtmässige Inhalte gesperrt werden (sog. *Overblocking*).

Bei Unterlassungsansprüchen stellt sich weiter die Frage, inwieweit Provider verpflichtet werden können, rechtswidrige Inhalte nicht bloss zu entfernen, sondern auch deren erneutes Hochladen zu verhindern (sog. *stay down*). Dies würde eine Überwachung der hochgeladenen Inhalte voraussetzen. Diese Frage wird regelmässig nur bei *Hosting Providern* relevant, da Access Provider nicht beziehungsweise nur mit unverhältnismässigem Aufwand in der Lage wären, alle von ihnen übermittelten Inhalte zu überwachen. Die Lehre lehnt jedoch auch gegenüber Hosting Providern solche *Stay-Down-Anordnungen* ab. Die Gerichte sind bei Unterlassungsansprüchen in besonderem Masse gefordert, die Verhältnismässigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass ein Gericht nach geltendem Recht höchstens die (erneute) Mitwirkung an einer bestimmten, konkret drohenden Rechtsverletzung verbieten wird. Da dies sachgerecht ist, sieht der Bundesrat keinen Bedarf für eine rechtsgebietsübergreifende Regelung von Unterlassungsansprüchen gegenüber Providern.

Im Bericht wird auch geprüft, ob zur Verbesserung der Rechtssicherheit gesetzlich geregelt werden soll, gegen welche Kategorien von Internetakteuren Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden können und gegen welche dies ausgeschlossen sein soll. Mit Rücksicht auf die sich ständig weiterentwickelnden Konstellationen, die kaum gesetzlich erfasst werden könnten, wurde auf eine solche gesetzliche Regelung jedoch verzichtet. Zudem enthält das geltende Recht nach Ansicht des Bundesrates ein ausreichendes Instrumentarium, mit dem die Gerichte überschüssende Verantwortlichkeiten verhindern können.

5 Ansprüche auf Schadenersatz

Ein Provider haftet im Rahmen der ausservertraglichen Haftung (Art. 41 OR¹⁵) nur dann auf Schadenersatz, wenn ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Im Gegensatz zu den vorne besprochenen Ansprüchen auf Beseitigung oder Unterlassen muss den Provider also ein *Verschulden* treffen. Da es nur in seltenen Fällen um ein vorsätzliches Verhalten der Provider gehen dürfte, ist die zentrale Frage diejenige nach den *Sorgfaltspflichten*, die der Provider beachten muss, um nicht fahrlässig zu handeln. Aktuell bestehen

¹⁵ Obligationenrecht; SR 220.

in der Schweiz weder gesetzliche Regelungen noch aussagekräftige Gerichtsentscheide zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten für Provider.

Bei der Frage nach der erforderlichen Sorgfalt sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden. Wurde der Provider auf die Rechtsverletzungen hingewiesen? Hätte er mit den Rechtsverletzungen aufgrund besonderer Umstände rechnen können oder müssen? Wäre von einem Provider gar generell zu verlangen, dass er die Inhalte seiner Nutzer auf Rechtsverletzungen untersucht?

Für *Access Provider* wird in der Lehre vertreten, dass eine Schadenersatzpflicht schon deshalb ausser Betracht fallen müsse, weil die blossе Zugangverschaffung zum Internet beziehungsweise Bereitstellung der Infrastruktur ein zu untergeordneter Tatbeitrag sei. Es mangle insofern an der adäquaten Kausalität ihres Tatbeitrags.¹⁶ Eine allgemeine Überwachungsbeziehungsweise Prüfungspflicht für *Access Provider* wird – ähnlich wie in der entsprechenden EU-Regelung¹⁷ – abgelehnt.

Für *Hosting Provider* (einschliesslich der Plattformbetreiber) wird die adäquate Kausalität von der herrschenden Lehre bejaht, da etwa das Bereitstellen von Speicherplatz oder von Kommunikationsinfrastrukturen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sei, Rechtsverletzungen zu begünstigen. Eine generelle Kontrollpflicht der Hosting Provider bezüglich rechtswidriger Inhalte wird von der Lehre allerdings abgelehnt. Vielmehr wird die Meinung vertreten, dass Hosting Providern nur dann mangelnde Sorgfalt vorgeworfen werden könne, wenn sie nach konkreten *Hinweisen* auf eine *offenkundige* Rechtsverletzung untätig geblieben sind und die ihnen zumutbaren Massnahmen nicht ergriffen haben.¹⁸ Diese Auffassung wird vom Bundesrat geteilt. Nur bei offenkundigen Rechtsverletzungen sollte der Provider Inhalte von sich aus entfernen müssen, um einer Schadenersatzpflicht zu entgehen. Wollte man Provider schon bei zweifelhaften Rechtsverletzungen anhalten, Inhalte zu entfernen, würde dies die Gefahr einer Privatzensur und des Löschens rechtmässiger Inhalte bergen.

Im *Code of Conduct Hosting (CCH)* der Swiss Internet Association (Simsa) wird im Sinne einer Selbstregulierung ein Notice-and-Takedown-Verfahren propagiert. Da der CCH von führenden Branchenvertretern erarbeitet wurde, kann von einer gewissen Branchenakzeptanz ausgegangen werden. Danach müssen sich Hosting Provider keine Kenntnis darüber verschaffen, welche Inhalte ihre Kunden speichern, verarbeiten und zugänglich machen. Sie sind auch nicht zu einer aktiven Überwachung der Inhalte verpflichtet. Hosting Provider sollen jedoch Mitteilungen über Rechtsverletzungen entgegennehmen, prüfen und angemessen darauf reagieren. Der Hosting Provider kann den Zugang zu einer Website sperren, wenn ein ausreichender Hinweis (sog. "Notice") bei ihm eingegangen ist, der mit hoher Wahrscheinlichkeit unzulässige Inhalte betrifft. Auch Social Media Sites wie Facebook und Twitter sehen Notice-and-Takedown-Verfahren in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese Selbstregulierungsmassnahmen werden vom Bundesrat begrüsst.

Der Bundesrat befürwortet eine Abstufung der Sorgfaltspflichten nach der Inhaltsnähe des Providers. Folgende Kriterien sollten in den Fällen gelten, in denen Providern kein ausreichender Hinweis auf eine Rechtsverletzung von aussen zugegangen ist:

- Eine Pflicht, Rechtsverletzungen von sich aus zu verhindern oder zu entfernen, kann zunächst nur bejaht werden, wenn aufgrund der *besonderen Umstände* im Einzelfall Rechtsverletzungen zu erwarten sind. Dies kann namentlich aufgrund früherer Rechtsverletzungen der Fall sein, kann sich bei News-Portalen und Blog-Hostern aber zum Bei-

¹⁶ Vgl. dazu den Bericht (Fn. 3), Ziff. 4.1.1., c) und die Zusammenfassung zu den negatorischen Ansprüchen oben, Ziff. 4.

¹⁷ Art. 15 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce).

¹⁸ Vgl. dazu den Bericht (Fn. 3), Ziff. 4.1.1., d).

spiel auch aufgrund des Inhalts von aufgeschalteten Artikeln ergeben, die kontroverse Leserkommentare erwarten lassen.

- Eine solche Pflicht sollte weiter in jedem Fall nur inhaltsnahe Providerkategorien treffen. Sie scheidet bei *Access Providern*, welche die von ihnen übermittelten Inhalte nicht beziehungsweise nur mit unverhältnismässigem Aufwand überwachen können, von vornherein aus. Auch klassische *Hosting Provider*, welche ihre Dienste weitgehend automatisiert erbringen, sollten keine präventive Kontrolle der von ihnen aufgeschalteten Inhalte erbringen müssen, da dies zu Verzögerungen der Aufschaltung auch von rechtmässigen Inhalten führen würde. Eine Pflicht, Rechtsverletzungen ohne konkreten Hinweis zu entdecken und zu entfernen, sollte nach Ansicht des Bundesrates nur inhaltsnahe Anbieter wie News-Portale sowie Hosters von Foren und Blogs treffen, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie die bei ihnen aufgeschalteten Inhalte einigermaßen überblicken und kontrollieren können.

Insgesamt sieht der Bundesrat auch im Bereich der Schadenersatzansprüche keinen Anlass, gesetzgeberisch tätig zu werden. So könnte insbesondere eine allgemeine Kodifizierung eines Notice-and-Takedown-Systems verbunden mit Haftungsfreistellungen falsche Anreize setzen: (Kleinere) Provider haben in der Regel nicht das juristische Knowhow, um die erforderliche rechtliche Beurteilung (Rechtsverletzung ja/nein) vorzunehmen. Es ist zu befürchten, dass Provider auf Hinweise hin Inhalte überschüssig entfernen könnten, wodurch die Meinungsäusserungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer tangiert würde. Auch die Kodifizierung eines Notice-and-Takedown-Systems ist deshalb ausschliesslich für die Bekämpfung der Urheberrechtspiraterie vorgesehen.

Die Frage der erforderlichen Sorgfalt ist von den Gerichten einzelfallweise zu beantworten und bietet sich nicht für eine gesetzliche Regelung an. Für diese Konkretisierung im Einzelfall können die oben dargelegten Grundsätze dienlich sein.

6 Auskunftsanspruch gegenüber Providern

Bei den Auskunftsansprüchen geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine in ihren Rechten verletzte Person vom Provider die Herausgabe des Namens der Person verlangen kann, über deren Internetanschluss (bzw. IP-Adresse) die rechtswidrigen Handlungen erfolgt sind und die ansonsten anonym geblieben ist. Mangels einer zivilrechtlichen "Klage gegen Unbekannt" ist diese Identifikation die notwendige Voraussetzung, um den Rechtsverletzer gerichtlich belangen zu können. Ein solcher Auskunftsanspruch besteht im Zivilrecht bislang nicht. Zentrale Bedeutung kommt deshalb dem Strafverfahren zu, da dieses – im Gegensatz zum Zivilverfahren – auch gegen eine unbekannt Taterschaft eingeleitet werden kann. Heute muss ein Verhalten *strafrechtlich relevant* sein, um die Aufhebung des Fernmeldegeheimnisses beziehungsweise der Anonymität im Internet zu rechtfertigen. Diese Abwägung sollte nach Ansicht des Bundesrates grundsätzlich beibehalten werden. Für die spezifische Situation im Urheberrecht soll jedoch, wenn auch nur in den sehr eingeschränkten Fällen von schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen und erfolgloser Aufklärung, eine Identifikation möglich sein.

Im Übrigen setzt ein solcher Auskunftsanspruch voraus, dass die erforderlichen Daten für eine gewisse Zeit gespeichert werden. Die Frage der Aufbewahrung und der Aufbewahrungsdauer von IP-Adressen zur Identifizierung der Anschlussinhaber ist ein *datenschutzrechtlich* heikler Punkt. Aus diesem Grund soll auf die Einführung eines generellen zivilrechtlichen Auskunftsrechts verzichtet werden.

7 Rechtsdurchsetzung (Prozessrecht)

Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung sind verschuldensunabhängig. Dies kann dazu führen, dass auch eine Beklagte, die keinerlei Verschulden trifft, in einem Gerichtsverfahren unterliegt und nach der allgemeinen zivilprozessualen Kostenverteilungsregel¹⁹ die *Kosten* zu tragen hat (Gerichtskosten und Entschädigung für die Anwaltskosten der Gegenpartei). Im Einzelfall – namentlich wenn die Beklagte dem Anspruch auch freiwillig nachgekommen wäre – kann dies stossend sein und wurde beim erwähnten Bundesgerichtsentscheid "Tribune de Genève" von der Lehre auch kritisiert.²⁰ Dabei handelt es sich aber um eine Nebenerscheinung von verschuldensunabhängigen Ansprüchen an sich und um keine Besonderheit der Providerhaftung. Für die Bejahung eines Anspruchs ist nur eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung vorausgesetzt. Wer diese Voraussetzung erfüllt, kann sich ohne Vorwarnung einem gerichtlichen Verfahren ausgesetzt sehen, auch in anderen Bereichen des Zivilrechts.

Die Gerichte haben bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit, die Kosten im Einzelfall nach Ermessen zu verteilen und somit auch einer obsiegenden Klägerin aufzuerlegen, welche es unterlassen hat, die Beklagte vor Klageerhebung abzumahnern.²¹ Anzumerken ist jedoch auch, dass es der Klägerin nicht in jedem Fall zuzumuten ist, die Beklagte vorgängig abzumahnern. Vielmehr ist es in manchen Fällen gerechtfertigt, sofort gerichtlichen Schutz zu suchen. Verschiedene Faktoren kommen hier zum Tragen: die Art des verletzten Rechtsguts, die Schwere der Verletzung und die Wahrscheinlichkeit, dass die Beklagte dem Anspruch freiwillig nachkommt. Mit der in Artikel 107 ZPO vorgesehenen Regelung kann den Besonderheiten des Einzelfalls nach Ansicht des Bundesrates angemessene Rechnung getragen werden. Nicht angebracht scheint hingegen eine neue Spezialregelung, wonach Prozesskosten der Klägerin überbunden werden, wenn der Provider nicht vorgängig abgemahnt wurde und den Anspruch sofort anerkannte. Die Frage der Regelung der Prozesskosten wird jedoch im Rahmen der anstehenden Überprüfung der gesamten ZPO²² in breiterem Rahmen aufzunehmen sein.

Auch die schweizerischen Bestimmungen zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht in *internationalen Verhältnissen* werden im Bericht untersucht. Sie sind nach Meinung des Bundesrates ausreichend und sachgerecht. Zwar ist die Rechtsdurchsetzung im Ausland oftmals mit Schwierigkeiten verbunden. Diese Probleme sind jedoch allgemeiner Natur und können durch eine unilaterale Schweizer Regelung kaum gelöst werden. Zielführender sind Rechtshilfeabkommen, welche beispielsweise die direkte postalische Zustellung von Gerichtsdokumenten vorsehen und damit Zivilprozesse wesentlich beschleunigen. Solche Abkommen bestehen schon heute mit zahlreichen wichtigen Ländern.

8 Schlussfolgerung

Aus den dargelegten Gründen erscheint eine allgemeine, das heisst rechtsgebietsübergreifende gesetzliche Regelung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern zurzeit nicht angezeigt. Der Bericht des Bundesrates soll aber durch die Aufarbeitung und Würdigung der geltenden Rechtslage und Praxis einen Beitrag zur Rechtsentwicklung und damit auch zur weiteren Verbesserung der Rechtssicherheit leisten.

¹⁹ Art. 106 Zivilprozessordnung (ZPO); SR 272.

²⁰ S. dazu oben Ziff. 4.

²¹ Vgl. Artikel 107 Absatz 1 Buchstaben b, e und f ZPO.

²² Vgl. Po. Vogler 14.3804 "Zivilprozessordnung. Erste Erfahrungen und Verbesserungen" vom 24. September 2014 und Mo. RK-S 14.4008 "Anpassung der Zivilprozessordnung" vom 17. November 2014.