

Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?

CYRILL P. RIGAMONTI*

Der Bundesrat hat am 11. Dezember 2015 einen Gesetzesentwurf vorgelegt, mit dem das Urheberrecht modernisiert und im Namen der Pirateriebekämpfung eine Reihe neuer Pflichten für Internet-Service-Provider eingeführt werden sollen. Der vorliegende Beitrag untersucht diese Vorschläge vor dem Hintergrund einer Darstellung der Grundzüge der Providerhaftung, also der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen, die von Dritten unter Verwendung ihrer Dienste begangen werden. Er kommt zum Schluss, dass der Gesetzesentwurf in diesem Bereich weit über das Ziel hinauschießt und grundlegend überarbeitet werden muss.

Le Conseil fédéral a présenté le 11 décembre 2015 un projet de loi pour moderniser le droit d'auteur et permettre l'introduction de toute une série de nouvelles obligations pour les fournisseurs de services Internet pour améliorer la lutte contre le piratage sur Internet. L'article qui suit examine les principes de la responsabilité civile des fournisseurs de ser-

vices Internet en cas de violations du droit d'auteur commises par des tiers faisant usage de leurs services. L'auteur en conclut que le projet de loi va à cet égard bien au-delà de l'objectif poursuivi et qu'il doit être fondamentalement amélioré.

- I. Einleitung
 - II. Status quo Providerhaftung
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Dogmatische Optionen
 - 3. Zwischenfazit
 - III. Bundesratsentwurf
 - 1. Grundzüge
 - 2. Pflichten für Hosting-Provider
 - 3. Pflichten für Access-Provider
 - 4. Durchsetzung und Haftungsfreistellung
 - IV. Fazit
- Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

Der Begriff der Providerhaftung beschreibt schlagwortartig das Thema der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern im Zusammenhang mit Rechtsverletzungen, die von den Nutzern ihrer Dienste und Einrichtungen begangen werden. Die Providerhaftung ist insofern lediglich ein Ausschnitt eines umfassenderen Problems, das bisweilen auch unter den Stichworten der mittelbaren oder indirekten Verletzung, der Verantwortlichkeit von Teilnehmern, der Sekundärhaftung oder der Dritthaftung diskutiert wird¹ und das grundsätzlich das ge-

samte Immaterialgüterrecht im weitesten Sinne betrifft, einschliesslich des Persönlichkeits- und Lauterkeitsrechts. Im Kern geht es dabei immer um die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Person bei Rechtsverletzungen Dritter eine eigene Verantwortung trifft und ob entsprechend eine Passivlegitimation für negatorische oder reparatorische Ansprüche der verletzten Person besteht, obwohl seitens der ins Recht gefassten Person keine direkte Verletzungshandlung vorliegt². In rechtspolitischer Hinsicht wird zugunsten einer solchen Verantwortlichkeit in der Regel mit der Effizienz der Rechtsdurchsetzung argumentiert, weil das Übel an der Wurzel oder zumindest dort angepackt werden kann, wo die Wirkung am grössten ist³. Das typische Gegenargument weist auf die Gefahr einer unbilligen Überdehnung des Rechtsschutzes und einer ungerechtfertigten Umlegung der Kosten für die Rechtsdurchsetzung von den Rechtsinhabern auf Dritte hin, die selbst keine direkten Verletzungshandlungen begehen.

«secondary liability» die Rede; siehe z.B. C.P. RIGAMONTI, Secondary Liability of Internet Service Providers in Switzerland, in: L. Heckendorn Urscheler (Hg.), Swiss Reports Presented at the XIXth International Congress of Comparative Law, Zürich 2014, 389.

² Vgl. dazu allgemein auch A. HESS-BLUMER, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2003, 96.

³ Siehe dazu auch M. WULLSCHLEGER, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015, Rz. 172.

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., S.J.D., Ordinarius für Wirtschaftsrecht, Universität Bern. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Vortrags, der im Januar 2016 anlässlich einer gemeinsamen Urheberrechtstagung der ALAI und der Université de Neuchâtel in Neuenburg gehalten wurde. Alle Links wurden zuletzt am 31. Januar 2016 überprüft.

¹ International ist auch von «contributory infringement», «accessorial liability» oder

Obwohl diese Frage von allgemeiner zivilrechtlicher Relevanz und darum alles andere als neu ist, hat ihre rechtspolitische Bedeutung in den letzten Jahren erheblich zugenommen, insbesondere im Urheberrecht. Dies liegt primär daran, dass die Rechtsdurchsetzung bei Urheberrechtsverletzungen im Internet gegenüber den direkten Verletzern ineffizient oder mit Schwierigkeiten befrachtet sein kann, wenn diese zu zahlreich, nicht bekannt oder aus anderen Gründen nicht greifbar sind. Deshalb bemühen sich die Vertreter der Urheberrechtsindustrie seit einigen Jahren weltweit, die Internet-Service-Provider für die Rechtsdurchsetzung zu gewinnen, weil die Provider oft näher an den Rechtsverletzern und den rechtsverletzenden Inhalten sind als die Rechtsinhaber. Freilich lassen sich die Internet-Service-Provider nur ungern als Hilfspolizisten einspannen, weil dies unweigerlich mit Aufwand und Kosten verbunden ist und Wettbewerbsnachteile befürchtet werden, wenn Konkurrenten nicht gleichermaßen mitziehen⁴. Kommt vor diesem Hintergrund keine freiwillige Kooperation zustande und werden seitens der Internet-Service-Provider auch keine einseitigen Massnahmen getroffen, stellt sich die Frage, ob die Provider rechtlich zur Mitwirkung an der Rechtsdurchsetzung gezwungen werden können. Dies ist dann möglich, wenn sie in irgendeiner Form für die Rechtsverletzungen mitverantwortlich gemacht werden können, die von Dritten unter Benutzung ihrer Einrichtungen oder Dienstleistungen begangen werden. Denn nur wenn eine solche Verantwortlichkeit besteht, werden die Provider nicht darum herumkommen, bestimmte Massnahmen zu treffen, um sich rechtmässig zu verhalten.

⁴ Vgl. auch SECO, Bericht Roundtable zum Urheberrecht im Internet vom 23. Januar 2014, Ziff. 6.3.

Aus diesem Grund spielt die Frage der Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern für die Rechtsdurchsetzung im Internet eine nicht zu unterschätzende Rolle. Entsprechend war es nur eine Frage der Zeit, bis dieses Thema auch in der Schweiz in den Fokus der Rechtspolitik rücken würde, zumal in der EU⁵ und den USA⁶ bereits seit einigen Jahren spezifische gesetzliche Regelungen bestehen. Hinzu kommt, dass seitens der USA mit Blick auf die Schwierigkeiten amerikanischer Rechtsinhaber bei der Rechtsdurchsetzung im Nachgang zum Logistep-Entscheid des Bundesgerichts⁷ vermehrt Druck gemacht wurde und noch immer wird⁸. Die Bundesverwaltung nahm sich der Problematik in der Folge gleich mehrfach an. Zunächst wurde im Zuge der Verabschiedung des bundesrätlichen Berichts «Rechtliche Basis für

⁵ Siehe insbesondere Art. 12–15 der 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, ABl. vom 17. Juli 2000, Nr. L 178, 1 (hiernach «ECRL»); vgl. ferner auch Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. vom 22. Juni 2001, Nr. L 167, 10 (hiernach «Info-RL»); Art. 11 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. vom 30. April 2004, Nr. L 157, 45, zuletzt berichtigt in ABl. vom 4. August 2007, Nr. L 204, 27.

⁶ 17 U.S.C. § 512.

⁷ BGE 136 II 508. Siehe dazu auch hinten im Text nach Fn. 140.

⁸ Siehe z.B. NZZ vom 15. Februar 2014, Nr. 38, 13; vgl. auch die Zusammensetzung des Teilnehmerkreises und den Inhalt des SECO Roundtable zum Urheberrecht im Internet; SECO (Fn. 4), 4 und Anhänge 1 und 2; ferner USTR, 2012 Special 301 Report, 17; USTR, 2013 Special 301 Report, 21; USTR, 2014 Special 301 Report, 21; USTR, 2015 Special 301 Report, 17 f.

Social Media»⁹ im Oktober 2013 das EJPD bzw. das BJ damit beauftragt, die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern allgemein zu prüfen und gegebenenfalls bis Ende 2015 eine Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten. Sodann wurde das EJPD bzw. das IGE im Juni 2014 beauftragt, auf der Grundlage des Schlussberichts der AGUR12¹⁰ und unter Berücksichtigung der parallelen Arbeiten unter Federführung des BJ ebenfalls bis Ende 2015 eine Vernehmlassungsvorlage vorzulegen, wobei die Inpflichtnahme der Provider an erster Stelle genannt wurde¹¹. Am 11. Dezember 2015 wurde dann der Bericht des Bundesrates über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern¹² veröffentlicht, der zum Schluss kommt, dass in dieser Hinsicht kein allgemeiner gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht¹³. Dennoch¹⁴ wurde gleichzeitig ein Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes eröffnet¹⁵ und unter dem Titel der «Modernisierung des Urheberrechts» ein Entwurf für eine

⁹ Bundesrat, Rechtliche Basis für Social Media, Bericht in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, <www.bakom.admin.ch/themen/infosociety/04837/index.html>.

¹⁰ AGUR12, Schlussbericht vom 28. November 2013, <www.ige.ch/urheberrecht/agur12.html>.

¹¹ Siehe <www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=53259>.

¹² Bundesrat, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht vom 11. Dezember 2015, <www.tinyurl.com/BR-Ber-20151211-pdf>.

¹³ Bundesrat (Fn. 12), 4.

¹⁴ Der Bundesrat sieht darin keinen Widerspruch, weil sich die Schlussfolgerung des Bundesratsberichts ausdrücklich nicht auf die gleichzeitig vorgeschlagene Änderung des URG erstrecken soll; so Bundesrat (Fn. 12), 13. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Argumente und Erwägungen im Bundesratsbericht in verschiedenen Punkten materiell nicht mit den Revisionsvorschlägen vereinbar sind.

¹⁵ BBl 2015, 9647. Die Vernehmlassungsfrist läuft bis zum 31. März 2016.

Änderung des Urheberrechtsgesetzes¹⁶ samt Erläuterungen¹⁷ zugänglich gemacht, der unter anderem eine Reihe neuer gesetzlicher Pflichten für Internet-Service-Provider vorsieht¹⁸.

Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend zunächst der Status quo der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern¹⁹ unter Berücksichtigung des Bundesratsberichts dargestellt, wobei sich der Beitrag auf das Urheberrecht beschränkt. Sodann soll auf dieser Basis der Änderungsentwurf des Bundesrates gewürdigt werden, soweit es dabei um Vorschläge geht, die für die Frage der Verantwortlichkeit der Internet-Service-Provider relevant sind.

II. Status quo Providerhaftung

1. Grundsätzliches

Die gesetzliche Ausgangslage für eine Providerhaftung im Urheberrecht ist aus Sicht der Rechtsinhaber zunächst insofern nicht optimal, als das geltende Urheberrechtsgesetz die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern an Urheberrechtsverletzungen Dritter bekanntlich nicht regelt²⁰.

Überdies erfüllt das Verhalten von Internet-Service-Providern in solchen Fällen kaum je einen Verletzungstatbestand nach Art. 9, 10 oder 11 URG. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass schon aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Providers unter bestimmten Voraussetzungen besteht und bestehen muss²¹, nämlich dann, wenn (i) eine Urheberrechtsverletzung eines Dritten vorliegt oder droht und (ii) der Provider einen rechtlich relevanten Beitrag dazu leistet²². Daher drehen sich die Diskussionen um die Providerhaftung im Urheberrecht primär um die Frage, wann auf Tatbestandsseite ein solcher rechtlich relevanter Beitrag vorliegt, der zusammen mit dem Bestehen einer Urheberrechtsverletzung eines Dritten²³ die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Providers begründet, da urheberrechtliche Ansprüche gegen Provider von vornherein nur dann geltend gemacht werden können, wenn ihr Verhalten rechtswidrig ist.

führung oder Ausstellung, entgeltlich oder unentgeltlich, hergibt, ist zivilrechtlich nur haftbar, wenn er die Widerrechtlichkeit der Veranstaltung gekannt hat»; siehe dazu auch A. TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl., Basel 1985, 904 f.; jüngst wieder WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 175 ff. Damit wollte man im Anschluss an BGE 29 II 339 die Gehilfenschaft der Wirte regeln, wobei eine Verantwortlichkeit für die fahrlässige Unkenntnis der Widerrechtlichkeit einer Veranstaltung explizit abgelehnt wurde (BBl 1918 III 652). Diese Norm wurde mit dem Erlass des geltenden URG ersatzlos gestrichen, und zwar mit der Begründung, dass für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit «die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, insbesondere Art. 50» gelten; Erläuterungen zum Vorentwurf der I. Expertenkommission von 1971 zu einem Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, 117. Zu Art. 50 OR siehe hinten II.2.b.

²¹ Bundesrat (Fn. 12), 41 f.

²² RIGAMONTI (Fn. 1), 390; HESS-BLUMER (Fn. 2), 101.

²³ Es gilt das Akzessorietätsprinzip: keine widerrechtliche Teilnahme ohne widerrechtliche Haupttat; HESS-BLUMER (Fn. 2), 98, 101 f.

Einig scheint man sich in diesem Zusammenhang darüber zu sein, dass dieses Verhalten die direkte Rechtsverletzung des Dritten zumindest objektiv fördern muss²⁴. Weniger klar ist jedoch, was dies konkret heisst; ob also urheberrechtlich ein untergeordneter Beitrag genügt und ob es mit Blick auf eine potenziell ausufernde Verantwortlichkeit auf Tatbestandsseite eine Untergrenze der Erheblichkeit gibt²⁵. In der Lehre und im Bundesratsbericht wird teilweise versucht, an dieser Stelle mit dem Begriff der adäquaten Kausalität (zwischen dem Beitrag des Teilnehmers und der direkten Verletzung) zu operieren²⁶. Es ist jedoch fraglich, ob die Adäquanzformel im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Internet-Service-Providern für eine sinnvolle Beschränkung der Verantwortlichkeit genügt, weil selbst bei Access-Providern durch-

²⁴ RIGAMONTI (Fn. 1), 391; HESS-BLUMER (Fn. 2), 101; N. SCHOCH/M. SCHÜEPP, Provider-Haftung «de près ou de loin»?; Jusletter 13. Mai 2013, Rz. 32.

²⁵ Zusätzlich besteht für ein Gericht grundsätzlich immer die Möglichkeit, eine überschießende Verantwortlichkeit unter Berufung auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) auf der Rechtsfolgenseite zu korrigieren, z.B. indem ein Unterlassungsanspruch trotz widerrechtlichen Verhaltens des Teilnehmers nur eingeschränkt gewährt oder unter Umständen ganz verneint wird; siehe dazu auch Bundesrat (Fn. 12), 31. Der internationale Klassiker für diese Methode der rechtsfolgenrechtlichen Begrenzung einer tatbestandsseitigen (zu) weit gezogenen Verantwortlichkeit ist der deutsche Magnettonaufnahmefall aus dem Jahre 1955, in dem zwar einerseits der Vertrieb von Magnettonbandaufnahmegeräten als urheberrechtsverletzende widerrechtliche Störungshandlung qualifiziert wurde, weil diese Geräte von den Abnehmern für rechtswidrige Vervielfältigungen verwendet werden konnten, andererseits aber der Vertrieb der Geräte nicht pauschal verboten, sondern das Verbot auf Fälle beschränkt wurde, in denen der Hersteller seine Abnehmer nicht über die Rechtslage informierte; siehe BGHZ 17, 292 f.

²⁶ Siehe z.B. HESS-BLUMER (Fn. 2), 103; Bundesrat (Fn. 12), 2, 31 f.; vgl. in patentrechtlichem Zusammenhang auch BGE 129 III 588, E. 4.1.

¹⁶ Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 11. Dezember 2015, <www.tinyurl.com/E-URG-2015-pdf> (hiernach «E-URG»).

¹⁷ Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes vom 11. Dezember 2015, <www.tinyurl.com/Erl-E-URG-pdf> (hiernach «Erl. E-URG»).

¹⁸ Siehe Art. 66b ff. E-URG.

¹⁹ Im vorliegenden Beitrag wird der Klarheit und Einfachheit halber die Terminologie des Bundesratsberichts übernommen, der innerhalb der Kategorie der Internet-Service-Provider lediglich zwischen Hosting-Providern und Access-Providern unterscheidet; Bundesrat (Fn. 12), 26 f.

²⁰ Im Gegensatz dazu sah aArt. 60 URG unter der Marginalie «Haftung des Lokalgebers für widerrechtliche Veranstaltungen» immerhin noch Folgendes vor: «Wer lediglich den Raum für einen widerrechtlichen Vortrag oder eine widerrechtliche Aufführung, Vor-

aus argumentiert werden könnte, dass ihre Dienstleistungen «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung»²⁷ an sich geeignet sind, eine widerrechtliche Urheberrechtsverletzung allgemein zu begünstigen²⁸. Unbesehen dessen stellt sich darüber hinaus die Frage, inwiefern zusätzlich zur objektiven Förderung gewisse subjektive Elemente gegeben sein müssen, damit von einer rechtlich relevanten Teilnahme gesprochen werden kann, z.B. die Kenntnis des Teilnehmers von der Handlung des direkten Verletzers oder gar das Wissen um die Rechtswidrigkeit dieser Handlung. Dass die Berücksichtigung subjektiver Elemente auf Stufe Widerrechtlichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen sein muss, zeigt ein Blick aufs deutsche Recht, das für eine rechtlich relevante Teilnahme im Sinne von § 830 Abs. 2 BGB nach ganz herrschender Lehre und Rechtsprechung gar einen bedingten Vorsatz voraussetzt, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschliessen muss²⁹. Jedenfalls ist die Vorstellung, wie sie teilweise in der Lehre und auch im Bericht des Bundesrates durchzuschimmern scheint, wonach subjektive

Elemente per se nur bei Schadenersatzansprüchen im Rahmen der Prüfung des Verschuldens überhaupt relevant sein können³⁰, nicht haltbar.

2. Dogmatische Optionen

Angesichts der fehlenden gesetzlichen Hilfestellung im Urheberrecht wird in der Lehre teilweise versucht, über Analogieschlüsse nicht-urheberrechtliche Normen und Konzepte fruchtbar zu machen, um die Frage nach den Voraussetzungen eines rechtlich relevanten Beitrags von Internet-Service-Providern als Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden beantworten zu können. Dabei wird im Wesentlichen auf drei Analogien zurückgegriffen: Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB), Schadenersatzrecht (Art. 50 OR) und/oder Patentrecht (Art. 66 lit. d PatG).

a) Persönlichkeitsrecht

Zunächst könnte man versucht sein³¹, auf den *Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB* und namentlich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Begriff der Mitwirkung zu rekurrieren, für den grundsätzlich ein untergeordneter Tatbeitrag genügt³². Kein erheblicher Tatbeitrag stellt gemäss Bundesgericht immerhin das Setzen eines allgemeinen Links auf die Website einer vom Linksetzer beherrschten Zeitung oder Radiostation dar, weil dies «zu unspezifisch» sei, um eine Persönlichkeitsver-

letzung durch einen konkreten Medienbericht, auf den nicht speziell verlinkt wird, verursachen, ermöglichen oder begünstigen zu können³³. Eindeutig ist heute die Rechtsprechung in subjektiver Hinsicht: Der oder die Mitwirkende muss keinerlei Kenntnisse vom Verhalten des direkten Verletzers haben³⁴. Für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern steht hier der bekannte Genfer Fall zum Blog-Hosting aus dem Jahre 2013 im Vordergrund, in dem ein Zeitungsunternehmen als Blogbetreiber bei einer Persönlichkeitsverletzung, die von einem Blogger begangen wurde, mit Bezug auf ein Feststellungs- und Beseitigungsbegehren für passivlegitimiert befunden wurde, und zwar unabhängig davon, ob ihm dieses Verhalten oder auch nur der Blogger bekannt war³⁵.

Angewendet auf die Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern im Urheberrecht würde dies bedeuten, dass die Widerrechtlichkeit ihres Verhaltens bei einer direkten Urheberrechtsverletzung durch ihre Kunden ohne Weiteres gegeben wäre, allenfalls mit Ausnahme der Access-Provider, deren Beitrag zur Verletzungshandlung durch einen Anschlussinhaber als «zu unspezifisch» qualifiziert werden könnte. Drei Punkte sprechen jedoch gegen eine Übertragung des persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes auf urheberrechtliche Konstellationen³⁶. *Erstens* sind urheberrechtliche Werke keine Persönlichkeitsgüter, sondern Wirt-

²⁷ BGE 123 III 110, E. 3a; allgemein K. OFTINGER/E.W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, 110 f.

²⁸ Damit soll nicht gesagt sein, dass das Anliegen, über die Adäquanzformel eine Beschränkung der Verantwortlichkeit zu erreichen, in der Sache nicht berechtigt wäre, sondern nur, dass sich jedenfalls Internet-Service-Provider in der Praxis darauf nicht verlassen können, zumal «die Judikatur Adäquanz in viel zu weitem Umfang bejaht»; so H. HONSELL/B. ISENRING/M. A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 3 Rz. 11.

²⁹ Siehe z.B. BGHZ 158, 250; BGH, GRUR 2011, 152 Rz. 30; BGH, GRUR 2011, 1018 Rz. 24; BGH, GRUR 2013, 1229 Rz. 32; BGH, GRUR 2015, 485 Rz. 35; B. VON WOLFF, in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014, UrhG 97 N 14; T. DREIER/L. SPECHT, in: T. Dreier/G. Schulze (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl., München 2015, UrhG 97 N 23.

³⁰ Siehe z.B. SCHOCH/SCHÜEPP (Fn. 24), Rz. 32 f.; Bundesrat (Fn. 12), 40, 61.

³¹ So z.B. P. FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich 2009, 275; SCHOCH/SCHÜEPP (Fn. 24), Rz. 33 f.; für das Designrecht auch P. HEINRICH, DesG/HMA, 2. Aufl., Zürich 2014, DesG 9 N 45.

³² Siehe z.B. BGer vom 14. Januar 2013, 5A_792/2011, E. 6.2; BGer vom 9. November 2015, 5A_963/2014, E. 5.3.1. Vgl. auch BGE 126 III 161; BGer vom 12. September 2002, 5P.254/2002; BGer vom 28. Oktober 2003, 5P.308/2003, E. 2.4, 2.5.

³³ BGer vom 6. Mai 2015, 5A_658/2014, E. 4.2.

³⁴ Statt vieler P. ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zürich 2004, 218.

³⁵ BGer vom 14. Januar 2013, 5A_792/2011, E. 6.2; siehe nun auch BGer vom 9. November 2015, 5A_963/2014, E. 5.3.1.

³⁶ Der Bundesrat hält diese Frage zwar für «nicht geklärt» (Bundesrat [Fn. 12], 33), überträgt in seinem Bericht im Ergebnis aber die persönlichkeitsrechtlichen Grundsätze auch auf das Urheberrecht; Bundesrat (Fn. 12), 41 f., 61.

schaftsgüter, sodass rechtspolitisch fraglich ist, ob der besondere Schutz, der den Persönlichkeitsgütern vom Gesetzgeber in Art. 28 ZGB bewusst angedeiht wird³⁷, unbesehen auf das Urheberrecht übertragen werden kann³⁸. *Zweitens* besteht im Persönlichkeitsrecht auf Tatbestandsebene stets die Möglichkeit der Interessenabwägung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, wodurch überschüssende Verantwortlichkeiten allenfalls vermieden werden können³⁹. Da es im Urheberrecht indes keine vergleichbare Möglichkeit einer einzelfallgerechten Justierung der Widerrechtlichkeit durch Interessenabwägung gibt, ist eine am Persönlichkeitsrecht orientierte, weitgehend voraussetzungslose Definition der Passivlegitimation nicht gleichermassen geboten⁴⁰. *Drittens* wäre eine Übertragung der persönlichkeitsrechtlichen Rechtsprechung zum Begriff der Mitwirkung nicht kompatibel mit der allgemeinen zivilrechtlichen Norm für die Teilnahmehaftung in Art. 50 OR und mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur spezifisch immaterialgüterrechtlichen Norm über die Verantwortlichkeit von Teilnehmern in Art. 66 lit. d PatG, was zur Schaffung sachlich nicht gerechtfertigter Diskrepanzen innerhalb des Immaterialgüterrechts führen würde.

b) Schadenersatzrecht

Mangels spezifischer urhebergesetzlicher Grundlage für die Teilnehmerhaftung wird oft auf die allgemeine zivilrechtliche Norm von Art. 50 OR zurückgegriffen⁴¹, die zwar streng genommen lediglich die solidarische Haftung mehrerer Teilnehmer für einen gemeinsam verursachten und verschuldeten Schaden anordnet, aber dennoch gemeinhin als gesetzliche Anerkennung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern verstanden wird. Der Rückgriff auf Art. 50 OR ist durchaus berechtigt, denn die solidarische Haftung von Teilnehmern für Schadenersatz setzt eine solche Verantwortlichkeit und damit auch die Widerrechtlichkeit des Teilnehmers voraus. Insofern kann Art. 50 OR nicht nur für reparatorische Ansprüche, sondern – allerdings nur analog – auch für negatorische Ansprüche gegenüber Teilnehmern an Rechtsverletzungen herangezogen werden. Für das Urheberrecht lässt sich dieser Befund nicht nur auf die Materialien stützen⁴², sondern auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, das im Fall Rediffusion einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch explizit auf der Basis von Art. 50 OR gewährte⁴³.

Im Unterschied zur deutschen Parallelnorm in § 830 Abs. 2 BGB⁴⁴ setzt eine Teilnahme nach Art. 50 OR keinen doppelten Vorsatz voraus. Für das vom Bundesgericht verlangte gemeinsame Verursachen und gemeinsame Verschulden⁴⁵ genügt auch ein fahrlässiges⁴⁶ Zusammenwirken, doch wird immerhin vorausgesetzt, dass jeder

Handelnde «vom Tatbeitrag des andern Kenntnis hat oder bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis haben könnte»⁴⁷. Entsprechend ist zivilrechtlich nur Anstifter, wer einen anderen vorsätzlich oder fahrlässig zu einer widerrechtlichen Handlung veranlasst, und Gehilfe ist nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig die unerlaubte Handlung des Haupttäters fördert bzw. unterstützt⁴⁸. Dies hat unweigerlich zur Folge, dass das Vorliegen eines rechtlich relevanten Beitrags zur direkten Verletzung subjektive Tatbestandsmerkmale voraussetzt, und zwar schon auf Ebene der Widerrechtlichkeit⁴⁹. Wer von der direkten Verletzung keine Kenntnis hat und bei der erforderlichen Aufmerksamkeit auch keine Kenntnis haben müsste, wirkt nicht mit dem direkten Verletzer zusammen, ist folglich nicht Teilnehmer im Sinne von Art. 50 OR und handelt darum auch nicht widerrechtlich. Entsprechend setzen auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche voraus, dass der ins Recht gefasste Teilnehmer das Verhalten des direkten Verletzers zumindest hätte kennen müssen. Verlangt wird nach Art. 50 OR also eine im Vergleich zu Art. 28 ZGB qualifizierte Form der Mitwirkung.

Wendet man diese Grundsätze auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern an, so dürfte eine rechtlich relevante Teilnahme von Access-Providern an spezifischen Urheberrechtsverletzungen wohl in aller Regel ganz verneint werden⁵⁰. Bei Hosting-Providern würde

³⁷ Siehe insbesondere BBl 1982 II 637, 656 f.

³⁸ Überlegungen wie die von A. KERNEN, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen eines Kunden, Jusletter 4. März 2013, Rz. 19, der das Genfer Urteil aus konsumentenschützerischer Perspektive befürwortet, weil so die Schweizer Nutzer gegenüber Hosting-Providern wie Facebook und Google gestärkt würden, zeigen nur, dass sich die persönlichkeitsrechtliche nicht mit der immaterialgüterrechtlichen Realität decken muss, denn eine ähnlich weitgreifende Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern trifft im Bereich des Urheberrechts letztlich vor allem die Konsumenten.

³⁹ Siehe dazu auch ROHN (Fn. 34), 218 f.

⁴⁰ Gl.M. WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 213.

⁴¹ Bundesrat (Fn. 12), 40; SCHOCH/SCHÜEPP (Fn. 24), Rz. 28 Fn. 66.

⁴² Siehe vorne Fn. 20.

⁴³ BGE 107 II 82, E. 9a; siehe dazu jüngst wieder WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 178, 192 ff.

⁴⁴ Siehe dazu auch die Quellenangaben in Fn. 29.

⁴⁵ BGE 55 II 310, E. 2.

⁴⁶ Siehe z.B. BGE 25 II 817, E. 4; BGE 57 II 417, E. 2; K. OFTINGER/E.W. STARK, Schweizeri-

sches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, 102.

⁴⁷ BGE 104 II 225, E. 4a; vgl. auch BGE 115 II 42, E. 1b; H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 1436.

⁴⁸ P. KÜTTTEL, Begriff der Teilnahme nach Art. 50 OR, HAVE 2008, 329 f.; REY (Fn. 47), N 1435 ff.

⁴⁹ Zur Abgrenzung der subjektiven Merkmale des objektiven Tatbestands vom Verschulden siehe WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 199 f.

⁵⁰ So im Ergebnis auch WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 225 ff.

eine Teilnahme voraussetzen, dass sie von der konkreten Verletzung Kenntnis hatten oder unter den Umständen haben mussten, was in der Praxis in den meisten Fällen darauf hinausläuft, dass die Urheberrechtsinhaber abmahnen müssen, um bei anschliessender Untätigkeit der Provider urheberrechtliche Ansprüche auf der Grundlage von Art. 50 OR geltend machen zu können. Anders wäre es dann, wenn der Provider sein Angebot gerade bewusst darauf anlegt, Urheberrechtsverletzungen gezielt und systematisch zu fördern⁵¹. In diesem Fall wird das erforderliche subjektive Tatbestandsmerkmal mit Bezug auf konkrete direkte Verletzungen ausnahmsweise erfüllt sein, ohne dass von Dritten spezifisch darauf hingewiesen werden müsste.

c) Patentrecht

Als Referenznorm für die urheberrechtliche Providerhaftung läge mit Blick auf die Einheit des Immaterialgüterrechts die patentrechtliche Regel von Art. 66 lit. d PatG⁵² zur Verantwortlichkeit von Teilnehmern eigentlich am nächsten, zumal dazu bereits eine relativ reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht, die immerhin bis ins Jahr 1894 zurückreicht⁵³. Überdies ist diese Rechtsprechung in der Sache konsistent

mit der soeben geschilderten Rechtslage nach Art. 50 OR⁵⁴, sodass bei einer Übertragung dieser Rechtsprechung aufs Urheberrecht keine nennenswerten Diskrepanzen zur allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsgrundlage oder zur spezifisch immaterialgüterrechtlichen Verletzungsnorm eingeführt würden. Das Leiturteil in diesem Bereich ist nach wie vor BGE 129 III 588, in dem das Bundesgericht bei Vorrichtungen, die nicht nur rechtsverletzend verwendet werden können⁵⁵, im Wesentlichen zwei Varianten unterscheidet. Erstens ist eine rechtlich relevante Teilnahme dann gegeben, wenn zur Rechtsverletzung *schuldhaft* angestiftet wird⁵⁶, z.B. indem die Vorrichtung gerade für den rechtsverletzenden Gebrauch angepriesen wird. Zweitens liegt eine rechtlich relevante Teilnahmehandlung dann vor, wenn der Teilnehmer *weiss oder wissen muss*, dass seine Vorrichtung geeignet und vom Kunden dazu bestimmt ist, rechtsverletzend gebraucht zu werden⁵⁷. Handelt es sich bei der fraglichen Vorrichtung um ein allgemein im Handel erhältliches Erzeugnis, lehnt das Bundesgericht eine Teilnahmehandlung wegen des Erfordernisses eines adäquaten Kausalzusammenhangs gar von vornherein ab⁵⁸. Damit ist höchstrichterlich anerkannt, dass eine rechtlich relevante Teilnahme auch im Patentrecht subjektive Tatbestandselemente voraussetzt⁵⁹. Dieser

Aspekt wird im Bundesratsbericht nicht hinreichend gewürdigt⁶⁰.

Überträgt man diese patentrechtlichen Kriterien auf die urheberrechtliche Providerhaftung, dann liegt eine rechtlich relevante Teilnahme dann vor, (i) wenn die Dienste des Providers ausschliesslich urheberrechtsverletzend verwendet werden können, also gar keinen rechtmässigen Zweck haben, (ii) wenn sie trotz rechtmässiger Verwendungsmöglichkeit für einen urheberrechtsverletzenden Gebrauch angepriesen werden oder (iii) wenn sie für die infrage stehende Urheberrechtsverletzung des Kunden adäquat kausal sind und der Provider weiss oder wissen muss, dass seine Dienste für den urheberrechtsverletzenden Einsatz geeignet sind und sie vom Kunden auch konkret für eine Urheberrechtsverletzung verwendet werden. Im Ergebnis läuft dies auf dasselbe hinaus wie die Analyse nach Art. 50 OR, weil eine Teilnahme der Access-Provider entweder am adäquaten Kausalzusammenhang oder an den subjektiven Merkmalen scheitern wird und weil Hosting-Provider, deren Dienste nicht nur rechtsverletzend verwendet werden können, nur dann Teilnehmer sind, wenn sie von der direkten Verletzung des Kunden Kenntnis haben oder haben müssten, was in der Praxis in der Regel eine Abmahnung voraussetzen dürfte.

3. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern bei Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden trotz fehlender urhebergesetzlicher Regelung dann vorliegt, wenn der Provider einen rechtlich relevanten Beitrag dazu leistet. Die Voraussetzungen dieses rechtlich relevanten Beitrages sind dabei nicht in Analogie

⁵¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch das strafrechtliche Urteil BGer vom 7. Februar 2011, 6B_757/2010, E. 4.

⁵² Alternativ käme auch der vergleichbare Art. 9 Abs. 2 DesG als Referenznorm infrage, doch gibt es dazu bisher kaum Rechtsprechung.

⁵³ Siehe z.B. BGE 20, 658; BGE 34 II 334, 362; BGE 38 II 289; BGE 58 II 266; BGE 61 II 377; BGE 92 II 293; BGE 97 II 169; BGE 122 III 81; BGE 129 III 25; BGE 129 III 588; BGer vom 1. April 2005, 4C.138/2004; BGer vom 31. Januar 2012, 4A_532/2011, E. 2.1.2; vgl. auch HGer Zürich, SMI 1984, 235, 239; HGer Zürich, sic! 1997, 208; HGer ZH, sic! 1999, 148; HGer St. Gallen, sic! 2005, 31. Eine umfassende Aufarbeitung dieser Rechtsprechung findet sich bei A. WITT, Die mittelbare Patentverletzung nach deutschem und schweizerischem Recht, Bern 2011, 162 ff.

⁵⁴ So auch T. CALAME, Die Wirkung des Patents, in: SIWR IV, Basel 2006, 457. In den Worten des BGer: «Die Vorschrift [Art. 66 lit. d PatG] entspricht inhaltlich den Bestimmungen in Art. 41 ff. OR, insbesondere Art. 50, und Art. 423 OR» (BGE 129 III 588 ff., E. 4.1).

⁵⁵ Bei Vorrichtungen, die überhaupt nur rechtsverletzend verwendet werden können, liegt eine Teilnahmehandlung ohne Weiteres vor; siehe BGE 129 III 588 ff., E. 4.1; vgl. dazu auch WITT (Fn. 53), 172 ff.

⁵⁶ BGE 129 III 588 ff., E. 4.1: «Anstifter ist, wer einen andern schuldhaft zu einer objektiv rechtswidrigen Handlung veranlasst.»

⁵⁷ BGE 129 III 588 ff., E. 4.1.

⁵⁸ BGE 129 III 588 ff., E. 4.1.

⁵⁹ Dagegen SCHOCH/SCHÜEPP (Fn. 24), Rz. 33.

⁶⁰ Deutlich zu cursorisch: Bundesrat (Fn. 12), 43 f.

zur persönlichkeitsrechtlichen Mitwirkung nach Art. 28 ZGB zu bestimmen, sondern unter Beizug der allgemeinen zivilrechtlichen Regeln über die Verantwortlichkeit von Teilnehmern nach Art. 50 OR oder dann – was letztlich auf dasselbe hinausläuft – anhand einer Analogie zur patentrechtlichen Teilnehmershaftung nach Art. 66 lit. d PatG. Dies wiederum hat zur Folge, dass für die Verantwortlichkeit als Teilnehmer auf Stufe Widerrechtlichkeit, abgesehen von einer objektiv erheblichen Förderung der direkten Urheberrechtsverletzung, immer auch bestimmte subjektive Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass einerseits Access-Provider kaum je an den Rechtsverletzungen ihrer Kunden in einem rechtlich relevanten Umfang teilnehmen und dass andererseits Hosting-Provider jedenfalls dann eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit treffen kann, wenn sie eine hinreichend konkrete Kenntnis vom rechtsverletzenden Verhalten ihrer Kunden haben und trotzdem untätig bleiben, sodass das widerrechtliche Angebot weiterhin über ihre Einrichtungen oder mittels ihrer Dienstleistungen öffentlich angeboten werden kann. Ob darüber hinaus eine Verantwortlichkeit besteht, ist abgesehen von Ausnahmefällen fraglich und müsste jedenfalls erst erstritten werden, doch wollen die Rechtsinhaber offenbar – trotz oder gerade wegen der rechtspolitischen Bedeutung der Frage – in diesem Bereich keine Zivilverfahren führen. Umso unverständlicher ist es, dass sich der Bundesrat – auch mit Blick auf seinen eigenen Bericht, der ja gerade keinen Handlungsbedarf sieht⁶¹ – dennoch zu einem Gesetzesvorschlag verpflichtet fühlt, der den Internet-Service-Providern im Vergleich zum Status quo eine ganze Reihe neuer regulatorischer Pflichten aufbürden soll.

⁶¹ Siehe Bundesrat (Fn. 12), 4.

III. Bundesratsentwurf

1. Grundzüge

Der aktuelle Gesetzesentwurf des Bundesrats⁶² geht zwar weit über Fragen der Providerhaftung hinaus, doch bilden die neuen gesetzlichen Pflichten der Provider als zentrales Element der vorgesehenen Neuregelung im Bereich der Rechtsdurchsetzung den rechtspolitischen Kern der Vorlage, die vor allem der «Pirateriebekämpfung»⁶³ dienen soll. In rechtsdogmatischer Hinsicht fällt auf, dass vordergründig nichts am geschilderten Status quo der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Provider geändert werden soll, denn es werden keine Regeln eingeführt, die definieren würden, unter welchen Voraussetzungen Internet-Service-Provider zivilrechtlich als Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen Dritter zu qualifizieren wären. Stattdessen sollen unabhängig von der Verantwortlichkeitsfrage neue gesetzliche Pflichten für Internet-Service-Provider⁶⁴ eingeführt werden, die in dem Sinne *regulatorischer Natur* sind, als sie nicht an einem widerrechtlichen Verhalten, sondern an der blossen Tätigkeit als Provider an-

⁶² Siehe vorne Fn. 16.

⁶³ Es ist zu bedauern, dass sich der Bundesrat in seinen Erläuterungen dazu hat hinreissen lassen, anstelle des juristisch präzisen Begriffes der Urheberrechtsverletzung unablässig den diffusen rechtspolitischen Kampfbegriff der «Piraterie» zu bemühen. Es ist zu hoffen, dass in einer allfälligen Botschaft zur Revisionsvorlage wieder zu einer sachlicheren Sprache zurückgefunden wird, wenn man seitens des IGE den Eindruck einer «captured institution» vermeiden will.

⁶⁴ Der Gesetzesvorschlag vermeidet den Begriff des Internet-Service-Providers und operiert mit den schwerfälligen fernmelderechtlichen Begriffen, die im Rahmen der laufenden Revision des BÜPF (SR 780.1) verwendet werden. Dabei geht es einerseits um «Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste» gemäss Art. 2 lit. c E-BÜPF (so Art. 66b Abs. 1 E-URG), womit *Hosting-Provider im weitesten Sinne* gemeint sind, und andererseits um «Anbieterinnen von Fernmeldediensten», womit *Access-Provider* gemeint sind; siehe Erl. E-URG, 19, 31.

knüpfen. Mit anderen Worten sollen die neuen gesetzlichen Pflichten den Providern einfach deshalb auferlegt werden, weil sie Provider sind. Dass dieser rechtstechnische Kniff dennoch Reflexwirkungen auf die Providerhaftung haben muss und nach der Gesetzesvorlage denn auch haben soll⁶⁵, liegt auf der Hand.

Hintergrund der Einführung neuer regulatorischer Pflichten für Internet-Service-Provider ist, dass man die Lösung der Rechtsdurchsetzungsprobleme im Internet vor allem und gerade bei den Internet-Service-Providern sieht, die aus Praktikabilitäts- und Effizienzüberlegungen in die Pflicht genommen werden sollen, ohne dass man ihnen damit die «Verantwortung für die Piraterie» zuschieben will⁶⁶. Diese Grundhaltung überrascht insofern nicht, als die Vorlage im Bereich der Rechtsdurchsetzung primär auf die einfache und rasche Eliminierung urheberrechtsverletzender Angebote abzielt, und zwar möglichst ohne Befassung mit Verantwortlichkeitsfragen. In diesem Sinne ist als Grundkonzept vorgesehen, dass unerwünschte inländische Angebote von den Hosting-Providern gelöscht werden und der Zugang zu unerwünschten ausländischen Angeboten von den Access-Providern gesperrt wird⁶⁷, in beiden Fällen jeweils ohne umfassende vorgängige Prüfung der Rechtswidrigkeit des Angebots. Überdies soll bei Verletzungen über Peer-to-Peer-(P2P)-Netzwerke der Zugriff auf die beteiligten Internetnutzer vereinfacht werden, indem die Access-Provider unter gewissen Voraussetzungen zur Bekanntgabe der Identität eines

⁶⁵ Siehe dazu hinten III.4.

⁶⁶ Erl. E-URG, 19, 31, 32, 36. Vor diesem Hintergrund ist es umso weniger verständlich und der Legitimation sowohl der Arbeiten der AGUR12 als auch der darauf basierenden Gesetzesvorlage zweifellos abträglich, dass die Internet-Service-Provider in der AGUR12 nicht als Mitglied vertreten waren.

⁶⁷ Erl. E-URG, 19.

bestimmten Anschlussinhabers an die Rechtsinhaber verpflichtet werden können⁶⁸. Im Gegenzug für die Erfüllung ihrer neuen gesetzlichen Pflichten sollen die Internet-Service-Provider mit einer umfassenden Haftungsfreistellung beglückt werden. Im Folgenden soll im Rahmen einer Analyse der vorgeschlagenen regulatorischen Pflichten der Internet-Service-Provider im Einzelnen näher auf diese Punkte eingegangen und eine erste Würdigung versucht werden.

2. Pflichten für Hosting-Provider

a) Notice and Takedown als Grundpflicht

Zunächst soll für Hosting-Provider das Verfahren der *Notice and Takedown* (NTD) nach europäischem Vorbild⁶⁹ als regulatorische Grundpflicht eingeführt werden⁷⁰, obwohl genau dies im Bundesratsbericht abgelehnt wird⁷¹. Demnach trifft alle Hosting-Provider die gesetzliche Pflicht, «auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde den Zugang zu widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Werken oder anderen Schutzobjekten zu sperren oder diese von ihren Servern zu entfernen»⁷². Gemäss den Erläuterungen soll dabei die blossе Bezeichnung als verletzendes Material genügen⁷³, doch dürften die Hosting-Provider wohl schon verlangen, dass die Berechtigung am Schutzobjekt und die Widerrechtlichkeit der öffentlichen Zugänglichmachung zumindest substantiiert dargelegt werden. Ist dies der Fall, so muss gesperrt oder

gelöscht werden, bevor die Inhaltsanbieterin als betroffene Person informiert wird. Erst im Nachhinein wird der Inhaltsanbieterin die Möglichkeit gegeben, nach Weiterleitung der Mitteilung des Rechtsinhabers durch den Provider Widerspruch zu erheben⁷⁴, was dann automatisch dazu führt, dass das fragliche Angebot vom Provider entsperrt oder wieder hochgeladen werden muss und dass der mitteilenden Person, also in aller Regel dem Rechtsinhaber, die Identität der Inhaltsanbieterin zwecks bilateraler Klärung der Angelegenheit durch Vergleich oder Gerichts Urteil bekannt gegeben wird⁷⁵. Eine Entschädigung der Hosting-Provider durch die Rechtsinhaber für das NTD-Verfahren ist im Unterschied zur Pflichterfüllung durch die Access-Provider⁷⁶ indes nicht weiter begründet wird.

Da Hosting-Provider nach den allgemeinen Grundsätzen der Providerhaftung ohnehin zur Beseitigung eines über ihre Server widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Angebots verpflichtet sind, wenn sie als Folge einer Abmahnung durch den Rechtsinhaber hinreichende Kenntnis des rechtsverletzenden Angebots haben⁷⁷, ist die Einführung eines gesetzlichen NTD-Verfahrens nicht von vornherein illegitim, wenn damit gegenüber der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung Effizienzvorteile erzielt werden können. Allerdings stellt sich die Frage, weshalb man hier nicht auf die sonst hochgehaltene Selbstregulierung setzen will,

aber offenbar geht diese den Rechtsinhabern zu wenig weit. In seiner gegenwärtigen Form ist das vom Bundesrat vorgeschlagene System jedoch deutlich zu einseitig an den Interessen der Rechtsinhaber ausgerichtet⁷⁸, die nach dem Motto «weg ist weg» auf ihren Befehl hin ohne weitere Prüfung alles, was sie wollen, sofort gratis gelöscht haben möchten. Besonders problematisch ist dabei, dass die Löschung erfolgen soll, *bevor* dem betroffenen Inhaltsanbieter Gelegenheit zum Widerspruch gegeben wird⁷⁹. Dies ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs und der Verhältnismässigkeit fragwürdig⁸⁰, sondern birgt auch Gefahren für die Hosting-Provider, die unweigerlich zwischen Hammer und Amboss geraten, wenn sie ohne Rückmeldung des betroffenen Kunden in dessen Rechtsposition eingreifen. Entfernen sie ein gemeldetes Angebot nicht, wird man ihnen seitens der Rechtsinhaber eine Pflichtverletzung vorwerfen. Entfernen sie hingegen ein Angebot, das nicht hätte entfernt werden sollen, werden sie sich gegenüber ihrem Kunden kaum auf die vorgeordnete gesetzliche Haftungsbefreiung berufen können, da sich diese nur auf

⁶⁸ Erl. E-URG, 19.

⁶⁹ Siehe Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL; Erl. E-URG, 71.

⁷⁰ Art. 66b Abs. 1–3 E-URG.

⁷¹ Bundesrat (Fn. 12), 3, 100. Der Bundesrat befürchtet namentlich falsche Anreize und eine überschüssende Entfernungspraxis.

⁷² Art. 66b Abs. 1 E-URG.

⁷³ Erl. E-URG, 72 f.

⁷⁴ Art. 66b Abs. 2 E-URG. Abgesehen von der Weiterleitung der Mitteilung der Rechtsinhaber oder der zuständigen Behörde muss die Inhaltsanbieterin auch darauf aufmerksam gemacht werden, dass im Falle eines Widerspruchs ihre Identität bekannt gegeben wird.

⁷⁵ Art. 66b Abs. 3 E-URG. Ein Widerspruch soll nur dann gültig sein, wenn seitens der Inhaltsanbieterin ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet wird.

⁷⁶ Siehe Art. 66d Abs. 3 und Art. 66g Abs. 5 E-URG.

⁷⁷ Siehe vorne II.3.

⁷⁸ In der Sache übernimmt der Vorschlag unausgesprochen die Grundzüge der amerikanischen Regelung; siehe 17 U.S.C. §§ 512(c)(1)(C), 512(c)(3), 512(g).

⁷⁹ Dies ist im Übrigen auch einer der Hauptkritikpunkte am amerikanischen System; siehe z.B. J.M. URBAN/L. QUILTER, *Efficient Process or «Chilling Effects»? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 622, 688 (2006).

⁸⁰ Nicht ohne Grund sind die schweizerischen Gerichte bei der Anordnung superprovisorischer Massnahmen nach Art. 265 ZPO zurückhaltend. Eine solche Zurückhaltung ist umso mehr geboten, wenn es wie beim NTD-Verfahren faktisch um die superprovisorische Vollstreckung von Beseitigungsansprüchen ohne materielle Prüfung und unter Ausschaltung der staatlichen Gerichte geht. Dass im Nachhinein allenfalls darüber prozessiert werden kann, macht die Sache für die betroffenen Personen nicht besser.

die Wahrnehmung gesetzlicher Pflichten bezieht. Angebote zu löschen, die nicht widerrechtlich zugänglich gemacht wurden oder die von einer dazu nicht legitimierten Person gemeldet werden, gehört nicht zu ihren gesetzlichen Pflichten⁸¹, womit die daran anknüpfende Haftungsbefreiung auch nicht greift.

Vor diesem Hintergrund müsste der Bundesratsvorschlag in einigen Punkten angepasst werden, wenn man denn eine gesetzliche Regelung für notwendig hält. In den Grundzügen könnte dies wie folgt aussehen: Die Person, die sich in ihren Urheberrechten verletzt glaubt, kann sich mittels formalisierter Mitteilung an den Hosting-Provider wenden, wobei diese Mitteilung kostenpflichtig wäre und einen gewissen Minimalinhalt aufweisen müsste⁸². Der Hosting-Provider leitet diese Mitteilung ohne vertiefte materielle Prüfung innert Frist an den betroffenen Kunden weiter, der wiederum innert Frist Widerspruch erheben kann. Wird innert Frist kein Widerspruch erhoben, wird das monierte Angebot gelöscht. Wird Widerspruch erhoben, wird dem Rechtsinhaber die Identität des Kunden bekanntgegeben, auf dass er sich mit ihm einigen oder ihn einklagen kann. Ein solches Verfahren würde (i) das rechtliche Gehör des betroffenen Inhaltsanbieters wahren, (ii) ein unnötiges Sper-

ren und Entsperrern überflüssig machen und (iii) die Hosting-Provider aus der Schusslinie nehmen, weil sie ihre Pflichten erfüllen könnten, ohne selbst eine materielle Prüfung des beanstandeten Angebots vornehmen oder auf blosser Mitteilung eines Dritten hin in die Rechtsposition eines Kunden eingreifen zu müssen. Die Androhung der Bekanntgabe der Identität des Inhaltsanbieters dürfte bei Vorliegen eines rechtswidrigen Angebots mehr als genug Anreiz sein, um auf offensichtlich unberechtigte Widersprüche zu verzichten. Überdies läge ein solches Verfahren auch näher bei dem in der Branche bereits praktizierten «Notice and Notice»-Verfahren⁸³.

b) Weitere Pflichten

Während die Grundpflicht des NTD für alle Hosting-Provider gleichermaßen gelten soll⁸⁴, soll für etwaige weitere Pflichten danach unterschieden werden, ob der fragliche Hosting-Provider Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) ist oder nicht. Die Mitgliedschaft setzt voraus, dass der Hosting-Provider seinen Sitz in der Schweiz hat⁸⁵.

aa) Bei Mitgliedschaft bei einer SRO

Wenn der schweizerische Hosting-Provider Mitglied einer SRO ist, so der Vorschlag, dann sollen sich die *gesetzlichen* Pflichten des Providers in der Grundpflicht zum NTD erschöpfen⁸⁶. Hinzutreten die infolge des Beitritts zu einer SRO bestehenden *reglementarischen* Pflichten, für die ein gesetzlicher Minimalstandard festgeschrieben wird⁸⁷, der

die gesetzliche Grundpflicht des NTD abbildet⁸⁸. Mit anderen Worten können die reglementarischen Pflichten über die gesetzlichen Pflichten hinausgehen, aber sie müssen nicht. Indes geht die gesetzliche Grundpflicht zum NTD bereits über das hinaus, was sich ein Teil der Branche im *simsa Code of Conduct Hosting*⁸⁹ selbst auferlegt hat, weil das bisher praktizierte, weniger einschneidende «Notice and Notice»-Verfahren neu wohl zwingend einem NTD-Verfahren zu weichen hätte⁹⁰. Insofern ist es etwas merkwürdig, wenn in den Erläuterungen zwar auf den *simsa Code of Conduct Hosting* als Beispiel einer anvisierten Selbstregulierung hingewiesen wird⁹¹, aber nicht offengelegt wird, dass der Gesetzgeber sich mit seinem Vorschlag gerade darüber hinwegsetzen will. Inwieweit man hier noch ernsthaft von «Selbstregulierung» sprechen kann, ist fraglich. Auch mit der Selbstkontrolle der Einhaltung der reglementarischen Pflichten durch die SRO⁹² ist es nicht allzu weit her, wenn diese Pflichten auch und vor allem durch die Rechtsinhaber auf zivilrechtlichem Weg durchgesetzt werden sollen⁹³. Man wird bei der Lektüre dieser Bestimmungen den Eindruck nicht

⁸¹ Siehe Art. 66k Abs. 1 i.V.m. Art. 66b Abs. 1 E-URG.

⁸² Hier könnte man sich z.B. von den in Ziff. 4.3 *simsa Code of Conduct Hosting* (<www.tinyurl.com/simsa-cch-pdf>) ausformulierten Minimalanforderungen an eine «Notice» inspirieren lassen. Es muss primär darum gehen, nicht begründete oder offensichtlich unbegründete Mitteilungen vorweg herauszufiltern, damit das NTD-System, das immerhin zur Preisgabe der Identität eines Inhaltsanbieters führen kann, nicht missbraucht wird. Aus diesem Grund ist es auch ratsam, die Mitteilung in vernünftigem Rahmen kostenpflichtig zu machen, zumal es nicht Sache der Hosting-Provider ist, die Kosten der Durchsetzung fremder Urheberrechte zu tragen.

⁸³ Ziff. 6 *simsa Code of Conduct Hosting*.

⁸⁴ Entgegen Erl. E-URG, 32, wo suggeriert wird, dass sich diese Pflicht nur auf Hosting-Provider bezieht, die sich nicht einer SRO anschliessen wollen.

⁸⁵ Art. 66c Abs. 1 Satz 1 E-URG.

⁸⁶ Art. 66b i.V.m. Art. 66c Abs. 2 Satz 2 E-URG.

⁸⁷ Art. 66c Abs. 3 E-URG.

⁸⁸ Hier hätte es sich der Bundesrat einfacher machen können, wenn er auf die gesetzlichen Pflichten nach Art. 66b Abs. 1–3 E-URG verwiesen und diese in Art. 66c E-URG als reglementarische Mindestpflichten deklariert hätte. Offenbar ist ja eine inhaltliche Kongruenz beabsichtigt (Erl. E-URG, 74: «materiell vergleichbare Pflichten»), was aber aufgrund der nicht identischen Formulierung in Zweifel gezogen werden könnte. So geht z.B. aus Art. 66c Abs. 3 lit. a E-URG relativ klar hervor, dass die (reglementarische) Pflicht zum Takedown durch die blosser Behauptung ausgelöst werden kann, ein Angebot sei widerrechtlich, was für die entsprechende (gesetzliche) Pflicht in Art. 66b Abs. 1 E-URG nicht gleichermaßen der Fall zu sein scheint.

⁸⁹ Siehe Fn. 82.

⁹⁰ Anders Erl. E-URG, 91.

⁹¹ Erl. E-URG, 74.

⁹² Art. 66c Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 E-URG.

⁹³ Art. 62 Abs. 1^{bis} E-URG; Erl. E-URG, 68.

los, dass es hier um etwas anderes als Selbstregulierung geht, zumal den SRO auch gleich noch vorgeschrieben wird, wer von Gesetzes wegen nicht Mitglied einer SRO sein darf, nämlich Provider, «deren Geschäftsmodell auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufbaut»⁹⁴. Man will das Konzept der SRO offenbar auch dazu benutzen, um die schwarzen Schafe identifizieren und ausscheiden zu können, für die dann – wie für alle anderen Hosting-Provider, die nicht Mitglied bei einer SRO sind – zusätzliche gesetzliche Pflichten gelten sollen⁹⁵. Für das IGE hat dies den Nebeneffekt, dass Anreize zur Gründung von SRO geschaffen werden, die dann gebührensichtlich beaufsichtigt werden können⁹⁶.

bb) Ohne Mitgliedschaft bei einer SRO

Wenn ein Hosting-Provider nicht Mitglied einer SRO ist, weil er nicht will, nicht kann oder nicht darf, dann hat er selbstredend keine reglementarischen Pflichten zu befolgen und wird weder durch eine SRO kontrolliert noch indirekt durch das IGE beaufsichtigt. Stattdessen wird solchen Hosting-Providern zusätzlich zur Grundpflicht des NTD eine weitere gesetzliche Pflicht aufgebürdet, die darin besteht, dass nach der definitiven Sperrung oder Löschung eines Angebots als Folge des NTD-Verfahrens «im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren zu verhindern» ist, dass «das Werk oder andere Schutzobjekt Dritten erneut über ihre Server angeboten wird»⁹⁷.

Bei dieser Pflicht zum «Staydown» handelt es sich um eine Überwachungspflicht, unter der vom Bundesrat im Anschluss an den Bericht der AGUR12⁹⁸

ein permanentes Filtern⁹⁹ und ein umfassendes Kontrollieren verstanden wird. Vor Augen hat man hier offensichtlich den Fall der Filehoster, die ihren Nutzern Speicherplatz in der «Cloud» zur Verfügung stellen, und zwar so, dass nach dem Hochladen mittels eines Links auf die hochgeladene Datei zugegriffen werden kann, wobei dies jedermann möglich ist, sofern der Link vom Nutzer öffentlich zugänglich gemacht wird. In solchen Fällen wollen die Rechtsinhaber – und mit ihnen der Bundesrat – nicht nur, dass die konkrete Datei, auf die mit dem betreffenden Link zugegriffen werden kann, im NTD-Verfahren gelöscht wird, sondern auch, (i) dass seitens des Filehosters mittels eines Filters das erneute Hochladen der Datei verunmöglicht wird, (ii) dass weiter eine «umfassende Kontrolle von Link-Ressourcen» erfolgt und (iii) dass überdies auch die Pflicht besteht, «über allgemeine Suchmaschinen mit geeignet formulierten Suchanfragen oder gegebenenfalls auch unter Einsatz von sogenannten Webcrawlern zu ermitteln, ob sich bezüglich der angezeigten Inhalte Hinweise auf weitere rechtsverletzende Links finden»¹⁰⁰. Mit anderen Worten soll der Hosting-Provider auf einmalige Abmahnung hin nicht nur das beanstandete Angebot löschen oder sperren, sondern danach weiterhin aus eigenem Antrieb im Internet nach zusätzlichen Angeboten der gleichen oder anderer Nutzer suchen, die dasselbe Schutzobjekt betreffen, um herauszufinden, ob es allenfalls irgendwo noch einen Link gibt, der auf das fragliche Schutzobjekt auf seinen Servern verweist. Die Verwendung eines Filters, der beim Hochladen neuer Dateien durch einen Kunden des Providers den Hashwert der Datei mit demjenigen der als rechtsverletzend gemeldeten Datei vergleicht und gegebenenfalls das erneute Herauf-

laden verunmöglicht, würde demnach nicht genügen¹⁰¹. Ob man vor diesem Hintergrund noch von «eingeschränkten Kontrollmassnahmen» sprechen kann¹⁰², ist mehr als fraglich. Jedenfalls aber geht eine derart umfassende Kontrollpflicht in der Sache deutlich zu weit¹⁰³, denn das proaktive Suchen nach Rechtsverletzungen kann nicht Aufgabe der Hosting-Provider sein, sondern muss Aufgabe der Rechtsinhaber bleiben, zumal die Hosting-Provider dafür von den Rechtsinhabern nicht entschädigt werden sollen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf ein grundsätzliches Problem hinzuweisen. Mit der gesetzlichen Pflicht, «im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren» zu verhindern, dass Schutzobjekte erneut über die Server des Providers angeboten werden, wird durch die Hintertüre der regulatorischen Pflicht zum Staydown die in

¹⁰¹ Der Bundesrat (Erl. E-URG, 71 f.) will sich hier ohne weitere Begründung am Entscheid des BGH im Fall «Alone in the Dark» orientieren (BGH, GRUR 2013, 370), geht aber mit Bezug auf den Umfang der vorgeschlagenen Pflichten darüber hinaus, denn der BGH erachtete im besagten Fall zwar die Suche mittels Wortfilter und die manuelle Nachkontrolle einer einstelligen Zahl einschlägiger Linksammlungen für zumutbar, lehnte aber eine umfassende Kontrolle von Link-Ressourcen gerade ab (BGH, GRUR 2013, 370, Rz. 38). Überdies ist dieser Entscheid selbst in Deutschland umstritten; siehe z.B. T. HOEREN, Anmerkung, MMR 2013, 189, der die manuelle Nachkontrolle von Wortfiltern für «absurd» hält und zum Schluss kommt, der BGH habe «sich da verrannt».

¹⁰² So Erl. E-URG, 73.

¹⁰³ Diese Pflichten gehen auch über die Pflicht zum Staydown hinaus, weil es nach Meinung des Bundesrats nicht nur darum gehen soll, dass die Datei, die im NTD-Verfahren entfernt wurde, nicht gleich wieder hochgeladen wird, sondern dass nach weiteren, zusätzlichen Angeboten desselben Schutzobjekts zu suchen ist, die sich allenfalls bereits auf den Servern befinden. Ob das noch vom Begriff des «erneuten» Angebots in Art. 66b Abs. 4 E-URG erfasst wird, ist zumindest fraglich.

⁹⁴ Art. 66c Abs. 1 Satz 2 E-URG.

⁹⁵ Vgl. Erl. E-URG, 72.

⁹⁶ Art. 66c Abs. 5 E-URG.

⁹⁷ Art. 66b Abs. 4 i.V.m. Art. 66c Abs. 2 Satz 2 E-URG e contrario.

⁹⁸ AGUR12 (Fn. 10), 73 f.

⁹⁹ Erl. E-URG, 32.

¹⁰⁰ Erl. E-URG, 73.

Europa weitgehend singuläre¹⁰⁴ deutsche Störerhaftung ins schweizerische Urheberrecht eingeführt, obwohl der dogmatische Kontext nicht vergleichbar und davon auch in der Sache abzuraten ist. Ein Nachteil der deutschen Konzeption der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern gemäss § 830 Abs. 2 BGB liegt darin, dass in strafrechtlicher Manier ein doppelter Vorsatz verlangt wird, d.h., dass der Teilnehmer vorsätzlich zu einer vorsätzlich begangenen Haupttat anstiften oder Gehilfenschaft leisten muss, um verantwortlich zu sein. Um diesem für das Zivilrecht zu eng geschnürten strafrechtlichen Korsett zu entspringen, haben die deutschen Gerichte auf allgemeiner sachenrechtlicher Grundlage¹⁰⁵ im Sinne einer Notlösung das Rechtsinstitut der Störerhaftung entwickelt, wonach zivilrechtlich auch auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden kann, «wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt»¹⁰⁶. Um die Verantwortlichkeit nicht ausufern zu lassen, wird zusätzlich die Verletzung zumutbarer Prüf- oder Überwachungspflichten verlangt¹⁰⁷. Dieses Konstrukt ermöglicht es den deutschen Gerichten, jeweils nach den Umständen im Einzelfall ex post zu entscheiden, was für einen Internet-Service-Provider «zumutbar» gewesen wäre. Genau dieses Konzept der Störerhaftung soll nun über die Pflicht zum Staydown auch in der Schweiz eingeführt werden, obwohl der doppelte Vorsatz in der Schweiz

gerade keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Teilnehmerhaftung ist und entsprechend mit Blick auf den Status quo der Providerhaftung kein Anlass für eine entsprechende Haftungserweiterung besteht.

Mit der Einführung der deutschen Störerhaftung handelt man sich überdies nicht zu unterschätzende Folgeprobleme ein, denn der nachträgliche richterliche Entscheid darüber, was vorher «zumutbar» gewesen wäre, führt in der Praxis unweigerlich zu einer kontinuierlichen Haftungserweiterung¹⁰⁸. Was einmal für zumutbar erklärt wurde, wird nicht mehr zurückgenommen, und es geht dann immer nur um die Frage, was sonst noch alles zumutbar sein könnte. Dies ist ohne Zweifel eine Einbahnstrasse, die schrittweise genau zu der Ausuferung der Verantwortlichkeit führt, die man in Deutschland mit dem Erfordernis der «Zumutbarkeit» der Prüfpflichten eigentlich gerade vermeiden will. Die Rechtssicherheit, die man den Hosting-Providern mit der Haftungsfreistellung¹⁰⁹ verspricht, wird ihnen mit der Pflicht zum Staydown wieder genommen, denn die Provider werden dadurch dem unbestimmten Rechtsbegriff der «Zumutbarkeit» ausgeliefert, dessen Inhalt erst nachträglich und durch eine im Resultat unvorhersehbare Interessenabwägung ad hoc

festgelegt wird¹¹⁰. Der Rechtsimport aus Deutschland wird damit teuer bezahlt. Weiter sei angemerkt, dass dies über kurz oder lang zu einer europarechtlich unzulässigen¹¹¹ allgemeinen Überwachungspflicht führen wird, auch wenn dies der BGH noch nicht wahrhaben will und entsprechend mit der künstlichen Unterscheidung zwischen «allgemeinen» und «spezifischen» Überwachungspflichten operiert¹¹². Dabei wird aber übersehen, dass jedenfalls eine Kumulation spezieller Pflichten im Laufe der Zeit zu einer allgemeinen Pflicht werden kann¹¹³.

c) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass von den vorgeschlagenen regulatorischen Pflichten für Hosting-Provider lediglich die Grundpflicht des NTD grundsätzlich infrage kommt, wenn man dies nicht der Selbstregulierung überlassen will. Allerdings müsste der Bundesratsvorschlag mit Blick auf die berechtigten Interessen der Inhaltsanbieter und der Hosting-Provider erheblich modifiziert werden¹¹⁴. Weitere gesetzliche Pflichten, namentlich die Pflicht zum Staydown, sind demgegenüber abzulehnen und ersatzlos zu streichen, ebenso die Differenzierung der gesetzlichen Pflichten nach dem Kriterium der Mitgliedschaft in einer SRO,

¹⁰⁴ Siehe A. OHLY, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 311.

¹⁰⁵ § 1004 BGB.

¹⁰⁶ Siehe z.B. BGH, GRUR 2013, 370, Rz. 19; BGH, GRUR 2012, 311, Rz. 21; BGH, GRUR 2011, 1038, Rz. 20; BGH, GRUR 2011, 617, Rz. 37.

¹⁰⁷ Siehe z.B. BGH, GRUR 2013, 370, Rz. 19; BGH, GRUR 2011, 152, Rz. 45; BGH, GRUR 2010, 633, Rz. 19.

¹⁰⁸ Dasselbe Problem bestünde, wenn man die Verantwortlichkeit von Teilnehmern im schweizerischen Urheberrecht über eine Analogie zu Art. 28 ZGB laufen lassen würde (siehe vorne II.2.a). Dann würde – wie bei der deutschen Störerhaftung – jeder adäquat-kausale Beitrag als rechtlich erhebliche Teilnahme bzw. Mitwirkung erfasst, die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche begründet. Diese könnten faktisch nur noch ausnahmsweise unter dem Titel der «Zumutbarkeit» auf Rechtsfolgenseite einer Einschränkung zugeführt werden. Auch aus diesem Grund ist für die Schweiz eine Analogie zu Art. 28 ZGB abzulehnen und stattdessen auf die analoge Anwendung von Art. 50 OR bzw. Art. 66 lit. d PatG abzustellen.

¹⁰⁹ Art. 66k Abs. 1 E-URG.

¹¹⁰ Siehe auch OHLY (Fn. 104), 313: «Preis der Rechtsunsicherheit».

¹¹¹ Siehe Art. 15 Abs. 1 ECRL: «Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen»; siehe auch EuGH vom 24. November 2011, C-70/10 (Unzulässigkeit eines allgemeinen Filtersystems für Access-Provider); EuGH vom 16. Februar 2012, C-360/10 (Unzulässigkeit eines allgemeinen Filtersystems für Hosting-Provider).

¹¹² BGH, GRUR 2013, 370, Rz. 19.

¹¹³ Vgl. auch OHLY (Fn. 104), 313.

¹¹⁴ Siehe vorne III.2.a.

was seitens des Bundesrats nirgends nachvollziehbar begründet wird. Der Hinweis auf das Geldwäschereirecht in den Erläuterungen¹¹⁵ vermag jedenfalls nicht zu überzeugen.

3. Pflichten für Access-Provider

Für die Access-Provider sind im Wesentlichen zwei regulatorische Pflichten vorgesehen, nämlich (i) die Pflicht zur Zugangssperre bei offensichtlich widerrechtlichen Angeboten aus dem Ausland und (ii) die Pflicht zur Identifikation der Kunden sowie zur zivilrechtlichen Auskunftserteilung an die Rechtsinhaber bei schwerwiegenden Verletzungen in P2P-Netzwerken.

a) Zugangssperren

Access-Provider mit Sitz in der Schweiz soll neu die Pflicht treffen, den Zugang zu Angeboten zu sperren, wenn dies auf Antrag eines Rechtsinhabers vom IGE so verfügt wird¹¹⁶. Damit das IGE dies tut, muss der Rechtsinhaber glaubhaft machen, (i) dass ein in der Schweiz abrufbares Angebot ein Schutzobjekt nach schweizerischem Recht offensichtlich widerrechtlich¹¹⁷ zugänglich macht, (ii) dass der Hosting-Provider, auf dessen Server sich das Angebot befindet, seinen Sitz im Ausland hat oder den Sitz verschleiert, und (iii) dass das Schutzobjekt von der Schweiz aus rechtmässig zugänglich oder erhältlich ist¹¹⁸. Sind diese Voraussetzungen gegeben, setzt das IGE das betreffende Angebot auf eine Sperrliste, die veröffentlicht und regelmässig aktualisiert wird, wobei die Veröffentlichung eines Verweises auf die Sperrliste im Bundesblatt als Eröff-

nung der Sperrverfügung gilt¹¹⁹. Auch hier ist vorgesehen, dass die Sperrverfügung ohne vorgängige Anhörung der davon betroffenen Inhaltsanbieter, Hosting-Provider und Access-Provider ergehen soll, doch besteht zur nachträglichen Wahrung des rechtlichen Gehörs¹²⁰ die Möglichkeit eines Einspracheverfahrens vor dem IGE, wobei der Einsprache grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt¹²¹. Die zulässigen Gründe für eine Einsprache werden auch gleich definiert, nämlich (i) die betriebliche oder technische Unverhältnismässigkeit der für die Sperrung erforderlichen Massnahmen bei Einsprachen durch Access-Provider und (ii) die Aufhebung des Angebots bzw. die Sperrung des Zugangs dazu bei Einsprachen von Inhaltsanbietern bzw. Hosting-Providern¹²². Nicht erwähnt wird, dass wohl auch geltend gemacht werden können muss, dass eine Voraussetzung für die Anordnung der Sperrverfügung nicht besteht oder weggefallen ist. Ist eine Sperrung erfolgt, so ist vorgesehen, dass Internetnutzer¹²³, die auf das gesperrte Angebot zugreifen wollen, auf eine «Stopp-Seite» des IGE umgeleitet werden, die sie über die Sperrung informiert¹²⁴. Anders als bei den Hosting-Providern ist vorgesehen, dass die Rechtsinhaber die Access-Provider für die Kosten der Sperrung angemessen zu entschädigen haben¹²⁵.

¹¹⁹ Art. 66d Abs. 2 i.V.m. Art. 66e Abs. 1 E-URG.

¹²⁰ Erl. E-URG, 77 f.

¹²¹ Art. 66e Abs. 2–4 E-URG. Das IGE kann allerdings anordnen, dass einer Einsprache keine aufschiebende Wirkung zukommt; Art. 66 Abs. 4 Satz 2 E-URG.

¹²² Art. 66e Abs. 2 E-URG.

¹²³ Der Bundesratsentwurf spricht an dieser Stelle (Art. 66f E-URG) in Anlehnung an die fernmelderechtliche Terminologie von «Teilnehmern und Teilnehmerinnen», was insofern ungünstig ist, als der Begriff des Teilnehmers im Zusammenhang mit der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern gerade die Provider und nicht deren Kunden bezeichnet.

¹²⁴ Art. 66f E-URG.

¹²⁵ Art. 66d Abs. 3 E-URG.

In der Lehre¹²⁶ werden solche Zugangssperren, die in einigen europäischen Ländern schon gerichtlich verfügt wurden¹²⁷, teilweise mit der Begründung abgelehnt, (i) dass Sperren als technische Massnahmen immer auch umgangen werden können, sodass der erwartete Effekt nicht in einer Masse eintritt, das die negativen Aspekte der Sperren überwiegen würde¹²⁸, und (ii) dass bei solchen Sperren immer die Gefahr besteht, dass damit auch rechtmässige Angebote mitgesperrt werden («Overblocking»), was nicht zuletzt auch aus grundrechtlichen Überlegungen problematisch sein kann¹²⁹. Hinzu kommen systemische Bedenken, wie der Bundesrat selbst einräumt, weil «Massnahmen zur Umgehung von Zugangssperren die Stabilität des Internets beeinträchtigen können»¹³⁰. Letztlich laufen diese – durchaus beachtlichen – Einwände auf eine Kosten-Nutzen-Abwägung hinaus, die je nach Interessenlage anders beurteilt wird. Der Bundesrat hält Zugangssperren jedenfalls trotz dieser Bedenken für «ein wirksames Mittel zur Bekämpfung der Piraterie», das er allerdings «nur als letztes Mittel und mit Zurückhaltung» angewendet wissen will¹³¹.

Nicht berücksichtigt wird in der Diskussion und in den bundesrätlichen Erläuterungen jedoch der juristisch entscheidende Punkt: Solche Zugangssperren unterlaufen aus schweizerischer Perspektive die Wertungen des materiellen Urheberrechts. Was durch den Access-Provider gesperrt wird, ist der Zugang zu einem bestimmten Angebot.

¹²⁶ Vgl. z.B. WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 453 f.

¹²⁷ Siehe z.B. die Auflistung bei WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 452.

¹²⁸ Siehe auch Erl. E-URG, 75.

¹²⁹ Siehe dazu namentlich EGMR vom 18. Dezember 2012, Ahmet Yildirim v. Turkey, no. 3111/10, ECHR 2012-VI, 465.

¹³⁰ Erl. E-URG, 75 f.

¹³¹ Erl. E-URG, 75 f.

¹¹⁵ Erl. E-URG, 73.

¹¹⁶ Art. 66d Abs. 1 E-URG.

¹¹⁷ Damit sind Angebote gemeint, die praktisch ausschliesslich aus widerrechtlich zugänglich gemachtem Material bestehen; Erl. E-URG, 76.

¹¹⁸ Art. 66d Abs. 2 E-URG.

Dieser Zugang ist für den hier im Vordergrund stehenden Privatgebrauch aber nach geltendem – und auch nach künftigem – Urheberrecht selbst dann zulässig, wenn das fragliche Angebot offensichtlich widerrechtlich hochgeladene Werke oder andere Schutzobjekte betrifft¹³². Mit der Einführung von Zugangssperren sollen nun offensichtlich widerrechtlich zugänglich gemachte Werke vom Anwendungsbereich von Art. 19 URG ausgenommen werden, denn: «Der Download ab offensichtlich illegaler Quelle wird [...] künftig nicht mehr möglich sein»¹³³. Es handelt sich bei Zugangssperren mithin um ein Instrument *überschiessenden Rechtsschutzes*, was sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Solange Art. 19 URG nicht nach deutschem Vorbild¹³⁴ eingeschränkt wird, kommen Zugangssperren schon aus prinzipiellen Gründen nicht infrage, und zwar unabhängig davon, ob man die bereits geschilderten allgemeinen Einwände teilt. Ansonsten geht man nicht nur in der Sache zu weit, sondern trifft auch die Falschen, nämlich die Werknutzer, die sich rechtmässig verhalten, wenn sie zum Privatgebrauch auf das betreffende Angebot greifen, und die Access-Provi-

der, die in die Pflicht genommen werden, obwohl sie nach materiellem Urheberrecht mit Blick auf den Status quo der Providerhaftung wohl kaum eine Verantwortung für das zu sperrende Angebot trifft, das auf Servern ausländischer Hosting-Provider bereitgestellt wird. Hinzu kommt, dass man sich hier auch nicht an das sonst hochgehaltene Prinzip der Inhaltsnähe¹³⁵ hält, das primär eine Verfolgung der Inhaltsanbieter und sekundär der ausländischen Hosting-Provider nahelegen würde. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist auch der vom Bundesrat zur Legitimation herangezogene Hinweis auf andere Rechtsordnungen mit Zugangssperren¹³⁶ oder auf die bedingte Zulässigkeit solcher Sperren nach dem Recht der EU¹³⁷ nicht überzeugend, jedenfalls solange sich das materielle Urheberrecht dieser Rechtsordnungen mit Bezug auf den Anwendungsbereich der Schranke zum Privatgebrauch nicht mit dem schweizerischen Recht deckt¹³⁸.

- b) Identifikations- und Auskunftspflichten
- aa) Rechtsdurchsetzung in P2P-Netzwerken

Die regulatorischen Pflichten der Hosting-Provider und die dargelegte Pflicht zur Zugangssperre für Access-Provider betreffen jeweils Fälle, in denen Schutzobjekte auf Servern in- oder ausländischer Hosting-Provider widerrechtlich öffentlich zugänglich gemacht werden. Mit diesen Massnahmen können jedoch Rechtsverletzungen über P2P-Netzwerke selbstredend nicht getroffen werden, weil der Datentransfer

dort dezentralisiert von Nutzer zu Nutzer erfolgt, ohne dass ein Provider die Kontrolle über die angebotenen Dateien hätte.

Entsprechend versuchten die Rechtsinhaber in der Vergangenheit, direkt gegen Internetnutzer vorzugehen, die über P2P-Netzwerke urheberrechtlich geschützte Werke verbreiteten. Das Problem liegt jedoch darin, dass diese Personen unbekannt sind, es im schweizerischen Zivilrecht keine Klage gegen Unbekannt gibt und die direkte Identifikation der fraglichen Personen durch die Access-Provider am Fernmeldegeheimnis¹³⁹ scheitert. Aus diesem Grund wurde so vorgegangen, dass über darauf spezialisierte Unternehmen die IP-Adressen von Rechtsverletzern in P2P-Netzwerken eruiert wurden und auf dieser Grundlage eine Strafanzeige eingereicht wurde. So konnten die betroffenen Anschlussinhaber über die Akteneinsicht identifiziert und zivilrechtlich auf Schadenersatz belangt werden¹⁴⁰. Diese Praxis wurde dann aber bekanntlich durch das Logistep-Urteil des Bundesgerichts, das IP-Adressen in diesem Kontext datenschutzrechtlich als Personendaten qualifizierte¹⁴¹, infrage gestellt, weil im Nachgang dazu zumindest ein Teil der Strafverfolgungsbehörden von einem Beweisverwertungsverbot ausging und deshalb gestützt auf die von den Rechtsinhabern erhobenen Daten keine Strafuntersuchungen mehr einleitete¹⁴². Man kann sich darüber streiten, ob diese Einschätzung der Strafverfolgungsbehörden in der Sache zutrifft¹⁴³, aber die Durchsetzung des Urheberrechts in P2P-Netzwerken kam dadurch rein

¹³² Siehe dazu bereits C.P. RIGAMONTI, *Eigengebrauch oder Hehlerei? – Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet*, GRUR Int. 2004, 278. Spätestens seit der URG-Revision von 2008 ist für das geltende Recht unbestritten, dass es für den Privatgebrauch nicht darauf ankommt, ob als Kopiervorlage eine legale oder illegale Quelle benutzt wird; siehe BBl 2006, 3430. Vor diesem Hintergrund unverständlich, aber aufschlussreich, ist die folgende Passage in den bundesrätlichen Erläuterungen: «Konsumentinnen und Konsumenten, die ab offensichtlich illegaler Quelle Werke herunterladen wollen, werden mit aufklärenden Hinweisen auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht»; Erl. E-URG, 89. Man fragt sich, weshalb Personen, die sich *rechtmässig* verhalten, auf «ihr Verhalten» aufmerksam gemacht werden müssen.

¹³³ Erl. E-URG, 89.

¹³⁴ § 53 Abs. 1 UrhG.

¹³⁵ Siehe z.B. Erl. E-URG, 19, 36, 71 f.

¹³⁶ Erl. E-URG, 32.

¹³⁷ EuGH vom 27. März 2014, C-314/12.

¹³⁸ Dies gilt insbesondere für das Recht der EU mit Bezug auf den zulässigen Privatgebrauch nach Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL; siehe EuGH vom 10. April 2014, C-435/12.

¹³⁹ Art. 13 BV, Art. 43 FMG, Art. 321^{ter} StGB.

¹⁴⁰ Bundesrat (Fn. 12), 79 f.; zu den Hintergründen dieser Praxis im Detail WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 17 ff.

¹⁴¹ BGE 136 II 508 ff., E. 3.

¹⁴² Siehe dazu SECO (Fn. 4), 3 ff.; Bundesrat (Fn. 12), 80 f.

¹⁴³ WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 119 ff.

faktisch weitgehend zum Erliegen, was der Hauptgrund dafür ist, dass die Schweiz seitens der USA seither vermehrt unter Druck geraten ist¹⁴⁴.

Dieses datenschutzrechtliche Problem soll nun dadurch gelöst werden, dass für Datenbearbeitungen von Rechtsinhabern zwecks Durchsetzung ihrer Urheberrechte in P2P-Netzwerken explizit eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird¹⁴⁵, was in der Sache ohne Zweifel gerechtfertigt ist¹⁴⁶. Es gibt keinen triftigen Grund, weshalb sich ein Internetnutzer hinter dem Datenschutzrecht verstecken können soll, wenn es keine andere oder nur erheblich ineffizientere Möglichkeiten gibt, um die von ihm begangenen Rechtsverletzungen zu dokumentieren und zu verfolgen. Nun könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass mit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Datenbearbeitung das Durchsetzungsproblem behoben und zur alten, vom Strafrecht geprägten Praxis zurückgekehrt werden kann, ohne dass für die Rechtsdurchsetzung weitere gesetzgeberische Massnahmen notwendig wären und insbesondere ohne dass das Fernmeldegeheimnis auch für zivilrechtliche Zwecke durchbrochen werden müsste. Doch der Bundesrat will in diesem Punkt einen «Paradigmenwechsel»¹⁴⁷ und will die Access-Provider mit einem *Graduated-Response-System*¹⁴⁸ belasten, das in einem zivilrechtlichen Identifikationsverfahren gipfelt¹⁴⁹.

bb) Graduated-Response-System

Neu sollen die Access-Provider verpflichtet werden, auf blosser Mitteilung

der Rechtsinhaber oder einer zuständigen Behörde¹⁵⁰ hin ihre Kunden zu identifizieren und ihnen in einem ersten Schritt einen «aufklärenden Hinweis» zuzustellen, der elektronisch übermittelt werden kann¹⁵¹ und der einstweilen folgenlos bleibt. Ob tatsächlich eine schwerwiegende Rechtsverletzung seitens des Kunden (oder einer anderen Person, die den Anschluss des Kunden nutzt) vorliegt, wird auf dieser Stufe nicht geprüft. Zwar könnten die Access-Provider wohl eine Substantiierung der schwerwiegenden Verletzung und der Berechtigung des Mitteilenden verlangen, doch dürfte dies in der Praxis schon aus Kostengründen kaum so gehandhabt werden, zumal sich die Access-Provider gegenüber den Rechtsinhabern nicht dem Vorwurf einer Pflichtverletzung aussetzen wollen. Faktisch muss das Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung also erst im Identifikationsverfahren glaubhaft gemacht werden¹⁵². Erfolgt frühestens nach zwei und spätestens nach zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises eine weitere Mitteilung, wird dem betroffenen Kunden ein weiterer aufklärender Hinweis zugestellt. Dies hat in Papierform zu erfolgen¹⁵³. Trifft frühestens nach zwei Monaten seit der Zustellung des zweiten aufklärenden Hinweises und spätestens nach zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises eine dritte Mitteilung ein, so muss der Access-Provider den Mitteilenden über die bereits erfolgten Hinweise und die Möglichkeit informieren, ein zivilrechtliches Identifikationsverfahren in die Wege zu

leiten¹⁵⁴.

Wie dieses System im Detail funktionieren soll, kann man auf der Grundlage des Gesetzesvorschlags nur erahnen. Da die drei Mitteilungen weder vom gleichen Rechtsinhaber stammen noch dasselbe Schutzobjekt betreffen müssen, wird der Access-Provider für die betroffenen Kunden wohl ein Mitteilungskonto führen müssen, in dem die Mitteilungen und die für die Identifikation notwendigen Daten gesammelt werden¹⁵⁵. Im Zeitpunkt der Mitteilung wissen die Rechtsinhaber nicht, ob ihre Mitteilung die erste, zweite oder dritte ist, die sich auf den betreffenden Kunden bezieht. Informiert werden sie nur, wenn ihre Mitteilung zufälligerweise innert der anwendbaren Frist die dritte (oder vierte, fünfte, sechste etc.) ist und sie daher ein Identifikationsverfahren anheben können¹⁵⁶. Wer die erste oder zweite Mitteilung gemacht hat, wird nicht informiert und ist für das Identifikationsverfahren nicht aktivlegitimiert. Wenn innert Frist keine dritte Mitteilung eingeht, werden alle Mitteilungen für den betreffenden Kunden gelöscht, ansonsten werden sie nach Abschluss des Identifikationsverfahrens gelöscht¹⁵⁷. Für den betroffenen Kunden ist keine Möglichkeit vorgesehen, sich gegen unberechtigte Mitteilungen zu wehren.

Das Identifikationsverfahren selbst ist so ausgestaltet, dass der Rechtsinhaber vom zuständigen Gericht in einem zivilrechtlichen Verfahren auf

¹⁴⁴ Siehe vorne Fn. 8.

¹⁴⁵ Art. 66j E-URG.

¹⁴⁶ Gl.M. WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 430 ff.

¹⁴⁷ Erl. E-URG, 69; siehe aber Bundesrat (Fn. 12), 3, 101.

¹⁴⁸ Zum Begriff und den Hintergründen solcher Systeme aus rechtsvergleichender Sicht, siehe WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 316 ff.

¹⁴⁹ Art. 66g i.V.m. Art. 62a E-URG.

¹⁵⁰ In der Praxis wird es vor allem um Mitteilungen der Rechtsinhaber gehen, denn das Identifikationsverfahren nach Art. 62a E-URG als letzte Stufe der Graduated Response ist ausschliesslich für Rechtsinhaber gedacht, die in P2P-Netzwerken nach IP-Adressen von Rechtsverletzern suchen.

¹⁵¹ Art. 66g Abs. 1 E-URG.

¹⁵² Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 1 E-URG.

¹⁵³ Art. 66g Abs. 2 E-URG.

¹⁵⁴ Art. 66g Abs. 3 E-URG. Der betroffene Kunde selbst soll offenbar nicht darüber informiert werden, dass eine dritte Mitteilung eingegangen ist und ein Identifikationsverfahren bevorsteht, was unbillig erscheint.

¹⁵⁵ Insofern dürfte das in Art. 62a Abs. 2 lit. b E-URG antizipierte Problem, wonach der Access-Provider im Zeitpunkt des Identifikationsverfahrens nicht mehr über die notwendigen Daten zur Identifikation des Anschlussinhabers verfügt, kaum eintreffen.

¹⁵⁶ Vgl. Erl. E-URG, 80.

¹⁵⁷ Art. 66g Abs. 4 E-URG.

der Grundlage der von ihm in P2P-Netzwerken erhobenen Daten verlangen kann, dass der Access-Provider verpflichtet wird, diejenige Person zu identifizieren (und dem Rechtsinhaber bekannt zu geben), deren Anschluss für die geltend gemachte Verletzung verwendet wurde¹⁵⁸. Der Antrag wird gutgeheissen, wenn die relevanten Identifikationsdaten vorliegen und seitens des Rechtsinhabers glaubhaft gemacht wird, (i) dass der betreffende Nutzer von seinem Access-Provider innerhalb der letzten zwölf Monate zwei aufklärende Hinweise (samt Hinweis auf die Folgen der Nichtbeachtung) erhalten hat und (ii) dass über den Anschluss der fraglichen Person eine schwerwiegende Verletzung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten über ein P2P-Netzwerk erfolgt ist¹⁵⁹. Eine «schwerwiegende Verletzung» soll dann vorliegen, (i) wenn ein Schutzobjekt vor seiner Veröffentlichung widerrechtlich zugänglich gemacht wurde¹⁶⁰, oder (ii) wenn eine grosse Anzahl von Schutzobjekten¹⁶¹, die rechtmässig zugänglich oder erhältlich

sind, widerrechtlich zugänglich gemacht wurden¹⁶². Die Rechtsinhaber haben die Access-Provider für die Kosten der Identifizierung angemessen zu entschädigen¹⁶³.

Im Anschluss an das Identifikationsverfahren kann dann seitens der Rechtsinhaber gegen die identifizierte Person vorgegangen werden. In diesem Anschlussverfahren wird dann auch das Problem angegangen werden müssen, unter welchen Voraussetzungen den identifizierten Anschlussinhaber eine zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit als Teilnehmer trifft, wenn nicht er, sondern ein Dritter den Anschluss für die Begehung einer schwerwiegenden Urheberrechtsverletzung benutzt hat¹⁶⁴.

cc) Würdigung

Der Bundesrat sieht den Hauptzweck dieses Graduated-Response-Systems mit anschliessendem Identifikationsverfahren in der Vermeidung einer «Kriminalisierung der Internetnutzer»¹⁶⁵. Insbesondere sollen Privatnutzer – auf

Schulen und Unternehmen soll das System nicht anwendbar sein¹⁶⁶, was aus dem Gesetzesvorschlag indes nicht hervorgeht – nicht mit unnötigen Strafanzeigen überzogen werden und überdies die Chance haben, ihr Verhalten (bzw. das Verhalten derjenigen, die ihren Anschluss nutzen) nach Erhalt der aufklärenden Hinweise zu ändern¹⁶⁷.

Das Problem ist in dieser Hinsicht zunächst, dass man nur dann überhaupt von einer «Kriminalisierung» sprechen könnte, wenn es darum ginge, ein bisher rechtmässiges Verhalten neu zu verbieten und mit Strafen zu bewehren, was etwa der Fall wäre, wenn man den Anwendungsbereich von Art. 19 URG neu einschränken würde. Vorliegend steht dies aber nicht zur Debatte. Vielmehr kriminalisieren sich die betroffenen Internetnutzer selbst, wenn sie Handlungen begehen, die schon nach geltendem Urheberrecht strafbar sind. Dadurch, dass man sie identifizieren und für ihr Verhalten zur Rechenschaft ziehen kann, werden sie nicht (weiter) kriminalisiert. Ob es für die Legitimität des Urheberrechts in der Bevölkerung wirklich das Beste ist, Privatnutzern zwei schwerwiegende Verletzungen pro Jahr zuzugestehen, um sie mit aufklärenden Hinweisen zu rechtmässigem Verhalten erziehen zu können, sei dahingestellt. Das Ziel, Strafanzeigen gegen Privatnutzer zu verhindern und die Rechtsdurchsetzung ihnen gegenüber auf zivilrechtliche Bahnen zu lenken, dürfte mit dem vorliegenden Graduated-Response-System jedenfalls kaum zu erreichen sein. Der Grund dafür liegt auf der Hand. Strafanzeigen bleiben nach wie vor möglich¹⁶⁸ und werden wegen der nun explizit vorgesehenen gesetzlichen Grundlage für die Datenbearbeitung¹⁶⁹ wieder attraktiver, weil die Strafverfolgungsbehörden eine

¹⁵⁸ Art. 62a Abs. 1 E-URG.

¹⁵⁹ Art. 62a Abs. 2 E-URG. Glaubhaft gemacht werden muss jedoch nur, dass diejenige Verletzung schwerwiegend ist, die Gegenstand der Mitteilung war, auf deren Grundlage das Identifikationsverfahren angehoben wurde; die Verletzungen, die Gegenstand der ersten und zweiten Mitteilung waren, werden nicht geprüft.

¹⁶⁰ Hier geht es um Fälle, die auch als «pre-release piracy» bezeichnet werden und die als besonders schädlich empfunden werden. Das vom Bundesrat genannte Beispiel des (ersten) Films «The Hobbit», der offenbar als Vorabversion über «Piraterieseiten» heruntergeladen werden konnte (Erl. E-URG, 71), ist insofern nicht optimal, um die besondere Schädlichkeit der «pre-release piracy» zu belegen, als der erste Hobbit-Film bis Anfang 2015 dennoch über 1 Mrd. \$ und die Hobbit Trilogie weltweit insgesamt fast 3 Mrd. \$ eingespielt haben soll (bei Investitionen von ca. 765 Mio. \$); siehe S. MENDELSON, Forbes Online, 25. Februar 2015, <www.tinyurl.com/hobbit-forbes>.

¹⁶¹ Das IGE nennt in diesem Zusammenhang als Beispiel «Tausende von Musikstücken»; IGE,

Medienrohstoff, Die Modernisierung des Urheberrechts, 11. Dezember 2015, Ziff. 3.2.

¹⁶² Art. 62a Abs. 4 E-URG.

¹⁶³ Art. 62a Abs. 3 E-URG.

¹⁶⁴ Der Bundesrat scheint davon auszugehen, dass das Mitteilungssystem eine Verantwortlichkeit des Anschlussinhabers für Verletzungen Dritter über den Anschluss begründet, weil der Anschlussinhaber aufgrund der Mitteilungen wisse, «dass über seinen Anschluss Missbrauch betrieben wird» und er dies bei Untätigkeit im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nehme; Erl. E-URG, 70. Ob die allgemeine Kenntnis, dass ein Anschluss in der Vergangenheit für Urheberrechtsverletzungen verwendet wurde, für sich genommen und unbeschden der konkreten Umstände für eine Verantwortlichkeit bereits genügt, ist indessen fraglich, denn mit dieser Begründung könnten auch Access-Provider nach einer Mitteilung durch einen Rechtsinhaber zivil- und strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden, wenn über denselben Kundenanschluss eine weitere Verletzung begangen wird.

¹⁶⁵ Erl. E-URG, 36; siehe auch Erl. E-URG, 68, 80 f.

¹⁶⁶ Erl. E-URG, S. 80 f.

¹⁶⁷ Erl. E-URG, 19.

¹⁶⁸ Erl. E-URG, 81.

¹⁶⁹ Art. 66j E-URG.

allfällige Untätigkeit nicht mehr mit dem Datenschutzrecht begründen können. Hinzu kommt die Kuriosität, dass gegenüber Personen, die keine schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen begangen haben, nur der strafrechtliche Weg möglich ist, dass also nur diejenigen geschont werden sollen, die schwerwiegende Verletzungen begangen haben. Überdies ist der strafrechtliche Weg auch bei schwerwiegenden Verletzungen für Rechtsinhaber potenziell vorteilhaft, denn dafür gelten die Voraussetzungen des Graduated-Response-Systems ja gerade nicht, d.h., es müssen keine drei Mitteilungen abgewartet werden, und es muss kein Identifikationsverfahren durchlaufen werden. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass das vorgesehene System gar nicht in dem Umfange benutzt wird, wie man es sich erhofft, weil es im Vergleich zu einer Strafanzeige komplizierter ist, die Identifikation wohl auch länger dauert und ein rein zivilrechtliches Vorgehen in der Tendenz weniger «motivierend» auf eine Person wirkt, von der man als Rechtsinhaber eine Geldzahlung erlangen will. Wenn man mit dem Schutz der Privatanutzer vor strafrechtlicher Verfolgung (und der Entlastung der Strafverfolgungsbehörden) wirklich ernst machen wollte, dann müsste man die gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung in P2P-Netzwerken auf Zwecke der zivilrechtlichen Durchsetzung von Urheberrechten beschränken und sie für die strafrechtliche Durchsetzung explizit ausschliessen. Will man das nicht, dürfen die Ziele des Graduated-Response-Systems in der Praxis kaum erreicht werden, sodass man auch darauf verzichten kann.

Abschliessend sei nur am Rande erwähnt, dass der Inhalt von Mitteilungen, aufklärenden Hinweisen und Informationen der Access-Provider an die mitteilenden Personen im Rahmen des Graduated-Response-Systems von Vertretern der Rechtsinhaber, der Konsu-

menten und der Access-Provider zusammen festgelegt werden sollen¹⁷⁰. Dies wäre als solches grundsätzlich nicht zu beanstanden, auch wenn man sich vielleicht die Frage stellen sollte, wer denn überhaupt dazu legitimiert ist, für «die Rechtsinhaber» zu sprechen. Fragwürdig ist es indessen, dass eigens zur Koordination der Zusammenarbeit im Hinblick auf die einmalige Erarbeitung dieser Texte eine «Fachstelle» als «Verbindungsstelle» zwischen den genannten Gruppen geschaffen werden soll¹⁷¹. Offenbar ist geplant, diese Rolle der notorisch unterbeschäftigten Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) zu übertragen¹⁷², was – zu Recht oder zu Unrecht – den Eindruck erweckt, dass es sich dabei um eine verwaltungsinterne Arbeitsbeschaffungsmassnahme handelt. Wenn es nur um die Erstellung von Standardtexten im Rahmen eines Graduated-Response-Systems geht, dann soll der Bundesrat bzw. das IGE nach Anhörung der interessierten Parteien darüber entscheiden. Dafür braucht es keine weitere Fachstelle.

c) Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die vorgesehene Pflicht für Access-Provider, den Zugang zu offensichtlich widerrechtlichen Angeboten auf den Servern ausländischer Hosting-Provider zu sperren, unbesehen von allgemeinen Einwänden auf der Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse vor allem deshalb abzulehnen ist, weil diese Pflicht jedenfalls in der Schweiz nicht mit den Wertungen des materiellen Urheberrechts vereinbar ist. Umgekehrt ist die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Datenbearbeitung zwecks Rechtsdurch-

setzung in P2P-Netzwerken grundsätzlich zu begrüssen, doch sollte auf die Einführung des vorgesehenen Graduated-Response-Systems mit anschließendem Identifikationsverfahren verzichtet werden¹⁷³, jedenfalls solange die gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung in P2P-Netzwerken nicht auf die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung beschränkt wird. Unabhängig davon besteht kein Grund für die Schaffung einer neuen Fachstelle in diesem Bereich.

4. Durchsetzung und Haftungsfreistellung

Obwohl die geschilderten regulatorischen Pflichten der Internet-Service-Provider nicht Ausfluss der Providerhaftung sind, sondern ihnen allein deshalb auferlegt werden, weil sie als Internet-Service-Provider tätig sind¹⁷⁴, bleiben diese regulatorischen Pflichten nicht ohne Wirkung auf den Status quo der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Provider, denn diese Pflichten werden rechtstechnisch auf doppelte Weise mit der Haftungsfrage verknüpft.

Erstens wird bei den regulatorischen (und reglementarischen) Pflichten der Hosting-Provider¹⁷⁵ gesetzlich fingiert, dass eine Gefährdung von Urheberrechten oder anderen Schutzobjekten vorliegt, wenn diese Pflichten nicht eingehalten werden¹⁷⁶. Dies bedeutet, dass die Durchsetzung dieser im Kern verwaltungsrechtlichen Pflich-

¹⁷³ Allenfalls wäre noch näher zu prüfen, ob unter restriktiven Bedingungen ein nicht auf schwerwiegende Verletzungen beschränkter Auskunftsanspruch als Alternative zum Graduated-Response-System mit Identifikationsverfahren infrage käme, um die Rechtsdurchsetzung auf dem Zivilrechtsweg zu fördern; siehe zu diesem Thema auch WULLSCHLEGER (Fn. 3), Rz. 435 ff.

¹⁷⁴ Siehe vorne III.1.

¹⁷⁵ Erl. E-URG, 68. Die Pflichten der Access-Provider werden in diesem Zusammenhang nicht erwähnt.

¹⁷⁶ Art. 62 Abs. 1^{bis} E-URG.

¹⁷⁰ Art. 66h E-URG.

¹⁷¹ Art. 66i E-URG.

¹⁷² Erl. E-URG, 82.

ten durch die Rechtsinhaber auf dem Wege eines zivilrechtlichen Verletzungsprozesses erfolgen kann und auch soll, denn das IGE möchte sich – trotz seiner neuen Rolle als «FINMA des Urheberrechts» mit Bezug auf die SRO – die Mühen einer verwaltungsrechtlichen Durchsetzung dieser Pflichten wohl zu Recht ersparen. Aufgrund der gesetzlichen Fiktion ist dann im Verletzungsprozess nicht zu prüfen, ob als Folge der Pflichtverletzung der Hosting-Provider im konkreten Fall tatsächlich eine Urheberrechtsverletzung erfolgt ist oder droht, denn Prozessthema wird einzig und allein sein, ob der fragliche Hosting-Provider seine neuen regulatorischen (oder reglementarischen) Pflichten eingehalten hat.

Zweitens werden diejenigen Internet-Service-Provider, die ihre regulatorischen (oder reglementarischen) Pflichten erfüllen, unter anderem von der Providerhaftung freigestellt¹⁷⁷. Für die *Hosting-Provider* bedeutet dies, dass sie bei Einhaltung der gesetzlichen und allenfalls auch der reglementarischen Pflichten zum NTD oder, ohne Mitgliedschaft bei einer SRO, auch zum Staydown nicht für etwaige «Urheberrechtsverletzungen durch ihre Inhaltsanbieter»¹⁷⁸ verantwortlich gemacht werden können. Gemeint ist damit, auch wenn es nicht so formuliert ist¹⁷⁹, dass sie keine zivilrechtliche Verant-

wortlichkeit als Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden trifft. Überdies werden sie auch von jeglicher Verantwortlichkeit für etwaige Verletzungen vertraglicher und ausservertraglicher Pflichten freigestellt, die als Folge der Einhaltung der gesetzlichen (oder reglementarischen) Pflichten begangen werden. Hier geht es primär darum, Ansprüche der Kunden auszuschliessen, deren Angebote vom Hosting-Provider im NTD- oder im Staydown-Verfahren in Erfüllung seiner Pflichten gesperrt, gelöscht oder nicht wieder hochgeladen werden. Analog zur Regelung bei den Hosting-Providern soll auch für die *Access-Provider* gelten, dass bei Erfüllung ihrer regulatorischen Pflichten – also der Hinweispflichten im Rahmen des Graduated-Response-Verfahrens, der Bekanntgabe der Identität eines Kunden im Identifikationsverfahren und der Umsetzung von Sperrverfügungen des IGE¹⁸⁰ – von jeglicher Verantwortlichkeit sowohl gegenüber Kunden auf vertraglicher oder ausservertraglicher Basis als auch gegenüber Rechtsinhabern auf der Grundlage der Providerhaftung und explizit auch für die Umgehung von Sperrmassnahmen durch Dritte freigestellt werden¹⁸¹.

Aufgrund dieser Verknüpfungen überlagern und verdrängen die neuen regulatorischen Pflichten und die damit einhergehenden Freistellungen von der Verantwortlichkeit als Teilnehmer die traditionellen Grundsätze der Providerhaftung im Bereich des Urheberrechts.

IV. Fazit

Als Fazit ist festzuhalten, dass der Bundesratsentwurf aus dogmatischer Sicht zwar durchaus interessant ist, weil die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet-Service-Provider bei Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden indirekt neu geregelt wird, ohne dass formal definiert würde, wann seitens der Provider eine rechtlich erhebliche Teilnahmehandlung vorliegt. In der Sache schießt der Gesetzesvorschlag aber durch Schaffung unnötigen Urheberverwaltungsrechts an verschiedenen Stellen über das Ziel hinaus und sollte unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen¹⁸² entsprechend grundlegend überarbeitet und zurückgestutzt werden. Dabei sollte sich der schweizerische Gesetzgeber auch ganz grundsätzlich überlegen, wie weit er mit der Verschlechterung der Rahmenbedingungen für die heimische IT-Industrie gehen will, um die amerikanische Film- und Musikindustrie zufriedenzustellen.

Zusammenfassung

Nach geltendem Recht liegt eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Service-Providern bei Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden dann vor, wenn der Provider einen rechtlich relevanten Beitrag dazu leistet. Was als rechtlich relevanter Beitrag betrachtet wird, ist mangels gesetzlicher Regelung im URG auf der Grundlage der allgemeinen zivilrechtlichen Regel von Art. 50 OR oder anhand einer Analogie zur patentrechtlichen Regel von Art. 66 lit. d PatG zu bestimmen. Entsprechend müssen für die Verantwortlichkeit als Teilnehmer abgesehen von einer objektiv erheblichen Förderung der direkten Urheberrechtsverletzung immer auch bestimmte subjektive

¹⁷⁷ Art. 66k Abs. 1 lit. a und Art. 66k Abs. 2 lit. a E-URG.

¹⁷⁸ Art. 66k Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 66b bzw. Art. 66c Abs. 2 und 3 E-URG.

¹⁷⁹ Streng genommen bezieht sich die zivilrechtliche Verantwortlichkeit als Teilnehmer an einer Urheberrechtsverletzung, die durch Art. 66k Abs. 1 lit. a E-URG ausgeschlossen werden soll, nicht auf eine Verantwortlichkeit «für» Urheberrechtsverletzungen und damit für fremdes Verhalten, wie es der Gesetzesvorschlag suggeriert, sondern für eigenes Verhalten, eben in der Form der Teilnahme; siehe dazu in persönlichkeitsrechtlichem Zusammenhang jetzt auch BGer vom 9. November 2015, 5A_963/2014, E. 5.3.1.

¹⁸⁰ Art. 66a Abs. 2, 66d Abs. 2, 66g E-URG.

¹⁸¹ Art. 66k Abs. 2 E-URG. Terminologisch ungünstig ist auch hier, dass aufgrund der Verwendung der fernmelderechtlichen Begriffe die Access-Provider (als «Anbieterinnen von Fernmeldediensten») von Urheberrechtsverletzungen «durch ihre Teilnehmer» freigestellt werden, obwohl in der Terminologie der Providerhaftung gerade die Access-Provider und nicht – wie im Fernmelderecht – deren Kunden als «Teilnehmer» bezeichnet werden.

¹⁸² Siehe namentlich vorne III.2.c und III.3.c.

Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Im Ergebnis bedeutet dies, dass Access-Provider kaum je an den Rechtsverletzungen ihrer Kunden in einem rechtlich relevanten Umfang teilnehmen und dass Hosting-Provider jedenfalls dann eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit treffen kann, wenn sie eine hinreichend konkrete Kenntnis vom rechtsverletzenden Verhalten ihrer Kunden haben, aber trotzdem untätig bleiben. Dieser Status quo der Providerhaftung in der Schweiz soll im Rahmen der laufenden Urheberrechtsreform von regulatorischen Pflichten überlagert werden, die für Hosting-Provider ein «Notice and Takedown-Verfahren» bringen und von Access-Providern Zugangssperren sowie die Identifikation von Rechtsverletzern in P2P-Netzwerken verlangen. Im Gegenzug sollen sie von der Verantwortlichkeit als Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden freigestellt werden. Eine erste Analyse dieser neuen Pflichten zeigt, dass der Bundesratsvorschlag weit über das Ziel hinauschießt und insofern an verschiedenen Stellen erheblich nachzubessern ist.

Résumé

Sous l'empire du droit actuel, les fournisseurs de services Internet n'engagent leur responsabilité civile en cas de violation du droit d'auteur par leurs clients que lorsque le fournisseur y contribue de manière juridiquement déterminante. La notion de contribution juridiquement pertinente doit, en l'absence d'une réglementation légale prévue par la LDA, être définie à la lumière des règles générales de droit civil tirées de l'art. 50 CO ou de l'application par analogie de l'art. 66 let. d LBI. Pour pouvoir admettre une responsabilité du participant à l'acte dommageable, il y a lieu de considérer non seulement le comportement ayant objectivement facilité de manière essentielle la violation directe du droit d'auteur, mais également les éléments subjectifs de l'état de fait constitutif. Il en résulte que les fournisseurs d'accès participent rarement de manière juridiquement déterminante à une violation des droits commise par leurs clients et que les hébergeurs ne répondent sur le plan civil que

lorsqu'ils ont eu une connaissance suffisante et concrète du comportement illicite de leurs clients, tout en restant néanmoins passifs. La révision actuelle du droit d'auteur doit remédier à ce statut quo en matière de responsabilité civile des fournisseurs Internet en Suisse en introduisant des normes contraignantes prévoyant une procédure de «notice and take down» et en exigeant des fournisseurs d'accès un blocage de l'accès de même que l'identification des auteurs d'atteintes illicites au sein des réseaux P2P. En échange, les fournisseurs sont libérés de toute responsabilité civile en tant que participants à une violation du droit d'auteur de leurs clients. Une première analyse de ces nouvelles obligations montre que le projet du Conseil fédéral va au-delà de l'objectif poursuivi et qu'il doit être sérieusement amélioré sur plusieurs points.