



Die zivil- und strafrechtliche Haftung des Registrars in der Schweiz (bei rechtsverletzenden Domain-Namen)

RA Clara-Ann Gordon LL.M.
Partnerin Pestalozzi Rechtsanwälte, Zürich
Domain pulse 1./2. Februar 2010

Pestalozzi Lachenal Patry Zürich AG
Löwenstrasse 1 | CH-8001 Zürich
Telefon +41 44 217 91 11
Fax +41 44 217 92 17

Pestalozzi Lachenal Patry
65, rue du Rhône | CP 3199 | CH-1211 Genève 3
Téléphone +41 22 737 10 00
Fax +41 22 737 10 01

Pestalozzi Lachenal Patry
222, avenue Louise | BE-1050 Bruxelles
Téléphone +32 2 646 02 22
Fax +32 2 646 75 34

Überblick

- Einleitung
- Anwendbare Bestimmungen für Registrare
- Zivilrechtliche Haftung
- Strafrechtliche Haftung
- Schlussfolgerungen

Einleitung I

- "Registrar", Provider, der Domain-Namen-Registrierungen anbietet; siehe auch Definition gemäss Art. 14c^{ter} AEFV
- "Domainer", Kunden der Registrare, Halter des (rechtsverletzenden) Domain-Namens
- Domain-Name verletzt z.B. Marken-, Persönlichkeits-, Namens-, Lauterkeitsrecht, etc. eines Dritten (Beispiele):
 - www.stmoritz.com
 - www.djbobo.ch
 - www.swiss-life.ch
 - www.hotmail.ch

Einleitung II

- Wer haftet für Rechtsverletzungen?
 - Domainer haftet als direkter Verletzter für Rechtsverstöße gegenüber Dritten, da er Domain-Namen auswählt
 - Registrar haftet als indirekter Verletzer für Rechtsverstöße seiner Kunden gegenüber Dritten, da er zwar Domain-Namen nicht auswählt, aber Domain-Namen-Registrierungen anbietet
- Ausservertragliche Haftung bei Registrar und Domainer, da keine Rechtsbeziehung zwischen Registrar/Domainer und Drittem

Anwendbare Bestimmungen I

- Anders als im EU-Raum (E-Commerce-Richtlinie) in CH keine spezifischen zivil- und strafrechtlichen Providerhaftungsregeln
- Auch keine Privilegierungsvorschriften für Provider
- Fehlende Gerichtsentscheide/Praxis bezüglich Provider-Haftungsrecht im Zivilrecht
- Urteile vorwiegend im Strafrecht (Beispiele):
 - Telekiosk-Fall (BGE 121 IV 109)
 - Mailbox-Fall (Obergericht Zürich, 7.12.1998)
 - Lyrics Server-Fall (Strafgericht Basel-Stadt, 31.1.2003)

Anwendbare Bestimmungen II

- Zivilrechtliche Haftung nach allgemeinen Regeln des ausservertraglichen Haftpflichtrechts (allenfalls i.V. mit Spezialgesetzen):
 - Art. 41 OR: *"Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird zum Ersatze verpflichtet. "*
- Registrar haftet nicht primär, sondern allenfalls zusätzlich zu Domain-Namen Halter:
 - Art. 50 Abs. 1 OR: *"Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch. "*

Anwendbare Bestimmungen III

- Strafrechtliche Haftung des Registrars nach Bestimmungen des Strafrechts (Medienrecht) oder gemäss Teilnahmeregeln, d.h. nicht als Haupttäter, sondern allenfalls als Teilnehmer (Anstiftung, Gehilfenschaft)
- Domainer haftet direkt gemäss Haftpflichtrecht, spezialgesetzlichen Bestimmungen, Strafrecht, etc.

Zivilrechtliche Haftung I

- Wann haftet Registrar für Rechtsverstösse seiner Kunden (Domainer) mit?
- Verletzung von Sorgfaltspflichten führt zur zivilrechtlichen Haftung des Registrars
- Sorgfaltsmassstab bzw. Haftungsgründe für Registrar in Lehre und Rechtsprechung jedoch unklar bzw. nicht einheitlich
- Mögliche Haftungsgründe? (nach Philipp Frech):
 - Nähe zur unmittelbaren Verletzungshandlung
 - Kausalität (Dienstleistung als kausale Teilursache)
 - Vorhersehbarkeit

Zivilrechtliche Haftung II

- Kontrollmöglichkeit (Verhinderung der Rechtsverletzung)
- Profit von Rechtsverletzungen (direktes finanzielles Interesse)
- Kenntnis
- Anstiftung und Förderung
- Schaden (eine Art Kausalhaftung des ISP)
- In Praxis Begründung der Sorgfaltspflicht bei konkreten Hinweisen aus verlässlichen Quellen von Dritten oder Behörden (Beispiele):
 - Hinweis ist substantiiert und glaubhaft
 - Abmahnschreiben von Rechteinhaber
 - Hinweis von berechtigter Person oder Behörde
 - Offenkundigkeit der Rechtsverletzung

Zivilrechtliche Haftung III

- Registrar hat jedoch keine Überprüfungspflicht vor Registrierung
- Haftungsfolgen:
 - Beseitigung und Unterlassung
 - Auskunft
 - Schadenersatz:
 - Widerrechtlichkeit
 - Adäquate Kausalität
 - Verschulden
 - Schaden

Zivilrechtliche Haftung IV

- Beispiel: Haftung für Markenrechtsverletzung (MSchG):
 - Domain-Name mit einer zuvor eingetragenen Marke zeichenspezifisch identisch oder verwechselbar
 - Domain-Name wird im Zusammenhang mit dem Angebot von gleichen oder gleichartigen Produkten/Dienstleistungen verwendet
 - Aktiver Gebrauch im Geschäftsverkehr, der zu Verwechslungen mit Konkurrenzprodukten führt
 - Registrar haftet nur bei Kenntnis der Markenrechtsverletzung (z.B. Abmahnschreiben) oder bei Offensichtlichkeit (berühmte Marke)
 - Domainer haftet für jede Markenrechtsverletzung unabhängig von Kenntnis, Offensichtlichkeit oder Fahrlässigkeit

Zivilrechtliche Haftung V

- Beispiel: Haftung für unlautere Handlungen (UWG):
 - Kein kennzeichenmässiger Gebrauch; nur z.B. Reservierung des Domain-Namens
 - Vorsätzliche Verwendung von fremden (auch nicht registrierten) Kennzeichen, um Verwechslungsgefahr zu schaffen, Bekanntheit auszunützen oder Reputation zu schädigen
 - Registrar haftet nur bei Kenntnis der unlauteren Handlung oder bei Offensichtlichkeit
 - Domainer haftet für jedes unlautere Verhalten

Strafrechtliche Haftung I

- Scheitern des Vorentwurfs vom Oktober 2004 über Änderung des StGBs über Verantwortlichkeit der Provider
- Registrar haftet gemäss Bestimmungen des Medienstrafrechts und/oder gemäss Regeln der Gehilfenschaft/Teilnahme des StGB
- Medienstrafrecht passt jedoch nicht auf Access- und Hosting-Provider
- Auch Teilnahmeregelungen nicht befriedigend: ist z.B. Hosting-Provider nur Gehilfe oder gar Mittäter?
- Oft Vorsatz erforderlich, Fahrlässigkeit genügt nicht

Strafrechtliche Haftung II

- Haftung des Registrars bei Kenntnisnahme von strafbaren Delikten durch konkrete Hinweise Dritter aus verlässlicher Quelle
- Beispiel:
 - Schreiben der IFPI vom November 2005, wonach die Mitwirkung an von einem Dritten begangenen Verletzungen von Urheberrecht- und verwandten Schutzrechten ebenfalls strafbar ist, sobald trotz Kenntnis von den Rechtsverletzungen bzw. des Verdachts diese weiterhin durch Zurverfügungstellung der technischen Infrastruktur ermöglicht werden

Strafrechtliche Haftung III

- Strafbar i.d.R. nur natürliche Personen
- Ausnahme: Strafe für Unternehmen
 - Art. 102 Abs. 1 StGB: *"Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft."*
- Haftungsfolgen:
 - Bussen
 - Freiheitsstrafen

Schlussfolgerungen

- Im Zivil- und Strafrecht herrscht Rechtsunsicherheit bezüglich Haftung des Registrars ... dies führt zu Missbrauchspotential und Druck gegen Registrare
- Keine Überprüfungspflicht vor Registrierung. Handeln nur bei Kenntnisnahme von Rechtsverletzungen/Delikten durch konkrete Hinweise
- Zunahme des (zivilrechtlichen) Vorgehens gegen Registrare da
 - kein Nachweis des Vorsatzes (wie im Strafrecht) notwendig
 - "Tatnähe" / Gatekeeper Funktion
 - Schwierigkeit der Rechtsdurchsetzung gegenüber dem direkten (anonymen) Verletzer

Danke für Ihre Aufmerksamkeit



Fragen?

Clara-Ann Gordon

Pestalozzi Rechtsanwälte

Löwenstrasse 1

8001 Zürich

044 217 91 11

clara-ann.gordon@pestalozzilaw.com

www.pestalozzilaw.com