

ZIK / SF•FS / simsa

Internetmissbrauch: Rechtliche Risiken für Anbieter von Internetdiensten

FREDI FRÜH*

- I. Internet Provider und Netzwerkkriminalität
- II. Zivilrechtliche Haftung
- III. Alternativen zur Providerhaftung
- IV. Die Sicht des Internetunternehmens
- V. Diskussion im Panel

Dass die Eigenschaften des Internets die gängigen Muster der Informationsbeschaffung revidieren, ist augenfällig. Den Nutzern, die vermeintlich anonym und sehr selektiv Informationen nachfragen, stehen die Content Provider gegenüber, die ebenfalls anonym von beliebigen Standorten aus, unter beliebiger staatlicher Hoheit, beliebig grosse Datenmengen anbieten können. Dazwischen gibt es – identifizierbare – Zugangs- und Inhaltsanbieter. Diese Situation, insbesondere die Tatsache, dass gegen die Content Provider Recht häufig nicht durchgesetzt werden kann, muss sich auch im geltenden Recht abbilden. Wie dies hinsichtlich der Kontrolle von illegalen Inhalten geschehen soll, war Gegenstand der jüngsten Veranstaltung des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht, die in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich (ZIK) und der swiss media and software association (simsa) organisiert wurde.

Dr. Rolf auf der Maur, Vizepräsident der simsa, begrüßte die Teilnehmer und führte in der Folge gleich selbst durch das dichte Programm. In seiner Einführung zeigte er die «Meilensteine der Internetverantwortlichkeit» auf, streifte dabei die Rechtslage in Europa und ging auf die anstehende Revision des StGB ein. Als Vertreter der Providerbranche präsentierte er vorab einen alternativen Ansatz: Mit der Schaffung des Gütesiegels «Swiss Quality Hosting» soll eine Selbstregulierung der Provider ermöglicht werden. Das Siegel wird an jene Provider vergeben, die «Gewähr für eine hohe Dienstleistungsqualität und die Einhaltung von hohen technischen, rechtlichen und geschäftsethischen Standards» bieten.

I. Internet Provider und Netzwerkkriminalität

In der Folge war es an Prof. Dr. Christian Schwarzenegger, dem Vizepräsidenten der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität», den Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend Netzwerkkriminalität zu präsentieren und die dort enthaltenen Lösungen und Inhalte zu vertreten. Schwarzenegger stellte überblicksartig noch einmal die Beteiligten vor. Heikle Abgrenzungsfragen würden sich bei der Einordnung von Onlinegästebüchern und Marktplätzen stellen. Dort solle entsprechend einer Entscheidung des OGer Zürich vom 7. Dezember 1998 auf die Frage abgestellt werden, ob jemand die Informationen sichtet und auswählt (z.B. in Form einer Moderation). Je nachdem läge dann Haupttäterchaft oder die Stellung eines Host Providers vor. Ähnliche Fragen stellen sich bei Suchmaschinen-Providern und Hyperlink-Setzern.

Die Lösungen der Expertenkommission lassen sich wie folgt umreissen: Access Provider werden vollständig von der Strafbarkeit ausgenommen (Art. 27 Abs. 4 VE-StGB), bezüglich Host Providern gibt es eine zweistufige Lösung: Wer sicheres Wissen, also direkten Vorsatz im strafrechtlichen Sinne hat, ist unter den Voraussetzungen der Bestimmungen des Allgemeinen Teils über Täterschaft und Teilnahme strafbar (Art. 27 Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 322bis Ziff. 1 Abs. 1 VE-StGB). Kommt der Host Provider der neu geschaffenen Pflicht zur Weiterleitung gem. Art. 322bis Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB nach, bleibt er straflos, sofern der direkte Vorsatz fehlt. Suchmaschinen werden dabei den Host Providern gleichgestellt, die Hyperlinks bleiben unreguliert. Obwohl eine so genannte Horizontalregelung nach europäischem Muster aus verschiedenen Gründen verworfen wurde, kritisierte Schwarzenegger das Fehlen einer Regelung der zivilrechtlichen Haftung. Zwar habe das Strafrecht, etwa im Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte, keine entsprechenden zivilrechtlichen Normen, dennoch sei eine bal-

dige Klärung dieser Fragen notwendig, wie der Klageboom in Deutschland illustrierte. Der Entwurf folgt dem Grundsatz der Technikneutralität, umfasst also alle elektronischen Kommunikationsnetze, grenzt sich aber klar vom Medienstrafrecht ab (Art. 27 Abs. 2 VE-StGB). Ergänzt werden die Bestimmungen durch den Vorentwurf einer neuen Zuständigkeitsregelung auf Bundesebene (Art. 344 VE-StGB). Die Aufnahme dieser Bestimmung ist eine Folge der im Rahmen der schweizweit durchgeführten Operation «Genesis» erkannten Vollzugsdefizite.

Im Anschluss an die Präsentation der Lösungsansätze nahm Schwarzenegger Stellung zu Punkten, die sich in den zahlenmässig umfangreichen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren als strittig erwiesen. Die Schwierigkeiten der «Selbstbeurteilung» betreffend sicheres Wissen liessen sich gerade mit dem Instrument der Weiterleitung am besten entschärfen. Eine völlige Freistellung der Host Provider komme bereits aus rechtspolitischen Erwägungen nicht in Frage, da die Schweiz ein zu attraktiver Hosting-Standort für Rechteverletzer, zu einer eigentlichen «Insel unangenehmer Informationsportale» würde. Echte Alternative zur vorgeschlagenen Weiterleitungspflicht sei einzig das in der EU eingeführte Hotlinesystem, das lediglich dazu führe, dass die schwierigen Rechtsfragen vom Provider zur Hotline verlegt würden. Andererseits hätten Polen und Litauen gute Erfahrungen mit der Weiterleitung gemacht.

II. Zivilrechtliche Haftung

Als nächster Referent konzentrierte sich Rechtsanwalt Dr. Robert G. Briner auf die ausservertragliche Haftung, weil diese die schwierigsten Probleme aufwirft. Die Kernfrage ist dabei stets, in welchem Ausmass und wann die Diensteanbieter aktiv gegen Rechtsverletzungen Dritter, d.h. ihrer Kunden, vorgehen müssen. Haftungsrechtlich ist das gleichbedeutend mit der Frage, ob ein «Nichtstun», d.h. eine unterlassene Handlung, eine zivilrechtliche Haftung begründen kann.

Da in der Regel keine Verpflichtung zum Handeln besteht, bewirkt eine Unterlassung dann auch keinen Normverstoss, d.h. begründet keine Widerrechtlichkeit im zivilrechtlichen Sinn. Art. 50 OR statuiert in diesem Zusammenhang lediglich die Rechtsfolge der Solidarität, schafft aber keine Zurechnungsnorm für Mittäter, Anstifter, Gehilfen oder Begünstigter.

Trotzdem gebe es eine Anzahl bundesgerichtlicher Entscheidungen, in welchen eine sog. Garantstellung angenommen wird, die den Garanten zu einer aktiven Verhinderung von Unrecht verpflichtet. Die in Deutschland existierende sog. Störerhaftung beruhe auf demselben Konstrukt. In einem viel beachteten Entscheid¹ gelangte das Bundesgericht zu einer Haftung wegen unterlassener Suche nach Gefahren (technischen Defekten), begründete diese aber nicht mit einer Garantstellung, sondern mit dem Gefahrensatz.

In seiner zusammenfassenden Würdigung vermochte Briner keine kohärenten Linien in der Rechtsprechung zu erkennen. Er strich heraus, dass in der Rechtsprechung zur Garantstellung öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte kaum je für haftbar erklärt worden seien. Eine Haftung sei mehrheitlich bei Körperverletzungen bejaht worden, was geradeso gut mit dem Gefahrensatz hätte begründet werden können. Demgegenüber gebe es keinen Entscheid, der eine Haftung wegen Verletzung immaterieller Güter aufgrund von Garantstellung oder Gefahrensatz bejahe. Dass eine enge Verbindung zwischen Garantstellung und Gefahrensatz bestehe, zeige aber der so genannte Telekiosk-Fall² deutlich, bei dem die damalige PTT für das Zurverfügungstellen von Servicenummern mit pornografischen Inhalten ohne Alterskontrollen strafrechtlich wegen Gehilfenschaft zur Rechenschaft gezogen wurde. In der späteren Diskussion hob Schwarzenegger hervor, dass die Garantstellung auch bei der strafrechtlichen Haftung ein zentraler Punkt sei.

III. Alternativen zur Providerhaftung

Rechtsanwalt Dr. Mathis Berger zeigte in der Folge Alternativen zur Providerhaftung auf. Die wirksamste Bekämpfung illegaler Inhalte liege im Zugriff auf den Content Provider. Dies sei aber nur bei einer Entanonymisierung der Informationskette möglich. Dazu bestünden auf den Stufen Überwachung, Informationsbeschaffung und Zugriff jeweils konkrete Massnahmemöglichkeiten, die es aber auch auf ihre Grundrechtsverträglichkeit hin zu prüfen gelte. Die Trennung des Content Providers vom Netz geschieht mittels so genannten Widerrufs von Adressierungselementen, ein Verfahren, für das

¹ BGE 121 IV 10, „Hydraulische Hebebühne“.

² BGE 121 IV 109, „Telekiosk“

eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, das dafür aber erhebliche praktische Defizite aufweist, da wegen komplizierter Verhältnisse häufig nicht der entscheidende Verletzer erwischt wird oder der Verletzer einfach die Adresse wechselt. Berger attestiert dem Staat den Aufbau eines beachtlichen Instrumentariums, insbesondere um widerrechtliche Handlungen aufzuspüren und die Nutzer zu schützen. Es liegt in der Natur der Eingriffsmassnahmen selbst, dass sie etwas arg grob ausfallen und ihre Wirkung nur von kurzer Dauer ist. Unter diesem Gesichtspunkt werden sie dem von Berger geforderten effizienten und effektiven Eingreifen, bei dem möglichst viel verbotene und möglichst wenig erlaubte Information aufs Mal erfasst wird, nur in beschränktem Masse gerecht.

IV. Die Sicht des Internetunternehmens

«Anwälte sollten keine Internetunternehmen führen», meinte Patrick Dehmer, Head of Legal Services der Swisscom Fixnet AG / Bluewin AG mit scherzhaftem Unterton in den einleitenden Worten seines Beitrags. Unternehmertum sei risikoreich, was insbesondere für die Anbieter von Internetdiensten gelte. Da Bluewin als Service Provider sowohl fremde, als auch eigene Inhalte anbiete, seien die rechtlichen Risiken besonders breit gestreut. Als wichtigen Wert der Unternehmung strich Dehmer die Reputation heraus, die durch die rechtliche Verantwortlichkeit besonders gefährdet und somit mit professionellem Risikomanagement zu schützen sei. Wie das Reputationsrisiko über die rein rechtlichen Risiken hinausgehen kann, erklärte er anhand des Falles einer Sperrverfügung durch die waadtländer Untersuchungsbehörden, die trotz positivem Rekursentscheid eingehalten werden musste. Auch wie die Risiken als Content Provider einzuschätzen sind, konnte der Referent aus erster Hand schildern, indem er Schwierigkeiten beim Einrichten eines Portals mit erotischen und pornografischen Inhalten erläuterte.

Aus unternehmerisch-gesellschaftsrechtlicher Sicht zeichne sich aufgrund technologischer Konvergenz – des so genannten «Triple Play» (der Nutzung desselben Netzes für TV, Internet und Sprachtelefonie) – eine Wiedereingliederung der Internet Service Provider in deren Muttergesellschaften ab.

V. Diskussion im Panel

Im Anschluss an die Präsentationen konnten im Rahmen einer Paneldiskussion die einzelnen Punkte weiter vertieft werden. Zu den Referenten stiessen nun auch Dr. Adriano Viganò, Vertreter der Audio-Vision Schweiz und Roger Hofstetter, Geschäftsführer der Genotec Internet Consulting AG.

Sein Verhältnis zum Internet sei gespalten, meinte Viganò zu Beginn des Panels: Einerseits kämpfe man unter schwierigen Bedingungen gegen die illegale Nutzung, wobei die Host Provider lange Zeit die «Komplizen der Piraten» gewesen seien, andererseits erhalte erfreulicherweise die legale Nutzung Auftrieb. Hoffstetter wies in seiner Lagebeurteilung darauf hin, dass man als Host Provider weder aktiv nach illegalen Inhalten suchen könne noch wolle.

Noch einmal aufgeworfen wurde die Frage nach der Weiterleitungspflicht und worin der Unterschied zu einer einfachen Anzeigepflicht bestehe. Treffend bemerkte Patrick Dehmer, dass eine rechtliche Prüfung der Inhalte nur grösseren Firmen, wie zum Beispiel der seinen, möglich sei. Dr. Karin Schwab, Manager of Legal Affairs bei eBay schätzte die Situation ähnlich ein, formulierte aber anders: Die Anstrengungen, die eigene Seite «sauber zu halten» würden gemäss Vorentwurf vom Gesetzgeber negiert, weniger sorgfältige Anbieter ohne grosses Reputationsrisiko würden bevorzugt.

Bezirksrichterin Esther Vögeli befürchtete in einer Wortmeldung zur gleichen Frage unnötig gesperrte Internetseiten, nicht zuletzt, weil die Weiterleitungspflicht von Konkurrenten missbraucht werden könne. Zur Beurteilung sei hohe juristische Fachkompetenz nötig, die den Vollzugsbehörden grösstenteils fehle. Den Einwand von Auf der Maur, eine solche Prüfung könne allenfalls im Tätigkeitsbereich der KOBK liegen, verwarf sie mit Hinweis auf den dort geplanten Stellenabbau.

Schwarzenegger legte abschliessend Wert darauf, dass mögliche Vollzugsdefizite dem Praktiker zwar näher, grundsätzlich aber gesondert anzusehen seien. Der Mechanismus des Weiterleitungsrechts sei funktionstüchtig. Gleiches gelte für den gesamten Entwurf. Das Schicksal dieses Entwurfs und ob er ein zivilrechtliches Pendant erhalten wird, kann, das hat die Veranstaltung deutlich gezeigt, sicherlich mit gespanntem Interesse verfolgt werden.

* cand. iur., wiss. Hilfsassistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.