

Nik Schoch / Michael Schüepf

## **Provider-Haftung «de près ou de loin»?**

Abwehransprüche gegen Internet-Service-Provider im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht im Lichte des Urteils des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013

---

Die Autoren nehmen das – angesichts der geltenden Rechtslage nicht zu beanstandende – Urteil des Bundesgerichts zum Anlass, der Frage nachzugehen, ob die für die Online-Branche folgenschweren bundesgerichtlichen Erwägungen auch für Abwehrklagen gelten, die ihre Rechtsgrundlage nicht im Persönlichkeits-, sondern im Lauterkeits- oder im Immaterialgüterrecht haben. Sie setzen sich ausserdem mit dem gesetzgeberischen Handlungsbedarf sowie mit Möglichkeiten auseinander, um bereits de lege lata die auch vom Bundesgericht angesprochenen «graves conséquences» im Einzelfall zu verhindern.

---

Rechtsgebiet(e): Wettbewerbsrecht; Immaterialgüterrecht; Personenrecht; Informatikrecht; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Nik Schoch / Michael Schüepf, Provider-Haftung «de près ou de loin»? , in: Jusletter 13. Mai 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Verortung des Urteils des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013
  1. Ausgangslage: Tribune de Genève-Urteil
  2. Verortung des Urteils
- II. Passivlegitimation bei Abwehrklagen in anderen Rechtsgebieten
  1. Spezialgesetzliche Teilnahmeregelungen
    - 1.1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte
      - a. Lauterkeitsrecht
      - b. Immaterialgüterrecht
        - (i) Marken- und Urheberrecht
        - (ii) Designrecht- und Patentrecht
    - 1.2. Zwischenfazit
  2. Einheitliches Ergebnis im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht
    - 2.1. Ergebnisorientierte Überlegungen am Beispiel der Provider-Haftung
    - 2.2. Rechtsgebietsübergreifende Anwendbarkeit von Art. 50 OR?
  3. Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Passivlegitimation von Teilnehmern
- III. Ansätze zur Vermeidung gravierender Konsequenzen
  1. Auswirkungen des TdG-Urteils
  2. Überlegungen de lege lata
    - 2.1. Billigkeitserwägungen bei der Kostenverteilung
    - 2.2. Strenge Kriterien bei der Festlegung der Rechtsfolgen
  3. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

## I. Ausgangslage und Verortung des Urteils des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013

### 1. Ausgangslage: Tribune de Genève-Urteil

[Rz 1] Wer eine Blog-Plattform betreibt, muss im Falle eines von einem Dritten geposteten, persönlichkeitsverletzenden Blog-Beitrages damit rechnen, gerichtlich zur Beseitigung des fraglichen Beitrages sowie zur Tragung der Prozesskosten verpflichtet zu werden – und zwar unabhängig davon, ob er vom Verletzten vorgängig zur Beseitigung aufgefordert worden war oder sonst wie von der Widerrechtlichkeit des Blog-Inhaltes wusste. Dies ist das Fazit aus dem am 14. Januar 2013 ergangenen Urteil des Bundesgerichts.<sup>1</sup>

[Rz 2] Der zu beurteilende Fall betrifft die Genfer Zeitung «Tribune de Genève» (TdG), die auf ihrer Website (tdg.ch) einen gesonderten Bereich (blog.tdg.ch) für den Betrieb eines «Blogs» zur Verfügung stellt, in welchem die Nutzer unter eigenem Namen eigene Beiträge verfassen können. In einem solchen Blog-Beitrag griff ein Genfer Politiker einen ehemaligen Direktor der Genfer Kantonalbank an, wobei er ihm unter anderem Bilanzfälschungen vorwarf und ihn für mehrere Unternehmenskonkurse verantwortlich machte. Der angegriffene Ex-Direktor erwirkte im Rahmen eines sowohl gegen die TdG als auch den Blogger gerichteten vorsorglichen Massnahmeverfahrens die Beseitigung des Blog-Beitrages. Im anschliessenden ordentlichen Verfahren stellten die kantonalen Instanzen die Widerrechtlichkeit des Blog-Inhaltes

fest und bestätigten den Beseitigungsanspruch sowohl gegenüber dem Blog-Autor als auch gegenüber der TdG. Die Verfahrenskosten von mehreren tausend Franken wurden zu einem Viertel der Zeitung und zu drei Vierteln dem Verfasser des Blog-Beitrages auferlegt. Gegen das letztinstanzliche kantonale Urteil erhob die TdG schliesslich Beschwerde beim Bundesgericht, welches einzig darüber zu entscheiden hatte, ob die Zeitung als Website-Betreiberin für den durch einen Dritten verfassten Blogbeitrag rechtlich belangt werden könne, mithin deren Passivlegitimation zu bejahen sei.

[Rz 3] Das Bundesgericht tat dies mit der Begründung, dass in der Schweiz – anders als beispielsweise in der EU<sup>2</sup> – kein gesetzliches Haftungsprivileg für Blog-Hoster und andere Internet-Service-Provider bestehe. Infolgedessen seien die allgemeinen Regeln zum Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ff. ZGB anwendbar. Ausdrücklich unter Bezugnahme auf die Botschaft vom 5. Mai 1962 betreffend die Revision des Zivilgesetzbuches<sup>3</sup> hielt das Bundesgericht fest, dass die Abwehrklagen gemäss Art. 28a Abs. 1 ZGB nicht nur gegenüber dem direkten Verletzer bzw. dem «auteur originaire de l'atteinte», sondern auch gegenüber jeder anderen Person erhoben werden können, die in irgendeiner Weise («que ce soit de près ou de loin») objektiv an der Verletzung mitwirkt, ganz einerlei, ob es sich dabei um einen sachlich untergeordneten oder in der Kausalkette lediglich entfernten («fût il secondaire») Tatbeitrag handelt; ausschlaggebend sei, dass die ins Recht zu fassende Person durch ihr Verhalten eine Persönlichkeitsverletzung verursache, zulasse oder begünstige («cause, permet ou favorise»). Dabei könne es weder auf ein Verschulden («sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait commis une faute») noch auf das Wissen bzw. Wissenmüssen um die Widerrechtlichkeit des inkriminierten Inhalts («même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même le savoir») noch darauf ankommen, ob ein rechtmässiges Verhalten überhaupt möglich oder zumutbar gewesen wäre («la légitimation passive n'est pas liée à la maîtrise ou non du contenu des propos rapportés»). Auf einen entsprechenden Einwand der Beschwerdeführerin hin stellte das Bundesgericht überdies klar, dass der Beseitigungsanspruch gegenüber der eingeklagten Person auch dann zu bejahen sei, wenn ähnliche widerrechtliche Äusserungen über (nicht eingeklagte) Drittpersonen an die Öffentlichkeit gelangten, die Bejahung der Beseitigungsklage somit lediglich eine eingeschränkte Wirksamkeit zeitigt. Das Bundesgericht schliesst seine Erwägungen mit dem Hinweis, dass es nicht der Rechtsprechung, sondern dem Gesetzgeber obliege,

<sup>1</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 12–15 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste des Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), ABl. 2000 L 178/1 vom 17. Juli 2000.

<sup>3</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1962, BBl 1962 636 ff., 656 f. (im Folgenden: Botschaft ZGB).

jene «*graves conséquences*» zu beseitigen, welche die geltende Gesetzeslage im Online-Kontext zur Folge haben können. (E. 6.2. und 6.3.).

## 2. Verortung des Urteils

[Rz 4] Gegenstand des vom Bundesgericht zu beurteilenden Falles war nicht ein Unterlassungs-, sondern ausschliesslich ein vom Verletzten geltend gemachter Beseitigungsanspruch. Die Beseitigungsklage kann im Falle einer gegenwärtigen, im Zeitpunkt des Urteils noch bestehenden und behebbaren Rechtsverletzung erhoben werden. Oft<sup>4</sup>, aber eben nicht so im vorliegenden Fall, wird sie mit einer Unterlassungsklage kombiniert; mit dieser kann ein Verbot eines genau umschriebenen, ernstlich zu befürchtenden zukünftigen Verhaltens erwirkt werden, das eine Bedrohung der Rechtsposition des Klägers darstellt.<sup>5</sup> Beseitigungs- und Unterlassungsklage werden zu den sog. negatorischen Klagen gezählt, die im Gegensatz zu den sog. reparatorischen Klagen (namentlich auf Schadenersatz und Genugtuung) nach herrschender (und im vorliegenden Urteil bestätigter) Auffassung kein Verschulden seitens des Verletzers voraussetzen.<sup>6</sup>

[Rz 5] Strittig und vom Bundesgericht ausschliesslich zu beurteilen war die Frage der Passivlegitimation im Falle des geltend gemachten Beseitigungsanspruchs. Diese Frage wird vom materiellen Recht beantwortet.<sup>7</sup> Es sind somit auch die Vorschriften des materiellen Rechts, die bei Vorliegen einer Verletzungshandlung bestimmen, ob ausschliesslich der «Primärstörer» (d.h. der «Haupttäter», der «direkte Verletzer» oder eben «l'auteur originaire de l'atteinte») oder aber auch ein «Sekundärstörer» (d.h. ein «indirekter Verletzer») oder Teilnehmer ins Recht gefasst werden kann. Als «Teilnehmer» wird im vorliegenden Beitrag derjenige betrachtet, der, wie auch ein Sekundärstörer, «nur» in eine Verletzungshandlung involviert ist, im Unterschied zu Letzterem aber selbst nicht alle Merkmale eines Verletzungstatbestandes erfüllt.<sup>8</sup>

[Rz 6] Was die Abwehr-, d.h. die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Fall von Persönlichkeitsrechtsverletzungen anbelangt, so bestimmt das materielle Recht in Art. 28 Abs. 1 ZGB, dass das Gericht «gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt», angerufen werden könne. Dieser Wortlaut bringt klar den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, im

Bereich des Persönlichkeitsschutzes den Kreis der Passivlegitimierten möglichst weit zu fassen und namentlich auch Klagen gegen Personen zuzulassen, die bloss «an einer Verletzung mitwirken, diese dulden oder begünstigen» – und zwar unabhängig davon, ob die Mitwirkung schuldhaft erfolgte oder nicht.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber verzichtete denn auch auf eine Privilegierung der Medien und wollte dem durch eine persönlichkeitsverletzende Presseberichterstattung Betroffenen die Möglichkeit lassen, gegen denjenigen gerichtlich vorzugehen, der «dank seiner Stellung die Verletzung am wirksamsten unterbinden oder wiedergutmachen kann».<sup>10</sup> Im Einklang mit dieser klaren gesetzgeberischen Stossrichtung hiess das Bundesgericht etwa im Fall eines ehrverletzenden Leserbriefes eine gegen die Redaktion gerichtete Abwehrklage gut, obwohl diese auf ihrer Leserbriefseite jegliche Haftung für den Inhalt der Leserzuschriften ablehnte;<sup>11</sup> ebenso wenig hörte es, in einem anderen Fall, den Einwand der eingeklagten Druckerei, wonach sie gar keine Möglichkeit zur inhaltlichen Kontrolle über die von ihr im Auftrag eines Zeitungsverlages zu druckenden Artikel (gehabt) habe.<sup>12</sup>

[Rz 7] Diese Beispiele zeigen, dass die vom Gesetzgeber anfangs der Achtzigerjahre verfolgten Absichten bereits im «traditionellen» Offline-Kontext im Einzelfall zu einer beachtlichen Ausweitung der Passivlegitimation führen können. Diese Tendenz akzentuiert sich in massgeblicher Weise im (damals vom Gesetzgeber selbstverständlich noch nicht bedachten) Online-Bereich: Erstens «wirken» hier an der Bereitstellung und Veröffentlichung von Inhalten neben dem eigentlichen «Inhaltsproduzenten» regelmässig mehr und häufig delokalisierte sowie untereinander in tendenziell weniger engem Kontakt stehende Beteiligte «mit»: Nebst dem erwähnten «Content Provider» (als Primärstörer) kommen als Sekundärstörer bzw. Teilnehmer der Betreiber der den fraglichen Inhalt veröffentlichenden Plattform (Online-Shop, Suchmaschine, Blog- oder Socialmediaportal etc.), der Server- bzw. Webhoster, der Access Provider, konsequenterweise sogar der Anbieter von Housingdienstleistungen und letztlich auch der Stromlieferant in Frage. Zweitens fördern das Internet im Generellen und die erwähnten Plattformen im Speziellen die Verbreitung von Inhalten, deren Urhebererschaft (aus welchen Gründen auch immer) anonym und/oder nicht ortsansässig und daher schwieriger zu eruieren oder ins Recht zu fassen ist; dies führt unweigerlich dazu, dass der Verletzte noch eher als im traditionellen Umfeld gezwungen ist, nicht auf den Direktverletzer, sondern auf den

<sup>4</sup> MEILI ANDREAS, Kommentierung von Art. 28–28f ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006, Art. 28a N 4.

<sup>5</sup> MEILI, BSK ZGB I, Fn. 4, Art. 28a N 2.

<sup>6</sup> Vgl. zum Persönlichkeitsrecht: HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, Rz. 14.08; MEILI, BSK ZGB I, Fn. 4, Art. 28 N 55; BGE 126 III 161 E. 5 a, S. 165; Botschaft ZGB, Fn. 3, 681; ferner die Nachweise in Fn. 72.

<sup>7</sup> Vgl. statt Vieler Urteil des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013, E. 6.1 m.w.H.

<sup>8</sup> Vgl. die Definitionen bei HESS-BLUMER ANDRI, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, in: sic! 2003 95 ff., 96.

<sup>9</sup> Botschaft ZGB, Fn. 3, 656 f.

<sup>10</sup> Botschaft ZGB, Fn. 3, 657 f.

<sup>11</sup> BGE 106 II 92 ff.; vergleichbar damit wurde im Fall «Tribune de Genève» in den AGB der Plattform festgehalten, die Betreiberin übernehme «aucune responsabilité vis-à-vis des contenus publiés par l'utilisateur ou de toute autre information ou communication de l'utilisateur», die Blogger seien «entièrement responsable de tout contenu qu'il télécharge, publie, transmet ou met à disposition via le service blog».

<sup>12</sup> BGE 126 II 161 ff.

«Nächstbesten» – eben auf einen Sekundärstörer bzw. Teilnehmer – zurückzugreifen. Drittens sind die erwähnten Plattformen in der Regel darauf ausgerichtet, eine grosse Anzahl von Informationen zu verbreiten, deren inhaltlich-präventive Kontrolle sich selbst für jene Mitwirkenden, die an sich «nahe am Geschehen» wären, soweit technisch überhaupt möglich, als äusserst aufwendig erweist.

[Rz 8] Angesichts der im Online-Kontext inhärenten Gefahr einer unsachgemässen Ausweitung der Passivlegitimation unternahm die Lehre zu Recht unterschiedliche Versuche, im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung Haftungsprivilegien für «Internet-Service-Provider» zu rechtfertigen.<sup>13</sup> So wurde etwa vorgeschlagen, die gerichtliche Gutheissung eines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs von «vorausgehende[n], konkrete[n] und qualifizierte[n] Hinweise(n)» abhängig zu machen<sup>14</sup> («notice-and-takedown»)<sup>15</sup>. Derselbe Autor machte an anderer Stelle darauf aufmerksam, dass die Mitwirkung nicht nur natürlich-kausal, sondern auch adäquat-kausal sein müsse, um eine Beseitigungshaftung zu begründen; daher wäre etwa die Passivlegitimation des Access-Providers mangels Adäquanz von dessen Tatbeitrag regelmässig zu verneinen.<sup>16</sup> Ein weiterer Privilegierungsversuch bestand darin, analog zu der mit Blick auf die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 f. OR) entwickelten Praxis insbesondere im Zusammenhang mit Unterlassungsklagen Kriterien der Machbar- und Zumutbarkeit (und somit an sich des Verschuldens) mit einzubeziehen: So könne ein Provider nur insoweit zur Unterlassung verpflichtet

werden, als ihm eine solche überhaupt möglich und zumutbar war bzw. ist.<sup>17</sup>

[Rz 9] Soweit ersichtlich, knüpfen die bisherigen Ansätze der Lehre, die Passivlegitimation der Host-Provider einzuschränken, im Wesentlichen bei der Definition der Tatbestandsmässigkeit und hier insbesondere bei der Beurteilung des Verschuldens (Untätigkeit trotz Kenntnis; Zumutbarkeit) sowie der Adäquanz der Kausalität an; vor allem aber scheinen die meisten Autoren jene Überlegungen unter dem Blickwinkel der (verschuldensabhängigen) Schadenersatzansprüche angestellt zu haben, ohne sie (zumindest explizit) auf die im Verfahren gegen die Tribune de Genève sowie im vorliegenden Aufsatz interessierenden (verschuldensunabhängigen) negatorischen Ansprüche zu übertragen. Aus diesem Grund, aber vor allem auch angesichts der klaren, vom Gesetzgeber im Persönlichkeitsrecht verfolgten Absichten erstaunt es nicht, wenn das Bundesgericht nun einerseits festhält, dass die Frage der Passivlegitimation «n'est pas liée à la maîtrise ou non du contenu des propos rapportés» (E. 6.3.), und andererseits ausführt, dass jeder ins Recht gefasst werden könne, «quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte». Da es jedoch nicht zum vornherein ausgeschlossen erscheint, die oben zusammengefasst wiedergegebenen Lehrmeinungen auch auf die Streitgegenständlichen Abwehransprüche zu übertragen<sup>18</sup>, wäre zu erwarten gewesen, dass es jene Versuche zumindest in seine Erwägungen miteinbezogen hätte.<sup>19</sup> Indem es die unseres Erachtens zumindest prüfenswerten Überlegungen ignoriert hat, entzieht es den legitimen Ansätzen zur Einschränkung der Passivlegitimation von Internet-Providern bei Abwehransprüchen im Persönlichkeitsrecht jeglichen Boden.

<sup>13</sup> Diese Bemühungen stehen vor dem Hintergrund zu der im Rahmen der Vernehmlassung «Netzwerkriminalität» vom Bundesrat eingenommenen Position, wonach nicht nur in Bezug auf die strafrechtliche, sondern auch bei der zivilrechtlichen Verantwortung der Provider kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe (Bericht und Vorentwürfe über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider und die Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mittels elektronischer Kommunikationsnetze (Netzwerkriminalität), Bern Oktober 2004, Ziff. 2.221).

<sup>14</sup> ROSENTHAL DAVID, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall? Sonderdruck aus: Jung Peter (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Bern/Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 73, sowie ausführlich zu den inhaltlichen und formalen Anforderungen einer «notice» Rz. 96 ff.

<sup>15</sup> Vergleiche hierzu auch die Bemühungen der «swiss internet industry association» (simsa, vgl. [www.simsa.ch](http://www.simsa.ch)), die in ihrem auf dem Prinzip der Selbstregulierung erstellten und am 1. Februar 2013 in Kraft getretenen «Code of Conduct Hosting (CCH)» ein «notice-and-takedown»-Verfahren in klaren Fällen (Ziff. 7.) sowie eine «notice-and-notice»-Verfahren in weniger klaren Fällen (Ziff. 6.) vorsieht, wobei für die Beurteilung der eingegangenen «notice» der Massstab eines juristischen Laien gelten soll (Ziff. 6.1., 7.3.).

<sup>16</sup> ROSENTHAL DAVID, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter; Entgegnung zum Artikel von Robert G. Briner, in: sic! 2006, 511 ff., 515 f.; ähnlich, allerdings im Strafrecht, auch das Bundesgericht, welches eine ständige Überwachungspflicht einer Forenbetreiberin mit Verweis auf die Sozialadäquanz abgelehnt hat, Urteile des Bundesgerichts 6B\_645/2007 und 6B\_650/2007 vom 2. Mai 2008, E. 7.3.4.4.2.

<sup>17</sup> FRECH PHILIPP, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Diss. St.Gallen 2008, Zürich/Basel/Genf 2009, 278 ff.; sich dieser Auffassung anschliessend KERNEN ALEXANDER, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden, in: Jusletter 4. März 2013, Rz. 21; unklar ist, ob diese beiden Autoren Zumutbarkeitsüberlegungen bereits bei der Beurteilung der Tatbestandsmässigkeit oder erst bei der Definition der Rechtsfolgen berücksichtigt haben möchten. Fest steht, dass das Kriterium der Zumutbarkeit im Bereich der Werkeigentümerhaftung bereits eines von deren Tatbestandselementen darstellt (BGE 89 II 331 E. 4; BGE 130 III 736 E. 1.3.).

<sup>18</sup> In diesem Sinne auch KERNEN, Fn. 17, Rz. 16 und 20.

<sup>19</sup> Konsequenterweise liess das Bundesgericht in den Erwägungen zu seinem Urteil aber selbst Autoren unberücksichtigt, welche seiner strengen Auffassung bereits vor längerem das Wort geredet haben: So haben CIOLA-DUTOIT SOPHIE/COTTIER BERTIL, Le droit de la personnalité à l'épreuve de blogs, in: Medialex 2008, 72 ff., 78 die Auffassung vertreten, dass der Host-Provider eines Blogs, auf welchem ein persönlichkeitsverletzender Beitrag veröffentlicht wird, für Abwehransprüche gestützt auf Art. 28 f. ZGB passivlegitimiert sei; dies gelte ferner sogar für den Access-Provider, der gezwungen werden könne, eine Verbindung mit dem verletzenden Blog zu unterbinden, auch wenn deren Mitwirkung «rein automatisiert» erfolgt.

## II. Passivlegitimation bei Abwehrklagen in anderen Rechtsgebieten

[Rz 10] Das Bundesgericht war im vorliegenden Fall einzig dazu berufen, die Frage der Providerhaftung im Lichte des Persönlichkeitsrechts zu beurteilen. Wie eben gezeigt wurde, erscheint das vorliegende Urteil angesichts des klaren Wortlauts der dem geltend gemachten Beseitigungsanspruch zugrunde gelegten Norm, aber auch mit Blick auf den eindeutig dokumentierten Willen des Gesetzgebers als richtig.<sup>20</sup> Umso mehr stellt sich die Frage, ob die durch das Tribunale-Genève-Urteil gewonnenen Erkenntnisse auch für Abwehrklagen gelten, die ihre Rechtsgrundlage ausserhalb des Persönlichkeitsrechts haben: Muss etwa der Betreiber einer Online-Auktionsbörse, auf welcher ohne dessen Wissen gefälschte Marken-T-Shirts angeboten werden, damit rechnen, ohne vorgängige Abmahnung gerichtlich zur Beseitigung des Angebots sowie zur Tragung der Gerichtskosten aufgefordert zu werden? Drohen dem Suchmaschinenbetreiber, der in der ganzen Flut von Informationen unbewusst auch auf die Urheberrechte Dritter verletzende Bilder, Texte oder Musikdateien verweist, massenweise Abwehrklagen? Oder ist es nicht eher so, dass der Schutz der Persönlichkeit (wozu in dieser Arbeit auch der Datenschutz<sup>21</sup> gezählt wird) in der gesamten Rechtsordnung eine derart herausragende Rolle einnimmt, dass darauf fussende Erkenntnisse nicht ohne Weiteres auf lauterkeits- oder immaterialgüterrechtlich – mithin eher wirtschaftlich – motivierte Abwehrklagen anwendbar sind? Lassen die «Spezialbestimmungen» im Lauterkeits- sowie im Immaterialgüterrecht<sup>22</sup> nicht Raum für eine «enger konturierte Passivlegitimation», wie dies von einem Teil der Lehre gefordert wird?<sup>23</sup> Und, letztlich: Betrifft der vom Bundesgericht anerkannte, legislatorische Handlungsbedarf lediglich die Provider-Haftung im Bereich des Persönlichkeitsrechts oder nicht doch auch jene gestützt auf wettbewerbs- und immaterialgüterrechtliche Normen?

[Rz 11] Um diese Fragen zu beantworten, werden nachfolgend in einem ersten Schritt Wortlaut und Materialien der

einschlägigen wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen analysiert und der Regelung in Art. 28 ff. ZGB gegenüber gestellt. Anschliessend folgen systematische und ergebnisorientierte Überlegungen. In einem letzten Schritt werden die Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Passivlegitimation von Teilnehmern zusammengefasst.

### 1. Spezialgesetzliche Teilnahmeregelungen

#### 1.1. Wortlaut und Entstehungsgeschichte

##### a. Lauterkeitsrecht

[Rz 12] Ein Blick auf die massgebenden Bestimmungen zu den negatorischen Klagen in Art. 9 ff. UWG<sup>24</sup> macht deutlich, dass das Gesetz abgesehen von der Sonderbestimmung für Ansprüche gegen den Geschäftsherrn<sup>25</sup> keine ausdrückliche Regelung der Passivlegitimation enthält.<sup>26</sup> Hervorzuheben ist dabei insbesondere, dass in der grundlegenden Vorschrift von Art. 9 Abs. 1 UWG eine mit Art. 28 Abs. 1 ZGB vergleichbare Formulierung, wonach «[...] gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt [...], geklagt werden könne, fehlt.

[Rz 13] Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum heutigen UWG wurde allerdings verschiedentlich auf das kurz zuvor revidierte Persönlichkeitsrecht Bezug genommen.<sup>27</sup> Was die Abwehransprüche im Besonderen<sup>28</sup> anbelangt, so stand die Abschaffung des im alten UWG von 1943 enthaltenen Presseprivilegs zur Debatte. Zur Rechtfertigung der Streichung dieses Privilegs verweist die Botschaft UWG<sup>29</sup> denn auch wörtlich wie folgt auf die Botschaft ZGB<sup>30</sup>: «Es sind keine Gründe zu erkennen, die im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes besondere Privilegien für die Medien zu rechtfertigen vermögen. Der Betroffene muss auch im Zusammenhang mit den Medien gegen alle Personen klageweise vorgehen können, die ihn in seiner Persönlichkeit verletzen, und es muss ihm überlassen bleiben zu entscheiden, gegen wen er seine Klagen richten will.» Da diese Überlegungen zum Rechtsschutz im Persönlichkeitsrecht nach Ansicht des Bundesrates und des Berichterstatters im Nationalrat<sup>31</sup>

<sup>20</sup> In diesem Sinne auch bereits Jahre vor dem Urteil des Bundesgerichts *CILA-DUTOIT/COTTIER*, Fn. 19, 78.

<sup>21</sup> Vgl. die Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 413 ff., 464 f., in welcher einerseits festgehalten wird, dass die Passivlegitimation im DSG «vollumfänglich» dieselbe sein soll wie im Persönlichkeitsrecht, und welche andererseits auch die weitreichenden Konsequenzen davon «unter den Bedingungen der Informatik» aufzeigt: «(...) heisst dies, dass die verletzte Person nicht nur den Inhaber einer Datensammlung, sondern auch dessen Hilfspersonen und Beauftragte belangen kann. Sie mag beispielsweise die Betreiber eines Rechenzentrums oder eines Datenübermittlungsnetzes oder auch Personen, die Software oder Hardware für die verletzende Bearbeitung zur Verfügung gestellt haben, ins Recht fassen, sofern deren Handeln oder Unterlassen für die Verletzung ursächlich ist.» (464 f.).

<sup>22</sup> Die Erlasse in diesen Rechtsgebieten werden im Folgenden in Abgrenzung zu den Bestimmungen im ZGB als Spezialgesetze bezeichnet.

<sup>23</sup> FRECH, Fn. 17, 278.

<sup>24</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241.

<sup>25</sup> Art. 11 UWG.

<sup>26</sup> Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.224/2005 vom 12. Dezember 2005, E. 2.2.2; BAUDENBACHER CARL/GLÖCKNER JOCHEN, Kommentierung von Art. 11 UWG, in: Baudenbacher Carl, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001, Art. 11 UWG N 2.

<sup>27</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 1009 ff. (im Folgenden: Botschaft UWG), 1055 ff. und 1074 ff.

<sup>28</sup> Das Presseprivileg des aUWG bezog sich lediglich auf Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklagen, vgl. Botschaft UWG, Fn. 27, 1055.

<sup>29</sup> Botschaft UWG, Fn. 27, 1056.

<sup>30</sup> Botschaft ZGB, Fn. 3, 657.

<sup>31</sup> Vgl. AB N 1985 840, 848.

auch für jenen im Lauterkeitsrecht gelten sollen, wurde eine Haftungsbeschränkung für die Presse gleichermassen wie im Persönlichkeitsrecht als ungerechtfertigt bezeichnet und in der Folge aus dem UWG gestrichen.<sup>32</sup> Darüber hinaus finden sich weder in der Botschaft noch in den Protokollen der parlamentarischen Beratungen<sup>33</sup> weitergehendere oder konkretere Ausführungen zur Passivlegitimation. Es wurde jedoch allgemein festgehalten, dass die Regelung der Klageberechtigung und der möglichen Klagen «im Interesse einer kohärenten und einheitlichen Gesetzgebung» sowohl «begrifflich wie auch systematisch» an das Persönlichkeitsrecht angepasst werden sollte.<sup>34</sup>

[Rz 14] Es ist in den Materialien somit erkennbar, dass der Gesetzgeber eine gewisse Übereinstimmung der massgebenden Bestimmungen in den beiden Rechtsgebieten angestrebt hat: Diese Angleichung erfolgte allerdings nicht vollumfänglich, sondern eben nur «weitgehend»<sup>35</sup>, in «terminologischer und systematischer Hinsicht» sowie primär nur auf die Klagearten bezogen. Demgegenüber liefern die Überlegungen zur Abschaffung des Medienprivilegs jedoch einen Anhaltspunkt dafür, dass nach Ansicht des Gesetzgebers auch im Medien-Kontext Klagen gegen alle Personen möglich sein müssen, die unlauteren Wettbewerb begehen: Wie im Bereich des Persönlichkeitsschutzes solle es auch im UWG dem Kläger überlassen sein zu entscheiden, gegen wen er seine Klage richten will. Der Gesetzgeber schien folglich davon auszugehen, dass nicht nur der jeweilige Primärstörer passivlegitimiert sein sollte, sondern wie im Persönlichkeitsrecht auch Personen, die an einer unlauteren Handlung teilnehmen. Folglich kann dem Umstand, dass im UWG keine mit Art. 28 Abs. 1 ZGB identische Formulierung gewählt wurde, u.E. keine besondere Bedeutung zugerechnet werden: Hätte der Gesetzgeber ausgerechnet den zentralen Aspekt der Passivlegitimation von seinen Bemühungen um eine Angleichung des Rechtsschutzes ausnehmen wollen, dann wäre eine solche Absicht wohl in der Botschaft oder den parlamentarischen Beratungen (namentlich bei der Widergabe der entsprechenden Passage aus der Botschaft ZGB) zum Ausdruck gebracht worden.

[Rz 15] Somit steht fest, dass sich weder aus dem Wortlaut von Art. 9 UWG noch aus den Materialien eine klare und abschliessende Antwort auf die vorliegende Fragestellung ergibt: Obwohl sich die Passivlegitimation des Teilnehmers für eine blosser Mitwirkung nicht aus dem Gesetzeswortlaut ergibt und man daraus auf eine im Vergleich zum Persönlichkeitsrecht enger gefasste Passivlegitimation schliessen könnte,

so wäre eine entsprechende Interpretation eher schwer mit den Erkenntnissen aus den Materialien zu vereinbaren.

## b. Immaterialgüterrecht

### (i) Marken- und Urheberrecht

[Rz 16] Auch in den massgebenden Bestimmungen des Markenschutzgesetzes (Art. 52 ff. MSchG)<sup>36</sup> und des Urheberrechtsgesetzes (Art. 61 ff. URG)<sup>37</sup> sucht man vergebens nach einer expliziten Regelung der Passivlegitimation bei negativen Klagen.<sup>38</sup> In den zentralen Vorschriften von Art. 55 MSchG und Art. 62 URG fehlt jedenfalls gleichermassen wie im UWG eine mit Art. 28 Abs. 1 ZGB vergleichbare Formulierung, wonach «[...] gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt [...]», geklagt werden kann.

[Rz 17] Die Frage der Passivlegitimation wird auch weder in der Botschaft zum Markenschutzgesetz<sup>39</sup> noch in der Botschaft zum Urheberrechtsgesetz<sup>40</sup> direkt behandelt. In beiden Botschaften wird aber wiederum festgehalten, dass die Gesetzesentwürfe in Bezug auf die Klageansprüche und das Verfahrensrecht in begrifflicher und systematischer Hinsicht auf den entsprechenden Bestimmungen des Persönlichkeitsrechts und des UWG basieren.<sup>41</sup> Angestrebt wurde damit eine gewisse Vereinheitlichung der prozessualen Institute auf Bundesebene. Ferner sollten, soweit dies sinnvoll erschien, die Vorschriften der beiden Erlasse aufeinander abgestimmt und mit dem Patentgesetz<sup>42</sup> und dem Kartellgesetz<sup>43</sup> koordiniert werden.<sup>44</sup> In der parlamentarischen Beratung der beiden Gesetze wurden die hier massgebenden Fragen rund um die Passivlegitimation sodann nicht diskutiert. In der Debatte um das Markenschutzgesetz wurde indes dargelegt, dass in

<sup>32</sup> Botschaft UWG, Fn. 27, 1056; ferner BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Fn. 26, Art. 11 UWG N 23.

<sup>33</sup> Einzig im Nationalrat wurde über das Presseprivileg und Art. 9 ff. UWG debattiert, wobei darin zu einem wesentlichen Teil die Erwägungen der Botschaft wiedergegeben werden, vgl. AB N 1985 840, 844 f. und 847 ff.

<sup>34</sup> Botschaft UWG, Fn. 27, 1074.

<sup>35</sup> Botschaft UWG, Fn. 27, 1074.

<sup>36</sup> Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 28. August 1992, SR 232.11.

<sup>37</sup> Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992, SR 231.1.

<sup>38</sup> Vgl. auch STAUB ROGER, Kommentierung von Art. 55 MSchG, in: Bühler Gregor/Noth Michael/Thouvenin Florent (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Markenschutzgesetz (MSchG), Bern 2009, Art. 55 MSchG N 24 (im Folgenden: STAUB, SHK-MSchG).

<sup>39</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 21. November 1990, BBI 1990 1 ff. (im Folgenden: Botschaft MSchG), 42 ff.

<sup>40</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBI 1989 477 ff. (im Folgenden: Botschaft URG), 565 ff.

<sup>41</sup> Botschaft MSchG, Fn. 39, 42; Botschaft URG, Fn. 40, 565.

<sup>42</sup> Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954, SR 232.14.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

<sup>44</sup> Botschaft MSchG, Fn. 39, 42; Botschaft URG, Fn. 40, 565 f.

Bezug auf den Rechtsschutz weitgehend auf die Botschaft des Bundesrates verwiesen werden könne.<sup>45</sup>

[Rz 18] Ein klarer Wille zur Ausgestaltung der Passivlegitimation im Marken- und Urheberrecht analog zum Persönlichkeitsrecht lässt sich aus alledem freilich nicht ableiten. Es kann indessen nicht ausser Acht gelassen werden, dass der historische Gesetzgeber auf eine gewisse Angleichung des Rechtsschutzes in den immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Erlassen abgezielt hat. Der allgemeine Hinweis in der Botschaft MSchG im Zusammenhang mit dem aktuellen Art. 55 MSchG, wonach die Bestimmung im Lichte der dem Markeninhaber nach Art. 13 MSchG zustehenden Verbotsrechte auszulegen sei,<sup>46</sup> könnte zwar tatsächlich so verstanden werden, dass reparatorische Klagen im Markenrecht lediglich gegen diejenigen Personen erhoben werden könnten, welche das Zeichen des Markeninhabers im Sinne von Art. 13 MSchG «gebrauchen», d.h. eben nur gegen diejenigen Störer, die selbständig einen Verletzungstatbestand erfüllen. Ein solches Verständnis würde jedoch einer erheblichen Einschränkung des Rechtsschutzes sowie einer wesentlichen Abweichung gegenüber der Regelung im Persönlichkeitsrecht gleichkommen; hätte der Gesetzgeber solches tatsächlich beabsichtigt, so wäre zu erwarten gewesen, dass dies im Gesetzgebungsprozess thematisiert worden wäre. Dies gilt umso mehr, als im Markenschutzgesetz aus dem Jahr 1890<sup>47</sup> noch ausdrücklich festgehalten war, dass belangt werden könne, wer bei Markenrechtsverletzungen wissentlich mitgewirkt oder deren Ausübung begünstigt oder erleichtert hat.<sup>48</sup>

[Rz 19] Auch im Marken- und Urheberrecht bringt die Analyse des Wortlauts und der Materialien für die vorliegende Fragestellung somit keine klaren Ergebnisse hervor. Dass der Gesetzgeber jedoch durch den Verzicht auf einen entsprechenden Wortlaut eine im Vergleich zum Persönlichkeitsrecht enger gefasste Passivlegitimation angestrebt haben könnte, lässt sich aus den Materialien nicht herleiten.

## (ii) Designrecht- und Patentrecht

[Rz 20] Anders als im Marken- und Urheberrecht präsentiert sich die Ausgangslage im Design- und Patentrecht. Artikel 66 lit. d PatG hält ausdrücklich fest, dass zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könne, wer zu einer in lit. a–c genannten Handlung anstiftet, bei ihnen mitwirkt, ihre Begehung begünstigt oder erleichtert. Vergleichbar damit schreibt Art. 9 Abs. 2 DesG vor, dass die Rechtsinhaberin Dritten verbieten könne, bei einer widerrechtlichen Gebrauchshandlung mitzuwirken, deren Begehung zu

begünstigen oder zu erleichtern. Der Umstand, dass letztgenannte Bestimmung im Abschnitt «Schutzbereich und Wirkung» und nicht im Abschnitt Rechtsschutz enthalten ist, ändert nichts daran, dass der Erlass der Bestimmung den klaren Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt, im Designrecht ein gerichtliches Vorgehen auch gegen Teilnehmer zu ermöglichen.<sup>49</sup> Fraglich könnte lediglich noch sein, ob mit dem erst im Laufe der parlamentarischen Beratung eingefügten Absatz 2 nur ein strafrechtliches oder auch ein zivilrechtliches Vorgehen erlaubt werden sollte.<sup>50</sup> Wäre dies die Absicht des Gesetzgebers gewesen, hätte man die Bestimmung wohl aber auch nur in die strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Rechtsschutzvorschriften und nicht in das 1. Kapitel «allgemeine Bestimmungen» eingebunden. Die Lehre geht denn auch zu Recht davon aus, dass sich Art. 9 Abs. 2 DesG sowohl auf das Strafrecht als auch auf das Zivilrecht bezieht.<sup>51</sup> Im Übrigen wurde auch im Rahmen der parlamentarischen Beratung zum Designgesetz darauf hingewiesen, dass die Rechtsschutzbestimmungen soweit möglich und sinnvoll mit den entsprechenden Normen der übrigen immaterialgüterrechtlichen Erlasse angeglichen werden sollten.<sup>52</sup>

[Rz 21] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Patentgesetz und Designgesetz vergleichbar mit Art. 28 Abs. 1 ZGB ausdrücklich festhalten, dass gegen Personen, die an einer Verletzungshandlung mitwirken, mittels negatorischen Klagen vorgegangen werden kann. Es besteht folglich ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass die Passivlegitimation bei negatorischen Klagen im Design- und im Patentrecht ebenso weit verstanden werden muss wie im Persönlichkeitsrecht.

## 1.2. Zwischenfazit

[Rz 22] Die immaterialgüter- und lauterkeitsrechtlichen Erlasse enthalten somit nicht allesamt eine Regelung über die Passivlegitimation von Teilnehmern an rechtsverletzenden Handlungen. Auch die Entstehungsgeschichte der Gesetze ergibt keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob die Passivlegitimation bei negatorischen Klagen im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht ähnlich weit gefasst ist, wie dies nach der Interpretation des Bundesgerichts im Bereich des Persönlichkeitsrechts der Fall ist.

<sup>45</sup> AB S 1992 21 33.

<sup>46</sup> Botschaft MSchG, Fn. 39, 43.

<sup>47</sup> Bundesgesetz vom 26. September 1890 betreffend Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen, AS 12 1.

<sup>48</sup> Vgl. HESS-BLUMER, Fn. 8, 97 unter Hinweis auf Art. 24 lit. d aMSchG.

<sup>49</sup> In diesem Sinne auch HESS-BLUMER, Fn. 8, 97 f.

<sup>50</sup> Dies insbesondere deshalb, weil in der parlamentarischen Debatte nur auf das Strafrecht ausdrücklich hingewiesen wurde, vgl. AB N 2001 1082; vgl. zur Entstehungsgeschichte ferner ausführlich STUTZ ROBERT MIRKO/BEUTLER STEPHAN/KÜNZI MURIEL, Stämpflis Handkommentar SHK, Designgesetz, Bern 2006 (im Folgenden: STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG), Art. 9 N 92 ff.

<sup>51</sup> HESS-BLUMER, Fn. 8, 97; STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 105.

<sup>52</sup> AB 2001 N 190; dies bringt ferner auch bereits die Botschaft zum Ausdruck, vgl. Botschaft zu einem Bundesbeschluss zur Genfer Akte des Haager Musterschutz-Abkommens und einem Bundesgesetz über den Schutz von Design vom 16. Februar 2000, BBl 2000 2729 ff., 2758.

## 2. Einheitliches Ergebnis im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht?

[Rz 23] Die vorgängigen Ausführungen liefern in einem ersten Schritt aber für jedes der untersuchten Rechtsgebiete, wenn auch unterschiedlich gewichtige, Anhaltspunkte dafür, dass die Beurteilung von negatorischen Klagen gegen Internet-Service-Provider auch im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht gleichermassen ausfallen könnte wie im Bundesgerichtsentscheid in Sachen Tribune de Genève. Sofern diese Überlegung einen Schritt weiter geführt wird, stellt sich die Frage, ob die Beurteilung nicht sowohl im Persönlichkeitsrecht als auch in allen anderen genannten Rechtsgebieten zu einem einheitlichen Ergebnis führt bzw. führen muss.

### 2.1. Ergebnisorientierte Überlegungen am Beispiel der Provider-Haftung

[Rz 24] Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst vom Beispiel einer Online-Auktionsplattform ausgegangen, auf welcher Produkte angeboten werden, deren Angebot bzw. Verkauf Immaterialgüterrechte verletzt und/oder unlauteren Wettbewerb darstellt. In einer solchen Konstellation wird man in der Regel zum Ergebnis gelangen, dass der Betreiber der Plattform selbst weder als Primär- noch als Sekundärstörer in Frage kommt. Denn auch wenn die jeweiligen (nicht abschliessenden) Aufzählungen<sup>53</sup> der ausschliesslich den Immaterialgüterrechtseinhabern vorbehaltenen Gebrauchshandlungen relativ umfassend sind,<sup>54</sup> wird dem Betreiber nicht vorgeworfen werden können, dass er selbständig in diese Rechte eingreift.<sup>55</sup> Entsprechendes gilt auch für die Tatbestände des UWG.<sup>56</sup> Will der Kläger gegenüber dem Plattform-Betreiber die Beseitigung der Angebote durchsetzen, stellt sich daher die Frage, ob der Plattform-Betreiber als Teilnehmer in Anspruch genommen werden kann.

[Rz 25] Unproblematisch dürfte dies im Designrecht sein. Vorbehältlich weiterer Anforderungen, die für die Bejahung von Abwehransprüchen vorausgesetzt sind,<sup>57</sup> kann

angesichts des klaren Wortlauts nicht verneint werden, dass der Plattform-Betreiber durch die Bereitstellung der Plattform im Sinne von Art. 9 Abs. 2 DesG die Verletzungshandlung durch das Plattform-Mitglied zumindest erleichtert: Indem der Plattform-Betreiber dem Verletzer die Möglichkeit bietet, Produkte auf einfache Weise über das Internet den Plattform-Besuchern zum Verkauf anzubieten, wird die Verletzungshandlung zweifelsohne «erleichtert». Aufgrund des vergleichbaren Wortlauts von Art. 66 lit. d PatG muss dies auch für das Patentrecht gelten.<sup>58</sup>

[Rz 26] Ausgehend davon ist fraglich, wie der Fall in den übrigen Rechtsgebieten zu beurteilen ist. Muss aus dem Fehlen einer Norm, die ein Vorgehen gegen Teilnehmer an einer unlauteren Handlung bzw. einer widerrechtlichen Verletzungshandlung ausdrücklich erlaubt, geschlossen werden, dass nur eingeklagt werden kann, wer als Primär- oder Sekundärstörer selbständig die jeweiligen Gebrauchshandlungen bzw. unlauteren Handlungen vornimmt?<sup>59</sup> Beurteilt man unser Fallbeispiel unter der Annahme, dass auf der Plattform eine Nachahmung eines patentierten und zugleich designrechtlich geschützten Produkts unter einer eingetragenen Marke angeboten wird, würde dies jedoch zu einem schwer nachvollziehbaren Ergebnis führen: Gestützt auf das Patent- und das Designrecht könnte vom Plattform-Betreiber die Beseitigung des Angebots verlangt werden; für den gleichen Sachverhalt und das gleiche Produkt wäre in diesem Fall jedoch eine auf das Markenrecht abgestützte Klage gegen den Plattform-Betreiber von vornherein ausgeschlossen.

[Rz 27] Eine solche nach Rechtsgebiet differenzierte Beurteilung stünde indessen im Widerspruch zum grundsätzlichen Bestreben des Gesetzgebers nach einer möglichst einheitlichen Regelung des Rechtsschutzes in den immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Erlassen. In den Materialien wird zwar jeweils «nur» festgehalten, dass die Angleichung «soweit möglich und sinnvoll» erfolgen sollte. Für eine unterschiedliche Beurteilung der Teilnehmehandlungen innerhalb der immaterialgüterrechtlichen Regelung sind jedoch keine sachlichen Gründe ersichtlich. Das bedeutet selbstredend nicht, dass die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsgebiete im Einzelfall unberücksichtigt bleiben müssen. Allerdings sollte dies primär bei der Beurteilung des Vorliegens einer

<sup>53</sup> Art. 13 MSchG; Art. 9 DesG; Art. 10 URG; Art. 8 PatG.

<sup>54</sup> Vgl. STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 102, die deshalb davon ausgehen, dass im Designrecht wenig Raum für Teilnehmehandlungen besteht.

<sup>55</sup> Vgl. auch WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, 519, der darauf hinweist, dass der Gebrauch der Marke im Sinne von Art. 13 MSchG nicht beim Host-Provider liege.

<sup>56</sup> Unter Umständen könnte bspw. bei Art. 3 Abs. lit. d UWG argumentiert werden, dass der Plattformbetreiber ebenfalls «Massnahmen» im Sinne dieser Bestimmung trifft und er deshalb ebenfalls als Primär- oder Sekundärstörer zu gelten hat; in der Lehre wird allerdings zu Recht von einem engeren Verständnis ausgegangen, vgl. SPITZ PHILIPPE/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER SIMONE, Kommentierung von Art. 3 lit. d UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010 (im Folgenden: BEARBEITER, SHK-UWG), Art. 3 lit. d UWG N 11.

<sup>57</sup> Vgl. dazu unten Abschnitt II. 2.2 sowie für die Definition der Rechtsfolgen Abschnitt III.

<sup>58</sup> Vgl. auch WITT ANDREAS, Die mittelbare Patentverletzung nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Bern 2010, Bern/Baden Baden 2011, 174 f., der auch die Bereitstellung von Infrastruktur als Teilnehmehandlung betrachtet.

<sup>59</sup> So offenbar für das Markenrecht WEBER, Fn. 55, 519; ihm folgend MENN CONRADIN, Internet und Markenschutz, auf der Grundlage des schweizerischen Markenschutzgesetzes und unter Berücksichtigung der Uniform dispute resolution policy, Diss. Zürich 2002, Bern 2003, 93; a.A. für das UWG: Urteil des Bundesgerichts 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006, E. 3.8; ebenso offenbar für das URG: HILTY RETO M., Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 421; vgl. ferner die Nachweise zu den Ausführungen in Abschnitt II.2.2.



rechtswidrigen «Haupttat» erfolgen.<sup>60</sup> Denn die Handlung des Teilnehmers muss zumindest in objektiver Hinsicht stets als gleichermassen (un-)verwerflich angesehen werden, ob es sich nun um die Mitwirkung an einer Design-, Urheberrechts-, Patentrechts- oder Markenrechtsverletzung handelt. Ebenso wenig nachvollziehbar wäre auch, wenn die Regelungen im Immaterialgüterrecht diesbezüglich zu anderen Ergebnissen führen würden als im Lauterkeitsrecht. Da der Gesetzgeber darüber hinaus auch eine Angleichung an das Persönlichkeitsrecht angestrebt hat, ist es schliesslich naheliegend, dass die Passivlegitimation von Internet-Service-Providern für Teilnahmehandlungen in allen genannten Rechtsgebieten einheitlich beurteilt wird.<sup>61</sup>

## 2.2. Rechtsgebietsübergreifende Anwendbarkeit von Art. 50 OR?

[Rz 28] Diese Überlegung wird auch durch systematische Erwägungen bestätigt. Verletzungen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten stellen Eingriffe in absolute Rechte dar.<sup>62</sup> Im Gegensatz dazu fließen aus dem UWG zwar keine absolut geschützten Rechtspositionen.<sup>63</sup> Allerdings stellen auch Verstösse gegen das UWG widerrechtliche bzw. unerlaubte Handlungen im Sinne von Art. 41 ff. OR dar.<sup>64</sup> Letztlich geht es somit in allen Rechtsgebieten um die Frage nach der ausservertraglichen Haftung, weshalb die jeweiligen Spezialerlasse zumindest in Bezug auf die reparatorischen

Ansprüche auf die erwähnten Bestimmungen im OR verweisen.<sup>65</sup> Konsequenterweise nehmen die herrschende Lehre sowie die Rechtsprechung denn auch an, dass sich auch die Passivlegitimation bei Abwehrensprüchen sowie namentlich die Verantwortlichkeit des blossen Teilnehmers nach den Bestimmungen in Art. 41 ff. OR und – was Letzteres anbelangt – in Art. 50 f. OR beurteilen.<sup>66</sup>

[Rz 29] Vor diesem Hintergrund wird zu Recht davon ausgegangen, dass dem Vorhandensein oder Fehlen von besonderen Teilnahmeregelungen in den immaterialgüter- und lauterkeitsrechtlichen Erlassen keine Bedeutung zukommt: Allfällig vorhandene Regelungen wiederholen lediglich, was aufgrund von Art. 41 ff. OR und insbesondere Art. 50 OR ohnehin gilt, weshalb sie über keinen eigenständigen Gehalt verfügen.<sup>67</sup> Aus systematischen Überlegungen und im Interesse einer kohärenten Rechtsordnung ist dies letztlich auch sachgerecht. Denn es wäre in der Tat nicht nachvollziehbar, wenn die Passivlegitimation bei negatorischen Klagen enger gefasst wäre als bei Schadenersatzansprüchen.<sup>68</sup> Würde man die Widerrechtlichkeit der Teilnahmehandlungen und damit auch die Passivlegitimation nur bei Schadenersatzansprüchen nach Art. 50 f. OR beurteilen, was aufgrund des Verweises in den jeweiligen Normen zwingend erscheint,

<sup>60</sup> Dabei wird z.B. im Falle einer unlauteren Handlung auch insbesondere zu prüfen sein, ob sie geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen, vgl. dazu ausführlich bezogen auf den Online-Kontext BÜHLMANN LUKAS/SCHÜEPF MICHAEL, Impressumspflicht für Angebote auf Online-Auktionsplattformen?, in: Jusletter 16. April 2012, Rz. 9 ff.; vgl. jedoch BORER JÜRGE, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in: Geiser Thomas/Krauskopf Patrick/Münch Peter (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, 523 ff., Rz. 13.111, welcher wohl anders als hier davon ausgeht, dass die Handlung des Teilnehmers selbst eine Wettbewerbs-handlung darstellen muss; demgegenüber wurde auch in BGE 82 II 544 E.1 zum aUWG festgehalten, dass es ausreicht, wenn die «Haupttat» eine Wettbewerbs-handlung darstellt; im Ergebnis dürfte dies jedoch kaum zu anderen Ergebnissen führen.

<sup>61</sup> So implizit auch SONNEY VIRGINIE/WERRO FRANZ, Les services Internet et la responsabilité civile, in: Medialex 2008, 119 ff., 130 f.

<sup>62</sup> Vgl. MÜLLER CHRISTOPH, Kommentierung von Art. 41 OR, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 41 OR N 44.

<sup>63</sup> Vgl. BAUDENBACHER, Fn. 26, Art. 1 UWG N 88.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 2 UWG; ferner zu der u.E. im Zusammenhang mit Abwehrensprüchen, bei welchen eine allfällige Schädigung des Vermögens nicht massgeblich ist (vgl. Fn. 74), nicht relevanten Frage, ob bei einem Verstoß gegen das UWG stets Widerrechtlichkeit im Sinne der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie gegeben ist BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Fn. 26, Art. 9 UWG N 191; BAUDENBACHER, Fn. 26, Art. 1 UWG N 73 ff.; JUNG, SHK-UWG, Fn. 56, Einleitung N 11; BORER, Fn. 60, Rz. 13.127; DAVID LUCAS/FRICK MARKUS R./KUNZ OLIVER M./STUDER MATTHIAS U./ZIMMERLI DANIEL, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I: Einleitung, 2. Teilband: Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Basel 2011 (im Folgenden: DAVID ET AL.), Rz. 234 ff.; BGE 124 III 297.

<sup>65</sup> Art. 28a Abs. 3 ZGB; Art. 9 Abs. 3 UWG; Art. 35 Abs. 2 DesG; Art. 62 Abs. 2 URG; Art. 55 Abs. 2 MSchG; Art. 73 Abs. 1 PatG.

<sup>66</sup> Vgl. *rechtsgebietsübergreifend*: ROHN PATRICK, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2004, 101 f.; Bericht des Bundesrats «Netzwerkriminalität», Fn. 13, Ziff. 2.221; allgemein *zum Immaterialgüterrecht*: HESS-BLUMER, Fn. 8, 99 ff., CHERPILLOD IVAN, Violation des droits de propriété intellectuelle: complicité et instigation, in: Tissot Nathalie (Hrsg.), Quelques facettes du droit de l'internet, Volume 6, Neuenburg 2005, 55 ff., 67 f., HÜRLIMANN DANIEL, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internetsuchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, Diss. Bern 2012, 56; *zum DesG*: STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 97; *zum URG*: BGE 107 II 82 E. 9 a), 92 f., Urteil des Kantonsgerichts SG vom 24. November 1999 (Dz.19997.1-K3 (3ZK.1997.162)), sic! 2000, 188 ff., 191, BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI/KÜNZI SANDRA, Kommentierung von Art. 62 URG, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, Art. 62 URG N 5, ferner FEHLBAUM PASCAL, Lutte contre l'échange illicite de musique sur Internet: une autre approche?, in: sic! 2007, 855 ff., 860 f.; *zum MSchG*: STAUB, SHK-MSchG, Fn. 38, Art. 55 MSchG N 24, ferner RIVARA IRÈNE, Keyword advertising: développements récents au regard du droit des marques, in: AJP 2012, 1546 ff., 1564 f., ablehnend WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte beim Keyword Advertising: Erläuterungen am Beispiel des Google-Adwords-Urteil des EuGH, in: EuZ 2010, 106 ff., 112; *zum PatG*: BGE 129 III 588 E. 4.1, 590, STIEGER WERNER/HESS-BLUMER ANDRI, «Schiffchen-Stickmaschine». Bundesgericht vom 21. Juli 2003 Teilnahme an einer Patentverletzung?, in: sic! 2004, 115 ff., 121; *zum UWG*: den Rückgriff auf Art. 50 OR ablehnend, im Ergebnis jedoch zumindest für den Offline-Medien-Kontext ähnlich SPITZ, SHK-UWG, Fn. 56, Art. 9 UWG N 26-29 im Vergleich zu N 50.

<sup>67</sup> HESS-BLUMER, Fn. 8, 100; STIEGER/HESS-BLUMER, Fn. 66, 121; CHERPILLOD, Fn. 66, 67 f.; STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 97; BGE 107 II 82 E. 9 a), 92 f.; BGE 129 III 588 E. 4.1, 59.

<sup>68</sup> In diesem Sinne zutreffend bereits HESS-BLUMER, Fn. 8, 99; ferner ROHN, Fn. 66, 101 f.

im Zusammenhang mit Abwehransprüchen jedoch andere Kriterien zur Anwendung bringen, hätte dies unter Umständen zur Folge, dass ein Internet-Service-Provider zwar auf Schadenersatz, nicht aber auf Beseitigung eingeklagt werden kann. Wie auch im Persönlichkeitsrecht muss deshalb grundsätzlich jeder, der als Schadenersatzpflichtiger in Frage kommt, auch für die Abwehransprüche passivlegitimiert sein.<sup>69</sup>

### 3. Voraussetzungen der spezialgesetzlichen Passivlegitimation von Teilnehmern

[Rz 30] Geht man somit von der Anwendbarkeit von Art. 50 f. OR aus, stellt sich mit Blick auf die negatorischen Ansprüche in den hier interessierenden Rechtsgebieten die Frage, welche Voraussetzungen für die Passivlegitimation des Teilnehmers konkret gegeben sein müssen. Der Rahmen des vorliegenden Beitrags würde dabei jedoch gesprengt, wenn auf sämtliche Einzelheiten eingegangen würde, weshalb dafür, soweit vorhanden, auf die einschlägige Literatur verwiesen wird.

[Rz 31] Für die hier relevanten Teilnehmehandlungen steht zunächst fest, dass sie akzessorisch zu verstehen sind, d.h. sie setzen eine widerrechtliche Haupttat voraus. Für einen Unterlassungsanspruch ist es allerdings ausreichend, dass eine Rechtsverletzung droht.<sup>70</sup> Bedeutsam für Internet-Service-Provider ist dabei ferner, dass gegen sie als Teilnehmer grundsätzlich auch dann vorgegangen werden kann, wenn die Identität des Haupttäters nicht bekannt ist, sofern der Nachweis einer drohenden Verletzung gelingt.<sup>71</sup>

[Rz 32] Was die eigentliche Teilnehmehandlung betrifft, ist zunächst festzuhalten, dass für die Bejahung von Abwehransprüchen kein Verschulden vorausgesetzt ist.<sup>72</sup> Dementsprechend hat die Beurteilung, ob eine Teilnehmehandlung an einer widerrechtlichen Verletzungshandlung vorliegt, ausschliesslich nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen. Es kann somit lediglich vorausgesetzt werden, dass die Handlung die Haupttat fördert. Wie bereits im Zusammenhang mit

Schadenersatzansprüchen<sup>73</sup> muss dabei auch bei Abwehransprüchen bereits ein untergeordneter Tatbeitrag genügen. Unklar und teilweise umstritten ist das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs. Klar sein müsste jedenfalls, dass für negatorische Klagen der (drohende) Eintritt eines Schadens nicht erforderlich ist.<sup>74</sup> Dementsprechend dürfte – entgegen einer Lehrmeinung<sup>75</sup> – auch nicht verlangt werden, dass die Teilnehmehandlung allgemein geeignet ist, den Eintritt eines zukünftigen oder bereits eingetretenen Schadens zu begünstigen.<sup>76</sup> Abgesehen davon ist dieser Lehrmeinung zufolge jedoch zumindest ein adäquater Kausalzusammenhang in dem Sinne vorausgesetzt, dass die Teilnehmehandlung nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet erscheint, die widerrechtliche Haupttat zu begünstigen.<sup>77</sup> Folgt man dieser Ansicht, wäre daher ein gewisser Interpretationsspielraum vorhanden, um zumindest die Passivlegitimation von Access-Providern zu verneinen.<sup>78</sup> In Bezug auf Host-Provider kann jedoch kaum bestritten werden, dass die Bereitstellung von Speicherplatz auf einem Server zur Erstellung von Websites nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet ist, Rechtsverletzungen zu begünstigen.<sup>79</sup> Da ferner bereits die Frage nach der Erforderlichkeit eines adäquaten Kausalzusammenhangs an sich umstritten<sup>80</sup> und die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung uneinheitlich bzw. unklar ist<sup>81</sup>, dürfte es derzeit aber auch nicht ausgeschlossen sein, dass die Gerichte letztlich sogar Access-Providern ebenfalls die Passivlegitimation zusprechen.

[Rz 33] Hervorzuheben ist sodann, dass es aufgrund der Irrelevanz des Vorliegens eines Verschuldens nach geltendem Recht für negatorische Klagen keine Rolle spielen kann, ob der Internet-Service-Provider wusste oder hätte wissen müssen, dass seine Dienstleistung für widerrechtliche Zwecke

<sup>69</sup> HESS-BLUMER, Fn. 8, 99 f.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1, 591; HESS-BLUMER, Fn. 8, 97 und 101; CHERPILLOD, Fn. 66, 66 f.; STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 97; STAUB, SHK-MSchG, Fn. 38, Art. 55 MSchG N 24.

<sup>71</sup> HESS-BLUMER, Fn. 8, 101; CHERPILLOD, Fn. 66, 72.

<sup>72</sup> Vgl. *rechtsgebietenübergreifend*: DAVID ET AL., Fn. 64, Rz. 258; FRECH, Fn. 17, 273; *allgemein zum Immaterialgüterrecht*: HESS-BLUMER, Fn. 8, 104, CHERPILLOD, Fn. 66, 66; *zum PatG*: Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 25. April 1950, BBl 1950 977 ff., 1056; *zum URG*: Botschaft URG, Fn. 40, 566; *zum UWG*: Botschaft UWG, Fn. 27, 1075, BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Fn. 26 Art. 9 UWG N 6; *zum DesG*: STUTZ/BEUTLER/KÜNZI, SHK-DesG, Fn. 50, Art. 9 N 106; *zum MSchG*: STAUB, SHK-MSchG, Art. 55 MSchG N 50; *zu Art. 28a ZGB*: Urteil des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013, E. 6.2; ferner die Nachweise in Fn. 6.

<sup>73</sup> Vgl. dazu BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, IV. Band: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Bern 2006, Art. 50 OR N 27.

<sup>74</sup> Vgl. CHERPILLOD, Fn. 66, 69; ferner BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Fn. 26, Art. 9 UWG N 303; so auch HESS-BLUMER, Fn. 8, 102, vgl. sodann aber 103.

<sup>75</sup> HESS-BLUMER, Fn. 8, 103.

<sup>76</sup> So auch CHERPILLOD, Fn. 66, 69.

<sup>77</sup> Vgl. HESS-BLUMER, Fn. 8, 103.

<sup>78</sup> Vgl. ROSENTHAL, Fn. 14, Rz. 110 f., der im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen die Adäquanz des Tatbeitrags von Access-Providern verneint, welche dem Publikum (nicht aber dem Schädiger) einen Internet-Zugang zur Verfügung stellen.

<sup>79</sup> Vgl. auch ROSENTHAL, Fn. 14, Rz. 113.

<sup>80</sup> Im Ergebnis wohl ablehnend CHERPILLOD, Fn. 66, 69 f.; BGE 107 II 82 E. 9 a) S. 92 f.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1, 591 f., wonach im Patentrecht ein adäquater Kausalzusammenhang vorausgesetzt sein soll, im Unterschied zu BGE 107 II 82 E. 9 a) S. 92 f., wo bzgl. der Teilnehmehandlung an einer Urheberrechtsverletzung offenbar ein adäquater Kausalzusammenhang nicht als erforderlich (oder zumindest als ohne Weiteres gegeben) betrachtet wurde.

verwendet wird.<sup>82</sup> Diese Anforderung betrifft subjektive Elemente und darf daher im Zusammenhang mit Abwehrensprüchen nicht massgebend sein. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht im Urteil in Sachen Tribune de Genève für das Persönlichkeitsrecht entschieden.<sup>83</sup> Die davon abweichende Beurteilung, welche das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Patentrecht vertrat,<sup>84</sup> ist dementsprechend abzulehnen.<sup>85</sup>

[Rz 34] Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass keine hohen Anforderungen an das Vorliegen einer Teilnahmehandlung gestellt werden. Im Wesentlichen kann die Passivlegitimation von Teilnehmern an einer immaterialgüterrechtsverletzenden oder unlauteren Handlung gleich weit gehen, wie dies im Persönlichkeitsrecht mit dem Bundesgerichtsentcheid in Sachen Tribune de Genève für den Online-Kontext bestätigt wurde. Deshalb muss auch davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht die Passivlegitimation bei Beseitigungsansprüchen gegen Host-Provider gleich beurteilen würde, wenn ein Kunde nicht ehrverletzende Inhalte verbreitet, sondern gegen Immaterialgüterrechte verstösst oder unlauteren Wettbewerb begeht: Wenn sich deren Haftung nicht direkt aus einer spezialgesetzlichen Bestimmung ergeben hätte, wäre der Beseitigungsanspruch wohl unter Anwendung von Art. 50 OR ebenfalls zu bejahen gewesen. Für eine nach Rechtsgebieten differenzierte Ausgestaltung der Passivlegitimation von Teilnehmern besteht folglich kaum Raum.

[Rz 35] Dies bedeutet aber auch, dass Bemühungen zur Vermeidung stossender Ergebnisse rechtsgebietsübergreifend – und nicht, etwa unter dem Eindruck des nun vorliegenden TdG-Urteils – nur mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht zu erfolgen haben. Eine solche einheitliche Betrachtung drängt sich ausserdem nicht nur bei Überlegungen de lege lata, sondern insbesondere auch dann auf, wenn der Gesetzgeber dem vielfach erhobenen Ruf nach einer gesetzlichen Regelung der Provider-Haftung dereinst Folge leisten sollte.

### III. Ansätze zur Vermeidung gravierender Konsequenzen

#### 1. Auswirkungen des TdG-Urteils

[Rz 36] Mit der Tribune de Genève wurde nicht irgendein weit entfernt mitwirkender Beteiligter, sondern immerhin der relativ nahe beim Geschehen stehende Blog-Provider ins Recht gefasst, und es wurde von ihm nicht die Unterbindung schwer kontrollierbarer Handlungen Dritter, sondern die technisch verhältnismässig einfach zu bewerkstellende Entfernung eines einzelnen Blog-Beitrags verlangt; aus rechtlicher Sicht störend bleibt *in concreto* allenfalls der Umstand, dass der Beklagten zumindest ein Teil der Gerichtskosten auferlegt wurde – und dies, obwohl ihr (soweit ersichtlich) nicht mittels einer vorgängigen Abmahnung die Chance gegeben worden war, den ehrverletzenden Beitrag von sich aus zu beseitigen. Wie oben dargelegt, ist der Entscheid – zumindest in materieller Hinsicht – hinzunehmen und angesichts der geltenden gesetzlichen Regelung auch nicht überraschend.

[Rz 37] Das Bundesgericht erinnert in seiner Widergabe der Rechtslage jedoch ausdrücklich daran, dass der Verletzte im Bereich des Persönlichkeitsrechts gegen jeden vorgehen könne, «quiconque a objectivement joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte». Dadurch hat es klar gestellt, dass es zur Abwendung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durchaus auch bereit wäre, unter Ausklammerung verschuldensbezogener Überlegungen Sekundärstörer und Teilnehmer zur Beseitigung zu verpflichten, deren Tatbeitrag (im Vergleich zu jenem der Tribune de Genève) weitaus untergeordneter bzw. auf der Kausalkette weiter entfernt ist. Suchmaschinenbetreiber wie Google<sup>86</sup> dürften dementsprechend vom Grundsatz her als Teilnehmer<sup>87</sup> gleichermaßen passivlegitimiert sein wie auch Access-Provider<sup>88</sup>. Wie in Abschnitt II dargestellt, drängt sich diese einschneidende

<sup>82</sup> Gl. M. CHERPILLOD, Fn. 66, 70; in diesem Sinne auch SONNEY/WERRO, Fn. 61, 131; in Deutschland geht der Bundesgerichtshof (BGH) bei Unterlassungsansprüchen, für die seines Erachtens die Haftungsprivilegien der EU-Richtlinie nicht gelten (vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes I ZR 304/01 vom 11. März 2004, E. II. 2.), zwar ebenfalls davon aus, dass kein Verschulden erforderlich ist (vgl. FRECH, Fn. 17, 258 m.w.N.); dennoch setzt er für deren Bejahung gegenüber einem Host-Provider aber zumindest die «Verletzung einer Prüfpflicht» voraus, vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes I ZR 304/01 vom 11. März 2004, E. II. 2. b) bb) (2); die deutsche Lehre folgert aus der Rechtsprechung des BGH, dass nicht die Verletzung von Prüfpflichten, sondern «bei Lichte betrachtet» die Kenntnis von einem Rechtsverstoss die (Störer-)Haftung begründet, HÄRTING NIKO, Internetrecht, 4. Aufl., Köln 2010, Rz. 1716; für eine solche Interpretation belässt das geltende Schweizer Recht unseres Erachtens jedoch gerade keinen Raum.

<sup>83</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013, E. 6.2 f.

<sup>84</sup> BGE 129 III 588 E. 4.1, 590 ff.; zustimmend STIEGER/HESS-BLUMER, Fn. 66, 123.

<sup>85</sup> So auch CHERPILLOD, Fn. 66, 70.

<sup>86</sup> Vgl. auch SALVADÉ VINCENT, Responsabilité des auteurs de liens et exploitants des moteurs de recherche, in: Tissot Nathalie (Hrsg.), Quelques facettes du droit de l'internet, Volume 6, Neuenburg 2005, 79 ff., 92, der im Ergebnis ebenfalls festhält, dass negatorische Klagen gegen Suchmaschinenbetreiber, die in ihren Suchergebnissen auf immaterialgüterrechtsverletzende oder unlautere Inhalte verweisen, ohne Weiteres möglich sind.

<sup>87</sup> Dies ändert freilich nichts daran, dass in bestimmten besonderen Konstellationen, in welcher nur die Haftung eines Suchmaschinenbetreibers als Primärstörer zur Debatte steht, Abwehrensprüche unter Berücksichtigung des besonderen Kontextes ausgeschlossen sein kann, so z.B. im Urteil des Kantonsgerichts Jura vom 4. Februar 2011 (GC 117/2010), RJJ 2011, 82 (der Volltext ist mittlerweile nicht mehr im Internet abrufbar), worin festgehalten wurde, dass Google durch einen sog. autocomplete-Suchvorschlag im Rahmen der Funktion «Google Suggest» die Persönlichkeit des u.a. auf Beseitigung klagenden Unternehmers nicht widerrechtlich verletzt; vgl. dazu auch HÜRLIMANN, Fn. 66, 101 ff.

<sup>88</sup> So auch ausdrücklich zum Persönlichkeitsrecht CIOLA-DUTOIT/COTTIER, Fn. 19, 78; zum Urheberrecht FEHLBAUM, Fn. 66, 860 f.

Schlussfolgerung nach geltendem Recht grundsätzlich<sup>89</sup> auch in den anderen behandelten Rechtsgebieten auf. Wollen die Provider vermeiden, von Dritten auf Beseitigung oder Unterlassung eingeklagt zu werden, sind sie daher gezwungen, Inhalte, die möglicherweise unlauteren Wettbewerb darstellen oder gegen Immaterialgüterrechte verstossen, vom Netz zu nehmen. Dies dürfte auch dazu führen, dass Inhalte, die an sich ohne Weiteres zulässig wären, in vorauseilendem Gehorsam entfernt werden und birgt deshalb auch ein entsprechendes Missbrauchspotential in sich.<sup>90</sup> Gerade weil das Bundesgericht es als die alleinige Aufgabe des Gesetzgebers betrachtet hat, die gravierenden Auswirkungen, die die Anwendung des geltenden Rechts für Online-Provider mit sich bringt, zu beheben, wird im Folgenden untersucht, welche Ansätze zur Abfederung dieser Konsequenzen de lege lata vorhanden sind.

## 2. Überlegungen de lege lata

### 2.1. Billigkeitserwägungen bei der Kostenverteilung

[Rz 38] Was die Auferlegung von Gerichtskosten und Parteientschädigungen anbelangt, sieht das geltende Recht in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO<sup>91</sup> die Möglichkeit einer Abweichung von den Verteilungsgrundsätzen für den Fall vor, dass eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als «unbillig» erscheint. Reicht der Verletzte (wie augenscheinlich im Fall der Tribune de Genève) direkt eine Beseitigungs- und/oder Unterlassungsklage ein, ohne den Beklagten vorgängig abgemahnt zu haben, könnte diesem Umstand durch die Auferlegung der Prozesskosten auf den (obsiegenden) Kläger Rechnung getragen werden.<sup>92</sup> Kein Raum für eine abweichende Kostenauflegung kann jedoch dann bestehen, wenn es dem Verletzten nicht zuzumuten war, den Provider vorgängig abzumahnern: Nicht nur im Zusammenhang mit ehrverletzenden Publikationen, sondern auch mit der Verbreitung unlauterer oder die Immaterialgüterrechte Dritter verletzender Inhalte sind in der Regel rasche Massnahmen gefordert, um den Schaden zu begrenzen; ob etwa die von der «swiss internet industry association» («simisa») in deren «Code of Conduct Hosting (CCH)»<sup>93</sup> für die blosser Weiterleitung der «notice» an den Urheber der Verletzung vorgesehene Frist von «in der Regel» zwei Arbeitstagen diesem

Anspruch gerecht wird, wird jedenfalls nur im Einzelfall zu entscheiden sein.

### 2.2. Strenge Kriterien bei der Festlegung der Rechtsfolgen

[Rz 39] Gegenstand des TdG-Urteils war die auf einen bestimmten Blog-Beitrag gerichtete Beseitigungsklage. Aus der im Urteil enthaltenen Widergabe des Sachverhaltes ergibt sich, dass die beklagte Tribune de Genève den inkriminierten Blog-Beitrag unmittelbar nach Erhalt der vorsorglich erlassenen Verfügung entfernt hat. Weil der Kläger überdies davon absah, neben der blossen (i.c. unter Verhältnismässigkeitsüberlegungen wohl unproblematischen) Beseitigung auch noch die (in die Zukunft gerichtete) Unterlassung zu fordern, musste die Frage der Verhältnismässigkeit zwischen der beantragten Anordnung und dem dadurch angestrebten Ziel im vorliegenden Fall nicht beurteilt werden.

[Rz 40] Weiter oben wurde aufgezeigt, dass sich auch Abwehransprüche gegen einen Teilnehmer im Wesentlichen nach den allgemeinen Bestimmungen in Art. 41 ff. und Art. 50 f. OR beurteilen. Wie im Fall der Schadenersatzklage ist daher auch bei der Beurteilung rein negatorischer Ansprüche zwischen der (in einem ersten Schritt zu erfolgenden) Prüfung der Haftungsvoraussetzungen und der (in einem zweiten Schritt zu erfolgenden) Festlegung der Haftungsfolgen zu unterscheiden. Was diesen zweiten Schritt anbelangt, so entspricht es nun herrschender Auffassung, dass Unterlassungsbegehren im Speziellen nur mit «Zurückhaltung» und negatorischen Klagen überhaupt nur unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips stattzugeben ist: Das vom Beklagten verlangte Verhalten muss im Vergleich zum angestrebten Ziel<sup>94</sup> und namentlich gemessen an der zu beseitigenden Rechtsverletzung<sup>95</sup> verhältnismässig sein.<sup>96</sup> An diesem Grundsatz ändert sich mit dem TdG-Urteil, das sich nur mit den Voraussetzungen der Haftung, nicht aber mit deren Folgen auseinandersetzt, nichts. Wenn das Bundesgericht zudem bereits im Offline-Bereich anerkannt hat, dass der Beklagte nur zu einem Verhalten verurteilt werden kann, welches in dessen Macht stehe<sup>97</sup>, dann bedeutet dies, dass die von der Lehre mit Blick auf die Provider-Haftung ins Feld

<sup>89</sup> Einziger, wenn auch mit grosser Unsicherheit behafteter Ansatzpunkt wäre bei Access-Providern die Verneinung der Adäquanz ihres Tatbeitrags.

<sup>90</sup> Vgl. dazu auch ROSENTHAL, Fn. 14, Rz. 118 f.

<sup>91</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

<sup>92</sup> So auch FISCHER ALEXANDER, Kommentierung von Art. 107 ZPO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 107 ZPO N 15; KERNEN, Fn. 17, Rz. 23 (Fn. 52).

<sup>93</sup> Vgl. Fn. 15.

<sup>94</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Fn. 6, Rz. 14.14.

<sup>95</sup> Urteil des Bundesgerichts 5P.308/2003 vom 28. Oktober 2003, E. 2.4.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 135 III 145 E. 5.2; MEILI, BSK-ZGB I, Fn. 4, Art. 28a ZGB N 2 und 4; WITT, Fn. 58, 188 f.; STAUB, SHK-MSchG, Fn. 38, Art. 55 MSchG N 38 und 44; SPITZ, SHK-UWG, Fn. 56, Art. 9 UWG N 70 und 78; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Fn. 26, Art. 9 UWG N 69; BORER, Fn. 60, Rz. 13.120; Urteil des Handelsgerichts ZH vom 3. Oktober 2012 (HG110102-0), E. 2.7 (Internetpublikation).

<sup>97</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.308/2003 vom 28. Oktober 2003, E. 2.5.: «(...) la protection que la victime peut obtenir est nécessairement limitée à la sphère d'influence de la personne recherchée (...)» sowie – für den Bereich des Marken- sowie des Lauterkeitsrechts – Urteil des Bundesgerichts 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006, E. 3.8.3.: «Möglichkeit (...), etwas dagegen zu unternehmen».

geführten Faktoren der Machbar- und der Zumutbarkeit<sup>98</sup> bei der Beurteilung der beantragten Verhaltenspflichten durchaus (und weiterhin) zu berücksichtigen sind. Ausserdem müssen Verhältnismässigkeitsüberlegungen in besonderem Masse dann angestellt werden, wenn sich der zur Beurteilung stehende Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch nicht auf das Persönlichkeitsrecht, sondern<sup>99</sup> auf eine wettbewerbs- oder immaterialgüterrechtliche Grundlage abstützt und daher der Verfolgung überwiegend wirtschaftlicher Interessen dient: Hier ist vom Kläger in besonderem Masse der Nachweis zu verlangen, dass die von ihm angebehrten Massnahmen für den Beklagten technisch überhaupt möglich und mit einem – gemessen an dem von ihm verfolgten (mehr oder weniger wirtschaftlichen) Ziel – verhältnismässigen Aufwand umzusetzen sind. Regelmässig dürfte dieser Nachweis umso schwieriger sein, je untergeordneter der Tatbeitrag des in Anspruch genommenen Beteiligten ist.

[Rz 41] Dass vom Anspruchsgegner nur ein realisier- und zumutbares Verhalten verlangt werden kann, ergibt sich letztlich aber nicht nur aus dem materiellen Recht, sondern auch aus Gründen der Vollstreckbarkeit: Abwehrensprüche sind auf ein bestimmtes Tun (Beseitigung) oder ein Unterlassen gerichtet. Solche Leistungspflichten können regelmässig nicht direkt, sondern lediglich indirekt vollstreckt werden.<sup>100</sup> Am häufigsten wird die gerichtliche Anordnung mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) verbunden.<sup>101</sup> Die Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne der letztgenannten Norm setzt Vorsatz und die Möglichkeit voraus, anordnungsgemäss zu handeln bzw. den inkriminierten Erfolg zu verhindern.<sup>102</sup> FRECH<sup>103</sup> hat zu Recht darauf hingewiesen, dass ein «dem Rechteinhaber eingeräumter (zu) weitreichender Unterlassungsanspruch – zumindest theoretisch – im Ergebnis leerläuft». Es obliegt daher bereits dem Erkenntnisrichter, dem Abwehrenspruch nur insoweit stattzugeben, als er gegebenenfalls auch tatsächlich vollstreckt werden kann.

[Rz 42] Die im Online-Bereich bestehenden technischen Möglichkeiten sowie deren Schranken und Kosten erschliessen sich einem Branchenfremden nicht ohne Weiteres. Es dürfte daher gerade in diesem Kontext unumgänglich sein, dass der Kläger das geltend gemachte Verhalten nicht nur möglichst präzise und detailliert beschreibt<sup>104</sup>, sondern auch den Nachweis der technischen Realisier- und Machbarkeit der geforderten Massnahme, namentlich der Einsatz von

Filtertechnologie, erbringt. Nur so wird der Richter in der Lage sein zu beurteilen, ob das klageweise geforderte Verhalten (auch für den Beklagten) verhältnismässig und (gegenüber dem Beklagten) vollstreckbar ist. Kommt er aufgrund des im Rahmen der Parteivorträge erstellten Sachverhaltes zum Schluss, dass die vom Beklagten abverlangten Massnahmen unverhältnismässig oder von diesem gar nicht realisierbar sind, hat er die Klage abzuweisen. Die bei der Beurteilung bzw. Festlegung der Rechtsfolgen zu berücksichtigenden Verhältnismässigkeits- und Realisierbarkeitskriterien dürften den Kreis der (aufgrund ihrer objektiven Mitwirkung an sich als solche in Frage kommender) Anspruchsgegner somit im Einzelfall in entscheidendem Masse einengen.

### 3. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

[Rz 43] Das Bundesgericht hat mit seinem TdG-Urteil unmissverständlich kundgetan, dass es die Haftungsvoraussetzungen im Falle eines Host Providers nicht anders beurteilt als jene im reinen Offline-Kontext; insbesondere hat es den vorhandenen Ansätzen eine Abfuhr erteilt, bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit auch Kriterien der Adäquanz oder der Zumutbarkeit zu berücksichtigen. Allerdings bestehen auch *de lege lata* weiterhin Möglichkeiten, einer ausufernden Inanspruchnahme nur entfernt beteiligter «Provider» Einhaltung zu gebieten; insbesondere ändert das streng anmutende TdG-Urteil nichts daran, dass bei der Festlegung der Rechtsfolgen Kriterien der Verhältnismässig-, Machbar- und Realisierbarkeit durchaus Beachtung zu schenken ist.

[Rz 44] Was den (in der Kausalkette nicht weit entfernten) Host Provider anbelangt, dürfte die Rechtslage aufgrund des nun vorliegenden Urteils klar sein: Diese müssen sich nun ernsthaft darauf einstellen, ohne vorgängige Abmahnung auf Beseitigung persönlichkeitsverletzender Inhalte verklagt zu werden, wobei derartige Klagen kaum je an der technischen Realisierbarkeit scheitern dürften. Ungeklärt bleibt die Rechtslage aber insbesondere bei den (in die Zukunft gerichteten) Unterlassungs- sowie überhaupt bei den gegen weiter entfernt wirkende Beteiligte erhobenen Abwehrklagen: Hier mögen die von verschiedener Seite geforderten Verhältnismässig-, Machbar- und Realisierbarkeitsüberlegungen zwar allenfalls zu einer Einzelfallgerechtigkeit führen.

[Rz 45] Wenn das Bundesgericht aber – deutlicher als in dem zu beurteilenden Fall erforderlich – klar signalisiert hat, dass die Haftungsvoraussetzungen grundsätzlich auch bei jenen Beteiligten gegeben seien, deren Tatbeitrag untergeordnet und nur entfernt kausal für die zu beseitigende Rechtsverletzung sei, dann hat es mit diesem «obiter dictum» jedenfalls nicht zu einem Abbau der seit langem kritisierten Rechtsunsicherheit beigetragen. Da unter dieser Situation nicht (wie vom Bundesgericht im TdG-Urteil etwas verkürzt dargestellt<sup>105</sup>) etwa nur die Provider, sondern auch die Verletzten

<sup>98</sup> Vgl. dazu oben Abschnitt I.2.

<sup>99</sup> Wie im Urteil des Bundesgerichts 4C.361/2005 vom 22. Februar 2006.

<sup>100</sup> Vgl. Art. 343 ZPO.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO.

<sup>102</sup> In diesem Sinne auch KÖLZ CHRISTIAN, Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 2007, Rz. 265.

<sup>103</sup> Fn. 17, 277.

<sup>104</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Fn. 6, Rz. 14.15 und 14.23.

<sup>105</sup> E. 6.3.

leiden<sup>106</sup>, tut eine – rechtsgebietsübergreifende! – Gesetzgebung zur Provider-Haftung Not. Es bleibt zu hoffen, dass die parlamentarischen Vorstösse, die auf eine entsprechende Regelung abzielen,<sup>107</sup> so rasch wie möglich zu einer sachgerechten Regelung führen.

---

Nik Schoch ist Rechtsanwalt bei Bülmann Rechtsanwälte AG ([www.br-legal.ch](http://www.br-legal.ch)) und berät Unternehmen namentlich in den Bereichen Medien, IP & Technologie und Gesellschaftsrecht. Der Co-Autor ist per E-Mail unter [schoch@br-legal.ch](mailto:schoch@br-legal.ch) zu erreichen.

Michael Schüepp, MLaw, unterstützt Bülmann Rechtsanwälte AG als juristischer Mitarbeiter vorwiegend in den Bereichen E-Commerce und Internet, Datenschutzrecht, Wettbewerbsrecht sowie Produktrecht und ist unter [schuepp@br-legal.ch](mailto:schuepp@br-legal.ch) erreichbar.

---

\* \* \*

---

<sup>106</sup> Woran z.B. ROSENTHAL, Fn. 14, Rz. 75, zu Recht erinnert.

<sup>107</sup> Vgl. die Motion von Nationalrätin Kathy Riklin vom 21. März 2013 (13.3215, Rechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern regeln); ferner das Postulat von Nationalrätin Viola Amherd vom 29. September 2011 (11.3912, Rechtliche Basis für Social Media).