

Zur Diskussion/A discuter

Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter

Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner, sic! 6/2006, 383

DAVID ROSENTHAL*

Wann muss ein Internet-Provider für den Schaden aufkommen, den seine Kunden oder andere Dritte durch unerlaubte Aktivitäten im Internet verursachen? Die Antwort muss nicht, wie an dieser Stelle kürzlich postuliert wurde, in der Konstruktion einer Unterlassungstat mit Garantienstellung gesucht werden. Für eine Haftung ist in der Praxis primär das Verschulden des Providers entscheidend, und dieses kann selbst bei Hosting-Providern nur zurückhaltend angenommen werden. Denn Internet-Provider erbringen – wie für das Strafrecht bereits weitgehend anerkannt – eine völlig alltägliche, grundsätzlich harmlose, ja gesellschaftlich sogar erwünschte technische Dienstleistung. Deren Eigenheiten sind auch zu bedenken, bevor etwaige Unterlassungsansprüche gewährt werden. Im Falle von Access-Providern oder Suchmaschinen für das World-Wide-Web wird es meist ebenso am für eine Verantwortlichkeit erforderlichen adäquaten Kausalzusammenhang fehlen.

Quand le fournisseur de services Internet doit-il répondre du dommage que ses clients ou des tiers causent par des actes illicites? Contrairement à ce qui a été soutenu récemment, la solution ne consiste pas à construire un délit d'omission et une responsabilité de garant. En pratique, la responsabilité du fournisseur de services Internet suppose en premier lieu une faute. Celle-ci ne doit être admise qu'avec retenue, même pour un fournisseur d'hébergement. En effet, leurs services sont parfaitement ordinaires, généralement non dommageables, et même socialement souhaitables, comme on l'a déjà largement reconnu en droit pénal. Les particularités de ces services doivent être prises en compte avant de donner suite à des prétentions en cessation du trouble. S'agissant de fournisseurs d'accès à Internet ou de moteurs de recherche pour le world-wide-web, la causalité adéquate, condition nécessaire pour pouvoir admettre une responsabilité, fait souvent défaut.

- I. Einleitung
- II. Unterlassung oder Gehilfenschaft?
- III. Die entscheidende Verschuldensfrage
- IV. Mangelnde Adäquanz des Tatbeitrags von Access-Providern
- V. In der Praxis dominieren Unterlassungsansprüche
- VI. Fazit

Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

In sic! 6/2006, 383 hat sich Robert G. Briner in einem Diskussionsbeitrag zur Frage der zivilrechtlichen Deliktshaftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter geäußert. Es ist dies ein Thema, das – im Gegensatz zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit – in der Schweizer Literatur bisher nur wenig eingehende Erörterung gefunden hat¹. Praxis darüber gibt es noch weniger; lediglich im strafrechtlichen Bereich sind bisher Entscheide ergangen².

¹ So etwa D. Rosenthal, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: P. Jung (Hg.), Tagungsband Recht aktuell 2006 (Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht), Bern, Edition Weblaw 2006 (zugänglich via www.weblaw.ch); R. G. Briner, Haftung der Internet Provider für Unrecht Dritter, sic! 6/2006, 383; R. G. Briner, Zivil- und strafrechtliche Verantwortung der Internet Provider, in: Schweizerische Anwaltsrevue, 2/2006, 51 (zit. Briner, Anwaltsrevue); P. Rohn, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2004; R. H. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001, 507 ff. und 515 ff.

² Rosenthal (Fn. 1), Rz. 17 ff., m.w.H.

Briner geht in seinem Beitrag zunächst auf die (strafrechtlich geprägten) historischen Entwicklungen ein, äussert sich ausführlich über Grundsätze und Praxis zur allgemeinen Deliktshaftung, insbesondere im Bereich der (unechten) Unterlassungsdelikte, und wendet die Erkenntnisse zum Schluss auf die Haftung der Internet-Provider an. Dabei vertritt er die Auffassung, ein Internet-Provider müsse dann mit einer Haftung für fremdes Unrecht rechnen, wenn er in einer Sonderbeziehung zum Geschädigten stehe³, und verweist dabei mehrfach auf BGE 115 II 15, in welchem die Haftung eines Vormundes für einen Drittschaden verneint wird⁴. Er kommt jedoch zum Ergebnis, dass bezüglich der Haftung von Internet-Providern die Rechtslage unklar sei⁵, und postuliert, die erforderliche Klarheit sei durch das Gesetz zu schaffen und nicht etwa durch Leitentscheide in Pilotprozessen⁶.

Dieser Forderung von Briner kann sich der Verfasser des vorliegenden Beitrags zwar anschliessen. Sollte keine gesetzgeberische Lösung gefunden werden, was gegenwärtig angesichts des Widerstands des Bundesrats bzw. der Bundesverwaltung⁷ eher wahrscheinlich ist, wird eine Klärung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit durch die Gerichte jedoch unumgänglich sein. Für diesen Fall braucht es sachgerechte Lösungsansätze nach geltendem Recht. Zwar ist es nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausgeschlossen, die zivilrechtliche Verantwortlichkeit eines Internet-Providers – wie von Briner vertreten – über eine Haftung aus Garantenstellung zu konstruieren und zu beurteilen (wobei nicht ganz ersichtlich ist, warum der mehrfach zitierte BGE 115 II 15 hierbei wegleitend sein soll⁸). Es geht jedoch auch einfacher über die Konstruktion einer Gehilfenschaft bzw. Begünstigung, sofern die Voraussetzungen für eine Haftung erfüllt sind. In diesem Sinne soll der vorliegende Beitrag eine Entgegnung darstellen und einen anderen Ansatz zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Providern für Unrecht Dritter aufzeigen.

II. Unterlassung oder Gehilfenschaft?

Briner geht davon aus, dass die Frage der zivilrechtlichen Haftung eines Internet-Providers (wobei die verschiedenen Funktionen eines Providers nicht unterschieden werden⁹) regelmässig die Frage nach einer (echten oder unechten?) Unterlassungstat sei, weil dieser in der Regel nicht aktiv handle¹⁰. Diese Unterlassung bestehe im Nichtverhindern des Unrechts eines Dritten, zum Beispiel durch das Sperren bzw. Nicht-Sperren einer Website. Demgegenüber hat das Bundesgericht in seinem viel zitierten Entscheid BGE 121 IV 109 («Telekiosk»), in welchem der damalige Generaldirektor der Telecom PTT dafür strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wurde, dass das von ihm geführte Unternehmen mit seiner Telekominfrastruktur kostenpflichtige Telefonsex-Angebote Dritter ohne die erforderlichen Jugendschutzmassnahmen ermöglichte, eine Gehilfenschaft angenommen.

Die Qualifikation des Verhaltens der Telecom PTT als aktives Tun war richtig und entspricht den technischen Fakten: Jeder Provider erbringt gegenüber seinen Kunden eine Dauerleistung. Der Kunde eines Providers bezahlt diesen dafür, dass ihm dieser seine Infrastruktur während der gesamten Vertragsdauer laufend zur Verfügung stellt, unterhält und betreibt¹¹. Ein Internet-Provider kann also nicht mit einem Autovermieter verglichen werden, der seinem Kunden ein Fahrzeug überlässt und nach dessen Übergabe einstweilen (fast) keine weitere aktive Leistung zu erbringen hat. Ein Hosting-Provider¹² zum Beispiel ist – um beim Verkehr zu bleiben – vielmehr mit einem Limousinenservice zu vergleichen, der seinem Kunden sein Fahrzeug mitsamt Fahrer überlässt: Befördert der Fahrer seinen Gast auch dann noch weiter, wenn dieser eine Bank ausraubt, wird dem mit Wissen und Willen freiwillig weiterarbeitenden Fahrer zweifellos nicht eine Unterlassungstat, sondern ein aktives Fördern des Haupttäters bei dessen Raubzügen vorgeworfen.

³ Briner (Fn. 1), III 3.

⁴ Briner (Fn. 1), III 2.

⁵ Briner (Fn. 1), III 3.

⁶ Ebd.

⁷ Briner (Fn. 1), I 2; Rosenthal (Fn. 1), Rz. 70.

⁸ Briner (Fn. 1), II 2 und Zusammenfassung; die im zitierten Entscheid erörterte Frage der «Sonderbeziehung» betrifft die besondere Konstellation des Vormundschaftsrechts und der Tragweite von dessen Schutznormen. Für die Haftung von Internet-Providern lässt sich daraus entgegen Briner nichts Besonderes bzw. Neues ableiten.

⁹ Siehe hierzu Rosenthal (Fn. 1), Rz. 11.

¹⁰ Briner (Fn. 1), II 3 und Zusammenfassung.

¹¹ Speicherkapazitäten müssen zum Beispiel verwaltet, die Sicherheit des Systems muss aufrechterhalten, die Hardware mit Strom versorgt, Backups müssen erstellt, Raummieten bezahlt werden.

¹² Ein Provider, der die nötige Infrastruktur (Internet-Server) betreibt, damit seine Kunden ihre eigenen Websites, Angebote und andere Inhalte oder Dienstleistungen im Internet aufschalten können.

Die Frage, ob sich ein Internet-Provider durch positives Tun einer Verantwortlichkeit als Gehilfe aussetzt oder aber eine Unterlassungstat vorliegt, mag dogmatisch umstritten sein. Sie ändert am Endergebnis aber nichts, weil die entscheidenden Wertungsfragen letztlich immer dieselben sind¹³: Schafft ein Internet-Provider ein gesellschaftlich unerwünschtes Risiko? Welche Sorgfaltspflichten hat er zu erfüllen? Auf diese geht der Beitrag von Briner leider nicht ein, obwohl sie zur Klärung der Rechtslage von entscheidender Bedeutung sind.

Die im Beitrag von Briner eingehend erörterte Thematik der Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung nach Art. 41 OR bereitet hingegen nach der hier vertretenen Auffassung im Bereich der Internet-Provider-Haftung kaum Schwierigkeiten. Denn wo keine Schutznorm das spezifische Verhalten des Providers selbst verbietet¹⁴, genügt es für die Haftung des Providers bezüglich der Voraussetzung der Widerrechtlichkeit, wenn er in untergeordneter Funktion (vorsätzlich oder fahrlässig) die rechtswidrige Handlung eines anderen fördert¹⁵. Die Haftung eines Providers setzt also keine spezifische Verhaltensnorm voraus, welche die Gefährlichkeit eines Providers statuiert und missbilligt¹⁶.

Viel wichtiger ist die Frage, ob der Provider diese Rechtsverletzung seines Kunden erkennen konnte und musste und ob er dagegen hätte einschreiten müssen. Sie wird regelmässig im Zusammenhang mit der Verschuldensfrage diskutiert. Dorthin gehört im Übrigen auch die Diskussion um den Gefahrensatz. So ist es zwar korrekt, wie Briner ausführt, dass die Verletzung des Gefahrensatzes allein noch keine Widerrechtlichkeit begründet¹⁷. Richtig «aufatmen» können die Provider deswegen aber nicht, denn das viel grössere Risiko aus der Sicht eines Providers ist der Umstand, dass die Verletzung des Gefahrensatzes auch ein Verschulden begründen kann, was, anders als im Falle der Widerrechtlichkeit, ganz ohne Verletzung einer Schutznorm oder eines absoluten Rechts möglich ist.

III. Die entscheidende Verschuldensfrage

In den meisten Fällen wird sich die Schadenshaftung des Providers für rechtswidrige Internet-Inhalte denn auch an der Frage des Verschuldens des Providers entscheiden. Dies ist auch im Strafrecht so¹⁸. Die Erleichterung für den Geschädigten im Zivilrecht besteht darin, dass fahrlässiges Verhalten genügt¹⁹. Die zivilrechtliche Haftung kann somit erheblich weiter gehen als die strafrechtliche. Der Anwendungsbereich ist auch sachlich breiter.

Verschulden setzt voraus, dass der Schädiger – hier also der Provider – die mögliche Verursachung einer Schädigung eines Dritten durch sein Verhalten erkennt oder erkennen kann²⁰. Umstritten ist, ob der Schädiger neben der Möglichkeit des Schadens auch die Rechtswidrigkeit des herbeigeführten Erfolges bzw. seines Verhaltens voraussehen können muss²¹. Dies wird dort von entscheidender Bedeutung sein, wo ein Provider die Rechtswidrigkeit der Verwendung eines Internet-Inhalts weder aus dem Inhalt selbst noch aus den ihm vorliegenden Informationen mit der erforderlichen Gewissheit erkennen kann. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein Dritter behauptet, der Inhalt einer Website oder die Tätigkeit eines Kunden des Providers verletze seine Urheberrechte.

Wenn absichtliches Handeln ausgeschlossen wird²², stellt sich die Frage nach der Fahrlässigkeit. Eine solche liegt vor, wenn der Provider die rechtswidrige Schädigung durch die Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat, der Provider es also an der unter den gegebenen Umständen erforderlichen Sorgfalt hat mangeln lassen²³.

¹³ Rosenthal (Fn. 1), Rz. 19.

¹⁴ Zu denken ist etwa an Delikte, bei denen die Teilnahme ihrerseits tatbeständlich ist, was etwa im Bereich der Verletzung von Immaterialgüterrechten der Fall sein kann.

¹⁵ Vgl. etwa H. Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 2003, N 1435.

¹⁶ A.M. offenbar Briner (Fn. 1), III 1.

¹⁷ Briner (Fn. 1), III 1.

¹⁸ Rosenthal (Fn. 1), Rz. 22.

¹⁹ Im Falle der Verletzung von Immaterialgüterrechten kann sich auch die Frage des Gewinnherausgabeanspruchs stellen. Hier ist umstritten, ob ein Verschulden vorliegen muss (vgl. A. Hess-Blumer, *Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten*, sic! 2003, 104, m.w.H.).

²⁰ K. Oftinger / E. W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil, § 5 N 16, 193.

²¹ Vgl. Oftinger / Stark (Fn. 20), § 5 N 16, 193.

²² Absichtliches Handeln sollte nur in aussergewöhnlichen Umständen angenommen werden; vgl. hierzu Rosenthal (Fn. 1), Rz. 86 ff.

²³ Rey (Fn. 15), N 843; Oftinger / Stark (Fn. 20), § 5 N 51, 202.

Im Zusammenhang mit der Begründung der Fahrlässigkeit eines Access- wie auch Hosting-Providers wird häufig mit dem Gefahrensatz argumentiert²⁴: Es wird vertreten, dass der Provider durch sein Tun – zum Beispiel das Bereitstellen eines Internet-Zugangs oder von Speicherplatz für eine Website – einen gefährlichen Zustand schafft und deshalb die nötigen Schutzmassnahmen treffen muss – zum Beispiel die Sperrung bestimmter Inhalte –, damit sich die geschaffene Gefahr nicht verwirklichen kann. Tut er dies nicht, verletzt er seine Sorgfaltpflicht und handelt schuldhaft²⁵.

Diese Begründung ist abzulehnen, denn sie geht davon aus, dass die Tätigkeit eines Access- oder Hosting-Providers an sich bereits eine gefährliche Situation schafft, indem aus der Tatsache des Erfolgeintritts auf das Vorbestehen einer Gefahrenquelle geschlossen wird. Dies aber verkennt die Realität: Die Access- und Hosting-Dienstleistungen von kommerziellen Internet-Providern oder die Betreiber von Suchmaschinen für das World Wide Web sind genauso wenig eine Gefahrenquelle wie das Bereitstellen eines Telefonanschlusses oder das Vermieten eines Schaufensters oder Ladenlokals²⁶: Es sind vollkommen alltägliche, gesellschaftlich akzeptierte und erwünschte, rechtlich zulässige und tatunspezifische Dienstleistungen, bei denen ein Missbrauch für unzulässige Zwecke zwar nicht ausgeschlossen werden kann (und in diesem Fall auch ohne bewusste Mitwirkung des Providers möglich ist²⁷), die aber (heute) in der weitaus überwiegenden Mehrheit der Fälle rechtmässig eingesetzt werden²⁸.

Wird nicht auf den Gefahrensatz abgestellt, stellt sich die Frage, ob eine konkrete Schädigung nach der «branchenüblichen» Sorgfalt²⁹ vorauszusehen und zu verhindern gewesen wäre. Diese Frage ist in der Schweiz bisher nicht geklärt und auch in der Literatur kaum diskutiert worden.

Eine generelle Kontrollpflicht des Providers, also die (Sorgfalts-) Pflicht, von sich aus nach möglichen Schädigungen zu forschen – selbst stichprobenweise – ist rundweg abzulehnen. Dies ist einerseits die Folge der Erkenntnis, dass ein solches Forschen uferlos und unpraktikabel ist, die Dienstleistungen verteuert und somit weder zumutbar noch verhältnismässig ist³⁰ (selbst wenn dies mit der raschen Entwicklung der Technik und Leistungsfähigkeit der Computersysteme technisch zusehends einfacher wird³¹), andererseits die Konsequenz der Tatsache, dass die Dienstleistungen eines Access- oder Hosting-Providers nicht per se als gefährlich betrachtet werden können. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Missbräuche solcher Dienstleistungen vorkommen können und in der Vergangenheit möglicherweise schon vorgekommen sind. In der hiesigen Literatur wird denn auch für den zivilrechtlichen Bereich eine präventive Kontrollpflicht selbst beim Hosting-Provider abgelehnt, wenn auch mit verständlichen (aber nicht immer sachgerechten) Einschränkungen³².

In der Praxis stellt sich die Frage der Sorgfaltpflicht oft (erst) dann, wenn der Provider einen externen Hinweis auf eine mögliche Schädigung erhält, sei es durch unbeteiligte Dritte, sei es durch einen behördlichen Hinweis, sei es durch eine Abmahnung mit oder ohne Unterlassungserklärung³³. Viele solche Hinweise werden – wenigstens im Sinne der branchenüblichen Sorgfaltpflicht – zu keinen weiteren Schritten führen müssen. Einen durchschnittlich grossen kommerziellen Provider können jeden Tag zahlreiche Hinweise auf mögliche oder angebliche unerlaubte Handlungen erreichen (die keineswegs nur Handlungen seiner eigenen Kunden betreffen müssen, sondern sich auf irgendwelche Delikte im Internet beziehen können, einschliesslich der Zustellung von E-Mails mit unerlaubtem Inhalt).

²⁴ Vgl. etwa Rohn (Fn. 1), 199, m.w.H., und 246 f., m.w.H.; Briner, *Anwaltsrevue* (Fn. 1), 48 f.; vgl. Briner (Fn. 1), II 6, worin offenbar eine latente Gefährlichkeit der Dienstleistung eines Hosting- oder Suchmaschinen-Providers subsumiert wird.

²⁵ Zum Gefahrensatz vgl. Rey (Fn. 15), N 866 ff.

²⁶ So auch der Entscheid des Strafgerichtspräsidenten Basel-Stadt vom 31. Januar 2003 («Lyrics Server»), sic! 2003, 960–964.

²⁷ Dementsprechend unspezifisch ist der Tatbeitrag.

²⁸ Für das Strafrecht vgl. M. A. Niggli / F. Riklin / G. Stratenwerth, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern*, Ein Gutachten zuhanden des Verbands Inside Telecom (VIT) vom 2. Oktober 2000 («VIT-Gutachten»), *medialex Sonderausgabe*, Bern 2000, 24 und 25 f. zur «harmlosen Gehilfenschaft» sowie BGE 119 IV 289 («Antilopenfleisch»).

²⁹ Vgl. hierzu Rosenthal (Fn. 1), Rz. 93 und 96 zum Kriterium der Branchenüblichkeit.

³⁰ Das gilt notabene auch für Stichprobenkontrollen, die nach der hier vertretenen Ansicht eine reine Ressourcenverschwendung ohne vernünftigen Nutzen sind (vgl. hierzu Rosenthal [Fn. 1], Fn. 113).

³¹ So setzen die Strafverfolgungsbehörden bereits heute Systeme ein, die das Internet automatisiert nach bekannter Kinderpornographie absuchen können.

³² Vgl. etwa Rohn (Fn. 1), 204 ff., m.w.H., der mit Verweis auf BGE 126 III 168 (in welchem Entscheid es um eine Druckerei ging) immerhin dann periodische Stichproben für geboten hält, wenn etwa infolge vorgängiger Rechtsverletzungen durch denselben Anbieter eine erhöhte Verletzungswahrscheinlichkeit besteht. Dies ist aus den bereits genannten Gründen gegen eine präventive Kontrolle bzw. Stichprobenkontrolle abzulehnen. Erhält ein Provider hingegen Hinweise, hat er diese nach branchenüblicher Sorgfalt zu prüfen (periodische Stichprobenkontrollen umfasst dies allerdings nicht). Dieses System funktioniert hinreichend rasch und zuverlässig.

³³ Zu den freiwilligen Massnahmen eines Providers vgl. Rosenthal (Fn. 1), Rz. 96.

Einerseits kann ein Provider schon aufgrund der Menge und oftmals geringen Qualität nicht allen Hinweisen nachgehen, zumal sein Geschäftszweck nicht das Überprüfen von Hinweisen ist (und das Publikum dafür auch nicht zahlen will), andererseits kann er selbst dort, wo er aufgrund eines Hinweises erkennen kann, dass sein Verhalten zu einer rechtswidrigen Schädigung beitragen kann, unterschiedlich reagieren. Die Sperrung eines bestimmten Angebots oder eines Internet-Zugangs ist nur eine von mehreren Möglichkeiten. Im Einzelfall mag beispielsweise bereits eine Ermahnung des eigenen Kunden angemessen sein. Selbst die Nichtbeachtung eines klaren Hinweises muss keine Unvorsorgfalt begründen, wenn der Provider etwa aufgrund früherer Erfahrungen oder der Umstände des Falles darauf vertrauen darf, dass die vom Hinweisgeber befürchtete Schädigung nicht eintreten wird³⁴.

Wesentlich ist zunächst aber die Herkunft, Art und Qualität des Hinweises. Ist ein Hinweis auf eine rechtswidrige Aktivität eines Kunden des Providers zu ungenau, kann diese zwar zu einem Schaden führen, doch kann dem Provider daraus kein Vorwurf gemacht werden, weil ihm die zur Beurteilung des Falls und für ein Einschreiten erforderlichen Angaben fehlen. Folgende Fragen können Anhaltspunkte liefern, ob ein Provider einen Hinweis zur Wahrung seiner Sorgfaltspflichten beachten muss: Stammt der Hinweis von einer Behörde oder von einer geschädigten oder sonstwie berechtigten Person oder von deren Vertreter? Ist der Hinweis substantiiert und glaubhaft? Bezieht sich der Hinweis auf einen konkreten, nachgewiesenen und aktuellen Einzelfall? Ist die geltend gemachte Rechtsverletzung offenkundig, sowohl für den Juristen als auch für den Nicht-Juristen³⁵? Dieselben Grundsätze müssen analog auch dort gelten, wo der Provider im Falle von Eigenrecherchen und «Zufallsfunden» auf Tatbestände stösst³⁶.

Im Ergebnis werden solche Überlegungen vernünftigerweise dazu führen müssen, dass ein Access-Provider (also ein blosser Vermittler von Internet-Zugängen) in aller Regel auch dann keine Sorgfaltspflichtverletzung begeht, wenn er auf einen konkreten und glaubhaften Hinweis hin den Zugang seiner Kunden zu einem bestimmten Internet-Angebot nicht sperrt³⁷. Hingegen wird in der Regel ein für eine Schadenersatzhaftung hinreichendes Verschulden eines Hosting-Providers vorliegen, wenn der Provider trotz eines konkreten und glaubhaften Hinweises aus qualifizierter Quelle, trotz einer offenkundigen Rechtsverletzung und trotz eines im Vergleich zu den Interessen des Kunden des Providers überwiegenden Gefährdungs- und Schädigungspotenzials den öffentlichen Zugriff auf einen bestimmten, auf der Infrastruktur des Providers bereitgehaltenen Inhalt (nach angemessenen Abklärungen, allenfalls auch nachdem dem Kunden eine Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wurde) nicht sperrt, obwohl ihm dies möglich und zumutbar ist.

IV. Mangelnde Adäquanz des Tatbeitrags von Access-Providern

Wie es sich mit der adäquaten Kausalität im Zusammenhang mit der Haftung von Internet-Providern verhält, spricht Briner in seinem Aufsatz zwar an³⁸, lässt die Frage der Bedeutung dieser Haftungsvoraussetzung für Provider aber letztlich offen. In dieser Hinsicht hilft die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung auch nur dort weiter, wo der Provider – wie es seine Kunden tun – eigene Inhalte anbieten würde. Geht es um die Haftung für das Unrecht Dritter, stellt sich unter dem Titel der adäquaten Kausalität die m.E. viel interessantere Frage nach der Bewertung des Kausalbeitrags eines Providers, der lediglich als Gehilfe auftritt. Denn sowohl eine solidarische Haftung des Gehilfen nach Art. 50 Abs. 1 OR als auch der Fall der unechten Solidarität nach Art. 51 Abs. 1 OR setzen eine gemeinsame Verursachung des Schadens voraus. Dass nicht nur ein Hosting-Provider, sondern auch ein Access-Provider, der seinen Kunden Zugriff auf ein widerrechtliches Angebot verschafft, einen Kausalbeitrag an die Schädigung leisten kann, lässt sich kaum in Abrede stellen³⁹. Doch ist der

³⁴ Berücksichtigt werden muss zum Beispiel auch, wie hoch das Gefährdungs- bzw. Schädigungspotenzial tatsächlich ist. Hält die Verletzung noch an? Wird das Fernmeldegeheimnis oder der Datenschutz tangiert? Unterliegt der Provider einer Leistungspflicht? Wer ist der Schädiger, und wie reagiert dieser auf die Vorwürfe? Was sind die Wirkungen eines Eingreifens? Für Beispiele und weitere Ausführungen vgl. Rosenthal (Fn. 1), Rz. 100, m.w.H.

³⁵ Für Beispiele und ausführliche Diskussion vgl. Rosenthal (Fn. 1), Rz. 98, m.w.H.

³⁶ Weitere Ausführungen Rosenthal (Fn. 1), Rz. 99.

³⁷ Dies unter anderem deshalb, weil sein Eingreifen nur mögliche künftige Verstösse betreffen würde, die Hinweise jedoch regelmässig nur vergangene Fälle betreffen und von ihm grundsätzlich nur erwartet werden kann, gegen eine konkrete, hinreichend notifizierte und damit bekannte Schädigungshandlung vorzugehen.

³⁸ Briner (Fn. 1), II 6.

³⁹ Rosenthal (Fn. 1), Rz. 104; für den Fall, dass ein und dasselbe Angebot von mehreren Hosting-Providern bereitgehalten wird, vgl. Rosenthal (Fn. 1), Rz. 106.

Kausalbeitrag eines jeden Providers tatsächlich auch so gewichtig, dass er als adäquat gelten kann und somit rechtlich relevant wird?

Bei Access-Providern, um ein viel zitiertes Beispiel zu nehmen, kann dies nach der hier vertretenen Ansicht nicht mehr der Fall sein: Der Tatbeitrag eines einzelnen Providers begünstigt den Eintritt des Erfolgs nicht wesentlich, wie dies zur Annahme der Adäquanz erforderlich ist⁴⁰. Der Access-Provider⁴¹ stellt lediglich eine alltägliche, an sich zulässige und harmlose Infrastruktur zur Verfügung, vergleichbar mit dem Betreiber eines öffentlichen Verkehrsnetzes, das vom Publikum auch dazu benutzt werden kann, eine Ausstellung rechtswidriger Inhalte zu besuchen. Auch hier käme niemand auf die Idee, den betreffenden Verkehrsbetrieb als adäquat kausale Mitursache für den Taterfolg der Ausstellungsbetreiber zu betrachten, selbst wenn unzweifelhaft ist, dass ein Teil des Publikums die Ausstellung ohne öffentliche Verkehrsverbindungen nicht besucht hätte. Adäquat wäre der Kausalbeitrag der Verkehrsbetriebe allenfalls dann, wenn diese z.B. ein besonderes Ausstellungsticket anbieten würden.

Daraus ergibt sich, dass ein Access-Provider, der lediglich dem Publikum einen Zugang ins Internet verschafft, zivilrechtlich schon deshalb für rechtswidrige Angebote im Internet nicht haftet, weil sein Kausalbeitrag zum Taterfolg bzw. Schaden nicht die erforderliche Adäquanz aufweist. Dieselben Grundsätze müssen auch für andere, «tatterne» Provider gelten, so zum Beispiel für Betreiber von (an sich zulässigen) Suchmaschinen für das World Wide Web wie Google, mindestens soweit diese (zur Unterstützung des Publikums, nicht des Betriebens eines widerrechtlichen Angebots) automatisiert und tatunspezifisch anzeigen, auf welchen Seiten irgendwo im Web ein bestimmter Suchbegriff vorkommt⁴². Anders ist es hingegen beim involvierten Hosting-Provider: Dieser wird wegen seiner Tatnähe, soweit die anderen Voraussetzungen, insbesondere das Verschulden, gegeben sind, solidarisch für den gesamten Schaden haften, den das von ihm bereitgehaltene rechtswidrige Angebot des hauptverantwortlichen Schädigers (d.h. seines Kunden) verursacht.

V. In der Praxis dominieren Unterlassungsansprüche

Bisher wurde die öffentliche Diskussion um die Verantwortlichkeit der Internet-Provider vor allem im Zusammenhang mit schlagzeilenträchtigen Straftaten wie dem Verstoss gegen die Rassismusklausel oder Kinderpornografie dargestellt. Den Regelfall stellen im Internet jedoch Verletzungen privater Rechtsgüter dar, wobei die Verletzung von Immaterialgüterrechten, unlauteres Verhalten (z.B. Spamming), Vermögensdelikte (z.B. Betrug, Sabotageakte und Hacking) und die Verletzung von Persönlichkeitsrechten dominieren. Dabei geht es den Verletzten in der Mehrheit der Fälle lediglich darum, eine weitere Verletzung zu unterbinden. Schadenersatzforderungen sind selten. Entsprechend dürfte die Motivation beim zivilrechtlichen Vorgehen gegen Provider auch nicht in deren «deep pockets» zur Befriedigung von finanziellen Ausfällen liegen, wie vielleicht vermutet werden könnte, sondern in der Tatsache, dass etwa der Hosting-Provider des Verletzers diesem bezüglich der Tat am nächsten steht und der Verletzer über ein Vorgehen gegen seinen Provider am einfachsten zumindest vorläufig «gestoppt» werden kann.

Kommt es zu einem Gerichtsverfahren, wird der Verletzte in aller Regel nicht ein Schadenersatz-, sondern ein Unterlassungsbegehren stellen. Dem Provider soll etwa verboten werden, eine bestimmte Website weiterhin zu betreiben. Das Verschulden spielt hier zunächst keine Rolle, sondern es kommt nur noch darauf an, welche technisch möglichen und zumutbaren Möglichkeiten der betreffende Provider hat, um eine (durch das Gericht festgestellte) Rechtsverletzung nicht mehr weiter zu unterstützen bzw. auch in Zukunft zu verhindern. Solange Ersteres verlangt wird, mag dies im Falle eines Hosting-Providers problemlos erscheinen: Er wird die fraglichen Inhalte seines Kunden löschen.

Problematisch wird es, wenn vom Hosting-Provider verlangt wird, solche Inhalte auch künftig zu verhindern. Leider hat sich sogar der deutsche Bundesgerichtshof im Falle eines Angebots für eine gefälschte Rolex-Uhr auf einer Online-Auktionsplattform⁴³ dazu verleiten lassen, eine solche Pflicht eines Hosting-Providers leichtfertig anzunehmen⁴⁴. Die Folge davon ist, dass der Provider im Falle

⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 123 III 112; V. Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 179, 52.

⁴¹ Dies gilt auch für eine Reihe weiterer involvierter Provider, die normalerweise im «Verborgenen» mitwirken. Vgl. hierzu Rosenthal (Fn. 1), Rz. 112.

⁴² Der Tatbeitrag einer Suchmaschine speziell für Raubkopien wäre somit adäquat kausal für Verletzungen von Immaterialgüterrechten, weil tatspezifisch. Der Tatbeitrag einer Suchmaschine hingegen, mit welcher sich neben allen anderen Inhalten im Internet eben auch Raubkopien finden lassen, wäre nicht adäquat kausal.

⁴³ Urteil (I ZR 304/01) des BGH vom 11. März 2004 i.S. «Rolex v. ricardo.de», Jusletter 27. September 2004.

⁴⁴ Zum Ganzen siehe Rosenthal (Fn. 1), Rz. 66 ff.

des BGH-Entscheids faktisch gezwungen sein wird, inskünftig sämtliche Angebote seiner Kunden einzeln zu überwachen, weil er nur so feststellen kann, ob der Anbieter der Rolex-Fälschung wieder versucht, ein Angebot für seine Uhr auf der vollautomatisierten Auktionsplattform zu plazieren. Das ist praxisfern und unangemessen. Der BGH-Entscheid widerspricht auch dem Grundsatz der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG⁴⁵, der für die EU ausdrücklich (und von der Lehre einhellig befürwortet) festhält, dass Providern aus rechtspolitischen und praktischen Überlegungen keine Überwachungspflichten auferlegt werden dürfen. Vernünftigerweise kann sich daher auch ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nur auf einen konkreten Einzelfall einer unerlaubten Handlung und nicht auf Wiederholungstaten eines Kunden des Providers beziehen⁴⁶. Erwähnenswert ist, dass das Schweizer Recht in Art. 14f Abs. 2 AEFV⁴⁷ für eine Kategorie von Internet-Providern, nämlich die Betreiber von Domain-Namen-Registern, bereits festhält, dass diese nicht überprüfen müssen, ob ein neu angemeldeter Domain-Name Markenrechte verletzt. Ein Verletzter muss sich an den Domain-Namen-Inhaber wenden. Es muss dann der Richter und nicht mehr der Provider entscheiden. Dieses Konzept sollte auch für andere Provider gelten.

Auch die bereits andiskutierte Frage der Adäquanz kann vor dem Hintergrund der vermehrten Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche an Bedeutung gewinnen, so etwa, wenn versucht wird, ein nach hiesiger Auffassung rechtswidriges Internet-Angebot, das auf einem Server im Ausland bereitgehalten wird und daher von der Schweiz aus schwerer angreifbar ist, durch ein gerichtliches Vorgehen gegen in der Schweiz ansässige Access-Provider und Betreiber von allgemeinen Internet-Suchmaschinen zu verhindern. Fehlt es, wie vorne dargelegt, an der Adäquanz ihres Tatbeitrags, kann von ihnen auch nicht die Beseitigung oder Unterlassung verlangt werden. Das ist auch im Ergebnis richtig.

VI. Fazit

Nach der von Briner vertretenen Auffassung müssen Internet-Provider dann mit einer Haftung für Unrecht Dritter rechnen, wenn sie in einer Sonderbeziehung zum Geschädigten stehen⁴⁸. Doch hat weder der Gesetzgeber eine solche vorgesehen⁴⁹, noch ist ersichtlich, in welchen Fällen (Vertragsbeziehungen ausgenommen) ein Provider eine derart intensive Beziehung zu einem Geschädigten haben soll, dass sich daraus eine Garantenstellung ableiten liesse⁵⁰. Bedeutet dies also, dass bei konsequenter Anwendung dieser Regel Internet-Provider praktisch nie für fremdes Unrecht haften müssen, auch wenn sie daran mindestens teilweise beteiligt sind? Das verlangt auch Briner nicht, und es ist m.E. daher fraglich, ob das Kriterium einer Sonderbeziehung für die Beurteilung der Internet-Provider-Haftung für widerrechtliche fremde Angebote wirklich weiterhilft.

Ein Umweg über die Konstruktion eines Unterlassungsdelikts ist zwar möglich, aber letztlich unnötig, da der haftungsbegründende Tatbeitrag eines Internet-Providers nicht ein «Nichtstun» ist, sondern das fortgesetzte Erbringen seiner Dienstleistung, wie z.B. der Betrieb eines Web-Servers, mit welcher eine widerrechtliche Schädigung eines Dritten durch einen anderen gefördert wird. So bereitet auch die Widerrechtlichkeit keine Probleme. Die für eine Schadenersatzhaftung entscheidenden Fragen sind dann das Verschulden und ob der Tatbeitrag hinreichend gewichtig und tatspezifisch ist, um rechtlich relevant zu sein. Letzteres ist etwa bei Access-Providern abzulehnen, und Ersteres sollte generell nur restriktiv angenommen werden, wie in diesem Beitrag ausgeführt wird.

Leider ist das Thema der Internet-Provider-Haftung in der Schweiz in der Vergangenheit aber sehr stark politisiert und von einer Tendenz dominiert worden, den Internet-Provider unter dem Vorwand der straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit zu einem Sündenbock und Richter wider Willen zu machen: Sündenbock deshalb, weil die Haftung des Providers regelmässig damit begründet wird, dass sich die «wahren» Täter wegen der Internationalität, der vermeintlichen Anonymität und der Offenheit des Internets nicht fassen liessen und daher zwangsläufig auf die Provider ausgewichen

⁴⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

⁴⁶ Schaltet der Verletzer im besagten Online-Marktplatz, dessen Rolex-Angebot von der Betreiberin entfernt worden ist, einen Monat später ein neues Angebot für eine gefälschte Rolex-Uhr auf, muss richtigerweise verlangt werden, dass der Rechteinhaber hiegegen erneut einschreitet und Beseitigung dieses einen Angebots verlangt.

⁴⁷ Adressierungselementeverordnung, SR 784.104.

⁴⁸ Briner (Fn. 1), III 3.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Unklar ist, ob vertreten wird, das Schaffen einer Gefahr könne zu einer solchen Sonderbeziehung führen. Dies allein würde jedoch gemäss BGE 124 III 300 für eine Garantenstellung genügen.

werden müsse. Richter deshalb, weil ihnen die rechtliche Beurteilung angeblich unerlaubter Angebote – unter Androhung einer eigenen Haftung – aufgezwungen werden soll.

Die Erkenntnis, dass ein Provider eine völlig alltägliche und grundsätzlich harmlose technische Dienstleistung erbringt und daher seine Verantwortlichkeit für deren gelegentliche Nutzung auch zu widerrechtlichen Zwecken wie bei allen anderen Betreibern von «Verkehrsinfrastrukturen», wie Telefonnetzen, Strassen oder öffentlichen Verkehrsbetrieben, eine nur sehr beschränkte sein kann, setzt sich nur sehr langsam durch. Dies schlägt sich in einer entsprechenden Rechtsunsicherheit durch, die, wie Briner völlig zu Recht fordert⁵¹, vorzugsweise nicht in Pilotprozessen beseitigt werden sollte. Zu gross wäre heute noch der aleatorische Faktor. Zur Verunsicherung haben nicht zuletzt auch die Bundesbehörden mit ihren kritisierten Gutachten und Äusserungen beigetragen⁵². Da darf mit Briner gestaunt werden, wenn sich der Bundesrat heute auf den Standpunkt stellt, die Frage der zivilrechtlichen Internet-Provider-Haftung sei weder lückenhaft noch unklar⁵³ (notabene im Gegensatz zum Strafrecht, wo an sich weniger Klärungsbedarf besteht). Da die historisch bedingte Rechtsunsicherheit sich hat etablieren können, hilft die Feststellung, dass sachgerechte Lösungen unter dem heutigen Recht denkbar wären, nur beschränkt weiter. Pilotprozesse zur Klärung wollte in der Schweiz bisher jedenfalls kaum jemand provozieren.

Dabei trifft die Rechtsunsicherheit nicht nur die Provider; sie birgt auch ein Missbrauchspotenzial in den Händen (privater) Dritter, die damit missliebige Inhalte anderer im Internet unterbinden können. Ist das Risiko einer Haftung nicht abwegig, richtet sich die Forderung nicht gegen einen wichtigen Kunden und birgt sie auch keine Ausuferungsgefahr, wird ein kommerziell denkender Hosting-Provider – wie die praktische Erfahrung zeigt – dem auf ihn von einem angeblich Verletzten ausgeübten Druck oftmals nachgeben und sich damit Ärger ersparen. So gesehen, nutzt Rechtssicherheit bei der Haftungsbeschränkung von Internet-Providern keineswegs nur den Providern, sondern auch ihren Kunden, dem Standort Schweiz und ganz generell den Internet-Nutzern.

Zusammenfassung

Wird im Internet eine unerlaubte Handlung begangen, sind Internet-Provider ein beliebtes Ziel der Geschädigten, weil ohne ein bestimmtes Angebot ohne Unterstützung seitens der Provider nicht verbreitet, abgerufen oder gefunden werden kann. Zivilrechtliche Ansprüche, auch solche auf Beseitigung und Unterlassung, spielen dabei inzwischen eine wesentlich wichtigere Rolle als die reine strafrechtliche Verantwortlichkeit. Die Frage der Widerrechtlichkeit bereitet dabei nach der hier vertretenen Ansicht kaum Probleme, und auch die Begründung einer Garantenstellung erübrigt sich, weil ein Provider nicht Unterlassungstäter, sondern allenfalls Gehilfe ist, indem er seine Infrastruktur für eine unerlaubte Handlung zur Verfügung stellt. Entscheidend ist aus Sicht des Providers deshalb primär, welche Sorgfaltspflichten er hierbei zu beachten hat, etwa, wenn ihn der Hinweis auf ein unerlaubtes Angebot erreicht und sich die Frage nach einer Sperrung stellt. Ein Verschulden ist dabei nicht leichthin anzunehmen, und noch weniger sachgerecht wäre es, in der Tätigkeit eines Internet-Providers das Schaffen einer Gefahrenquelle zu sehen und den Gefahrensatz anzuwenden. Denn Internet-Provider erbringen eine völlig alltägliche, grundsätzlich harmlose, ja gesellschaftlich sogar erwünschte technische Dienstleistung, die aber systembedingt wie jede öffentliche Infrastruktur auch missbraucht werden kann. Das führt zu zwei weiteren Erkenntnissen: Zum einen ist nebst dem Verschulden im Falle von Ansprüchen gegen einen Provider immer auch die Adäquanz seines Kausalbeitrags zu prüfen. Im Falle reiner Internet-Zugangsanbieter (Access-Provider) oder Internet-Suchmaschinen wie Google dürfte er bezüglich fremder, im Internet abrufbarer unerlaubter Angebote meist zu gering sein, um eine Mithaftung zu begründen. Zum anderen darf nicht der Versuchung erlegen werden, von einem Hosting-Provider im Falle einer gerichtlich festgestellten Rechtsverletzung nicht nur deren Beseitigung, sondern auch die Verhinderung weiterer solcher Taten zu verlangen. Das Endresultat wäre sonst eine präventive Kontrolle und Überwachung der Inanspruchnahme von Internet-Dienstleistungen, die vor allem die rechtmässige Nutzung beeinträchtigen. Sinnvoller ist die Lösung, die der Schweizer Gesetzgeber für Domain-Namen-Provider bereits vorgemacht hat: Er hielt in einer Verordnung ausdrücklich fest, dass die Registrierungsstelle die Berechtigung zur Registrierung eines Domain-Namens nicht zu prüfen hat. Sind Drittrechte verletzt, muss direkt gegen den Inhaber des Do-

⁵¹ Briner (Fn. 1), III 3.

⁵² Rosenthal (Fn. 1), Rz. 12, 70 und 72, m.w.H.

⁵³ Rosenthal (Fn. 1), Rz. 72; Briner (Fn. 1), I 2.

main-Namens geklagt werden; der Provider des Domain-Namen setzt ein etwaiges Urteil lediglich um. Diese Rechtssicherheit sollte nun auch bezüglich anderer Internet-Provider geschaffen werden.

Résumé

Lorsqu'un acte illicite est commis sur Internet, les fournisseurs de services Internet sont une cible privilégiée des lésés, dans la mesure où, sans leur aide, un certain contenu ne peut être diffusé, télé-chargé ou même trouvé. Les actions civiles, et également celles tendant à

la cessation ou à la suppression du trouble, jouent aujourd'hui un rôle nettement plus important que la responsabilité purement pénale. Selon le point de vue défendu ici, la question de l'illicéité ne pose quasiment pas de problème et la création d'une position de garant n'est pas nécessaire, étant donné que le fournisseur d'Internet, en mettant son infrastructure à disposition du tiers qui commet un acte illicite, n'est pas l'auteur d'une infraction par omission, mais tout au plus un complice. En principe, la question décisive du point de vue du fournisseur de services Internet est par conséquent celle de savoir quels sont les devoirs de diligence à respecter, par exemple lorsqu'il reçoit l'information selon laquelle un contenu illicite circule et que la question d'un éventuel blocage se pose. La faute ne doit pas être admise facilement, et il serait d'autant plus inapproprié de considérer que l'activité du fournisseur de services Internet constitue une source de danger qui justifierait une responsabilité à raison d'un risque. En effet, les fournisseurs de services Internet effectuent une activité tout à fait ordinaire, généralement non dommageable et même socialement souhaitable qui peut cependant, comme c'est le cas de toute infrastructure publique, faire l'objet d'utilisations abusives. Cela mène à deux conclusions. D'une part, il convient d'examiner non seulement la faute mais également l'existence d'un lien

de causalité entre la contribution du fournisseur de services et le dommage survenu. Concernant les simples fournisseurs d'accès à Internet (Access-Provider) et les moteurs de recherche, tels que Google, ce lien devrait être généralement trop lâche pour fonder une coresponsabilité pour les contenus illicites de tiers qui sont accessibles sur Internet. D'autre part, il convient d'éviter que le fournisseur d'hébergement, lorsqu'une atteinte illicite a été constatée judiciairement, soit obligé non seulement de mettre un terme à cette atteinte mais également d'empêcher des actes similaires dans le futur. Il en résulterait sinon un contrôle et une surveillance préventifs de l'usage des services Internet, qui auraient surtout une influence sur l'usage licite. La solution proposée par le législateur pour l'attribution de noms de domaine paraît plus sensée: une ordonnance dit explicitement que celui qui attribue un nom de domaine n'a pas l'obligation d'examiner si le déposant est légitimé à l'enregistrer. Si des droits de tiers sont lésés, l'action doit être dirigée directement contre le titulaire du nom de domaine; celui qui attribue un nom de domaine a uniquement l'obligation d'appliquer une éventuelle décision judiciaire. Cette sécurité juridique devrait également être créée pour les autres fournisseurs de services Internet.

* Rechtskonsulent für Informations- und Telekommunikationsrecht in Zürich ; Lehrbeauftragter für Informations- und Telekommunikationsrecht in Basel.