

# **DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT VON INTERNET-PROVIDERN**

## **EIN GUTACHTEN**

**M. A. NIGGLI  
F. RIKLIN  
G. STRATENWERTH**

**zuhanden**

**Verband Inside Telecom (VIT)  
Schosshaldenstrasse 32  
CH-3000 Bern 32**

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I.</b>	<b>Allgemeine Problembeschreibung: Überblick</b> (STRATENWERTH) .....	<b>3</b>
A.	Einleitung.....	3
B.	Medienstrafrecht.....	3
C.	Klassische Teilnahme.....	5
<b>II.</b>	<b>Die Probleme im Einzelnen</b> .....	<b>8</b>
A.	Medienstrafrecht / Kaskadenhaftung (RIKLIN/STRATENWERTH) Die Anwendbarkeit des geltenden Medienstrafrechts auf Veröffentlichungen im Internet.....	8
1.	Der Anwendungsbereich von Art. 27, 322 <sup>bis</sup> .....	8
2.	Die medienstrafrechtliche Verantwortung von Internet- Providern .....	18
B.	Klassische Teilnahme (Gehilfenschaft) (NIGGLI) .....	22
1.	Die Argumentation des Gutachtens.....	22
2.	Gilt die Argumentation des Telekiosk-Entscheides auch für Internet-Provider? .....	22
3.	Ist der Tatbeitrag der Internet-Provider als harmlose Gehilfenschaft zu qualifizieren? .....	25
4.	Schwierigkeiten mit Internet-Providern, die im Ausland ansässig sind.....	26
5.	Was gilt bei illegalen Inhalten und Auslandstat?.....	27
6.	Täterschaft oder Teilnahme?.....	29
C.	Die Aufforderung zur Sperrung (NIGGLI/RIKLIN) .....	30
1.	Die Argumentation des Gutachtens.....	30
2.	Pflicht zur aktiven Suche durch die Provider?.....	31
3.	Wer soll für Hinweise zuständig sein?.....	33
4.	Die Zuverlässigkeit der Quelle.....	34
5.	Wer trägt die Kosten? .....	35
<b>III.</b>	<b>Möglichkeiten und Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regelung</b> (NIGGLI) .....	<b>36</b>
A.	Die Regelungen im Ausland.....	36
1.	Die Europäische Union.....	36
2.	Die Regelungen in Österreich.....	40
3.	Die Regelungen in Deutschland .....	41
4.	Regelungen in andern Ländern .....	43
5.	Zusammenfassend .....	43
B.	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf.....	43
C.	Grundstrukturen einer möglichen gesetzlichen Regelung.....	44
<b>IV.</b>	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>46</b>

Günter Stratenwerth

## I. Allgemeine Problem- beschreibung: Über- blick

Die Möglichkeit, mit Hilfe des Internets strafrechtlich relevante Inhalte zu verbreiten, beschäftigt die Öffentlichkeit in steigendem Masse. Das wiederum hat zu verstärkten Bemühungen geführt, die zum Teil sehr schwierigen Rechtsfragen zu klären, die sich mit dieser neuen Art von Kriminalität verbinden. Die vorliegende gutachterliche Stellungnahme verfolgt das Ziel, die Diskussion darüber zu eröffnen, bei welchen dieser Fragen es als notwendig oder doch als sinnvoll erscheint, sie im Wege der Gesetzgebung zu entscheiden. Sie geht dabei in drei Schritten vor: Ein erster Teil soll zunächst einen Überblick über die Vielzahl von Einzelproblemen vermitteln, die sich bei der strafrechtlichen Beurteilung von Internet-Delikten stellen. Ein zweiter Teil wird sich intensiver mit den rechtlichen Schwierigkeiten befassen, die hier zu bewältigen sind, und ein dritter schliesslich Möglichkeiten und Wünschbarkeit gesetzgeberischer Lösungen behandeln.

## A. Einleitung

Ungeklärt ist zunächst, ob und inwieweit auf Veröffentlichungen im

Internet das Medienstrafrecht der Art. 27, 322<sup>bis</sup><sup>1</sup> anzuwenden ist. Dazu liegt bisher vor allem ein im Bundesamt für Justiz erstelltes GUTACHTEN vom 24. Dezember 1999 vor<sup>2</sup>, das die Frage grundsätzlich bejaht. Anderes soll allerdings, nach Auffassung des Bundesgerichts, für die Tatbestände der Gewaltdarstellungen (Art. 135), der harten Pornographie (Art. 197 Ziff. 3) und der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4) gelten<sup>3</sup>. Auch wenn man das (vorerst) akzeptiert, bleibt unentschieden, ob die Erwägungen, die das Bundesgericht zu dieser Einschränkung des Medienstrafrechts bewogen haben, nicht auch auf andere Deliktstatbestände Anwendung finden könnten. In jedem Falle sind es sowohl die Regeln des Medienstrafrechts wie die allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung, nach denen Internet-Delikte beurteilt werden können. Das ist von weitreichender Bedeutung.

## B. Medienstrafrecht

Soweit für Veröffentlichungen im Internet das Medienstrafrecht gelten soll, ergeben sich folgende weitere Fragen:

1. Nach der Grundregel von Art. 27 Abs. 1 ist für eine strafrechtlich relevante Veröffentlichung im Internet grundsätzlich der Autor allein verantwortlich, das heisst derjenige, der

1 Artikel ohne Zusatz sind solche des Schweiz. StGB.

2 Künftig als „GUTACHTEN“ zitiert.

3 BGE 125 IV 206.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

sie ins Netz gestellt hat. Eine der Hauptschwierigkeiten bei Internet-Delikten besteht jedoch bekanntlich gerade darin, dass dieser Autor zu meist „nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann“. Dann greift subsidiär die Verantwortlichkeit derjenigen ein, die „für die Veröffentlichung verantwortlich“ sind<sup>4</sup>.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Veröffentlichung überhaupt in den Geltungsbereich des schweizerischen Strafrechts fällt. Fest steht vorläufig nur, dass der Ort der Einspeisung strafrechtlich relevanter Inhalte in das Internet als Tatort im Sinne von Art. 3, 7 anzusehen ist<sup>5</sup>. Dagegen hat sich das Bundesgericht schon bei reinen Äusserungsdelikten, die eine Kenntnisnahme durch andere erfordern, unterschiedlich darüber ausgesprochen, ob die Kenntnisnahme allein, wenn im Inland erfolgt, genügt, um die schweizerische Gerichtsbarkeit zu begründen<sup>6</sup>. Dieser Zweifel verstärkt sich bei Deliktstatbeständen, die nur voraussetzen, dass der strafrechtlich relevante Inhalt anderen „zugänglich gemacht“ wird (wie in Art. 135, 197 Ziff. 3). Unklar ist bei Mediendelikten zudem, ob und inwiefern die Zuständigkeit des schweizerischen Strafrechts nicht durch Art. 347, über das Tatortprinzip hinaus, erweitert wird<sup>7</sup>.

Ferner und vor allem aber fragt sich, von wem in der Kette der an der

Vermittlung von Internet-Inhalten Beteiligten gesagt werden kann, dass er die - oder eine? - für die Veröffentlichung „verantwortliche“ Person sei. Zweifelhaft ist dabei in erster Linie, ob das blosse Zur-Verfügung-Stellen der Möglichkeiten des Zugriffs auf strafrechtlich relevante Inhalte, entsprechend der vom Bundesgericht im Falle BGE 121 IV 109 (121) vertretenen Auffassung, eine solche Verantwortung begründet. Und wenn dies bejaht werden sollte, hätte es dann für alle Arten von Internet-Providern in gleicher Weise zu gelten? Ist insbesondere, mit dem GUTACHTEN<sup>8</sup>, davon auszugehen, dass für die Veröffentlichung „immer jemand verantwortlich“ gemacht werden kann, so dass dann, wenn sich etwa der Hosting-Provider im Ausland befindet und in der Schweiz nicht verfolgt werden kann, der Access-Provider für das Internet-Delikt einzustehen hat?

2. Soweit Provider unter diesen Umständen für die Veröffentlichung verantwortlich gemacht werden (können), stellt sich die weitere Frage nach dem Umfang ihrer Haftung. Massgebend ist prinzipiell Art. 322<sup>bis</sup>.

Mit Strafe bedroht wird danach in erster Linie die vorsätzliche Nicht-Hinderung von Veröffentlichungen strafbaren Inhalts. Es gehört heute zum allgemeinen Wissen (und ist ja auch der Grund für die hier geführte Diskussion), dass im Internet stets Websites solchen Inhalts zu finden sind. Jeder Provider, der den Zugang zum Netz vermittelt, ohne seinen Inhalt detailliert zu prüfen, muss also damit rechnen, auch zur Ver-

4 Art. 27 Abs. 2.

5 Vgl. WEISSENBERGER, 1999.

6 Vgl. BGE 125 IV 181 ff.

7 Vgl. BGE 102 IV 38 f.

8 GUTACHTEN, 14, 17 ff.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

breitung dieser Websites beizutragen. Er kann unmöglich auf das Gegenteil vertrauen. Dann aber fragt sich, ob er damit nicht schon, nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung, die Voraussetzungen des Eventualvorsatzes erfüllt. Dass er, wie das GUTACHTEN ausführt, nur dann vorsätzlich handeln soll, wenn ihm eine „konkrete und verlässliche Mitteilung“ über „das Bestehen eines deliktischen Inhalts auf einer bestimmten Internet-Seite“ zugekommen ist<sup>9</sup>, steht jedenfalls durchaus nicht ausser Frage.

Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, kann der Provider für Internet-Delikte haften: Art. 322<sup>bis</sup> stellt auch Fahrlässigkeit unter Strafe. Daraus ergibt sich weiterer Klärungsbedarf bezüglich der Sorgfaltspflichten, die dem Provider obliegen. Das GUTACHTEN geht dabei wiederum von Annahmen aus, die alles andere als zweifelsfrei sind. So soll Fahrlässigkeit nur dann in Betracht kommen, wenn dem Provider ein Hinweis auf das Vorliegen eines deliktischen Inhalts zugekommen ist, der „ebenso konkret und gleichermassen verlässlich“ ist wie er zur Begründung des Vorsatzes gefordert wird<sup>10</sup>. Unbewusste Fahrlässigkeit soll danach praktisch ausscheiden<sup>11</sup>. Eine solche Gesetzesinterpretation ist zwar zweifellos dazu angetan, die Besorgnis einer uferlosen strafrechtlichen Haftung zu beschwichtigen. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch sie sich mit den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Haftung kaum ver-

einbaren lässt. Akzeptiert man sie aber nicht, so ist der Umfang der den verschiedenen Providern etwa obliegenden Sorgfaltspflichten völlig offen. Auch dieser Punkt bedarf daher dringend weiterer Klärung.

## C. Klassische Teilnahme

Anders, aber nicht weniger schwierig liegt es teilweise bei denjenigen Deliktstatbeständen, auf die nach der Auffassung des Bundesgerichts das Medienstrafrecht *keine* Anwendung finden soll.

1. Hier fragt sich zunächst, wie die Rolle derjenigen, die an der Vermittlung strafrechtlich relevanter Internet-Inhalte mitwirken, im Einzelnen qualifiziert werden soll. Das Bundesgericht ist im Telekiosk-Entscheid BGE 121 IV 109 ff ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass das Zur-Verfügung-Stellen der technischen Einrichtungen für die Übermittlung entsprechender Inhalte als Gehilfenschaft zur Pornographie anzusehen sei. Es erscheint jedoch mehr als zweifelhaft, ob eine solche Qualifikation bei der Mitwirkung an Internet-Delikten in jedem Falle richtig wäre. Wo ein Tatbestand nur voraussetzt, dass die inkriminierten Inhalte zugänglich gemacht oder verbreitet werden, wie dies zum Teil gerade bei Tatvarianten von Art. 135, 197 Ziff. 3 und 261<sup>bis</sup> der Fall ist, handelt es sich bei der Vermittlung des Zugangs zu ihnen nach den allgemeinen Regeln eindeutig um Täterschaft. Die Frage der Beteiligungsrolle kann danach offenbar nicht generell entschieden werden.

9 GUTACHTEN, 21.

10 GUTACHTEN, 24.

11 GUTACHTEN, 25.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

2. Je nachdem, wie dies geschieht, ergeben sich weitere problematische Konsequenzen.

2.1. Wird der an einem Internet-Delikt Mitwirkende als Täter qualifiziert, so muss zunächst wieder die Frage nach der Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts, also nach dem Tatort (wie oben B. Ziff. 1 Abs. 2), beantwortet werden, aber mit der Massgabe, dass eine Modifikation der allgemeinen Regeln durch Art. 347 ausscheidet. Massgebend kann nur das Territorialprinzip sein, und dessen Tragweite bei Internet-Delikten ist umstritten<sup>12</sup>.

Im übrigen ist hier im Blick auf die genannten Tatbestände klar, dass eine strafrechtliche Haftung, anders als bei Art. 322<sup>bis</sup>, nur bei vorsätzlichem Verhalten in Betracht kommt. Klärungsbedürftig ist hingegen erneut, ob und inwieweit angesichts des allgemeinen Wissens um rechtswidrige Inhalte Eventualvorsatz angenommen werden kann, wenn der den Zugang zu ihnen Vermittelnde solche Inhalte nicht aufzuspüren und zu sperren versucht. Dass „vorsatzrelevant“ nur konkrete, aus einer verlässlichen Quelle stammende Hinweise auf strafbare Inhalte seien<sup>13</sup>, mag eine wünschbare Regel sein, steht aber keineswegs ausser Frage.

2.2. Wird das hier in Rede stehende Verhalten dagegen als Helferschaft angesehen<sup>14</sup>, so ergibt sich zunächst bei der Frage der Anwendbarkeit schweizerischen Strafrechts

ein weiteres Problem: Nach ständiger Rechtsprechung soll es bei blosser Teilnahme allein auf den Ort ankommen, an dem die Tat selbst ausgeführt worden ist<sup>15</sup>. Das wäre dann nicht der Ort, an dem ein Provider Zugang zu strafbaren Inhalten vermittelt. Diese Praxis stösst in der Doktrin allerdings überwiegend auf Kritik<sup>16</sup>. Sie kann also nicht als gesichert vorausgesetzt werden.

Unter dem Gesichtswinkel der Helferschaft kommt es im übrigen entscheidend darauf an, ob und inwieweit die Tätigkeit von Internet-Providern als rechtlich neutrale, strafrechtlich irrelevante Alltagshandlung einzustufen wäre. Das Bundesgericht hat hier bisher in erster Linie auf den subjektiven Tatbestand abgestellt<sup>17</sup>. Auch diese Auffassung unterliegt sehr erheblichen Einwänden<sup>18</sup>. Folgt man ihr jedoch, so führt sie zu weiteren Zweifelsfragen, auf die es vorerst keine verlässliche Antwort gibt. Insbesondere muss dann geklärt werden, auf welche Art des Wissens um die deliktischen Inhalte es ankommen soll: Muss der Provider explizit von einer (kompetenten?) Behörde (eventuell auch des Auslands?) auf den strafrechtlich relevanten Inhalt hingewiesen worden sein? Oder genügen etwa auch Hinweise von anderer Seite? Wie präzise müssen solche Hinweise dann in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sein? Genügt

12 Näher SCHWARZENEGGER, 2000.

13 GUTACHTEN, 28.

14 GUTACHTEN, 27 f.

15 Vgl. nur BGE 104 IV 86; 108 Ib 303.

16 Vgl. STRATENWERTH, 1996, § 5 N 7, mit Nachweisen.

17 Vgl. die Nachweise bei STRATENWERTH, 1996, § 13 N 115.

18 Vgl. nur WOHLERS, 1999, 428, mit Nachweisen.

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern**

auch Zufallswissen? etc. Was das GUTACHTEN dazu im Blick auf das Vorsatzerfordernis sagt<sup>19</sup>, sind vorläufig reine Spekulationen.

Bei alledem ist überdies zu bedenken, dass die Unsicherheiten sich kumulieren: Von der ihrerseits noch keineswegs abschliessend geklärten Frage, bei welchen Straftatbeständen das Medienstrafrecht Anwendung finden soll und bei welchen nicht, über die weitere prekäre Frage, welches Verhalten welchen Providers als welche Form der Beteiligung an einem Delikt angesehen werden kann, bis zu der Frage, in welchen Fällen hier schweizerisches Strafrecht Geltung beanspruchen dürfte, und eben auch, welches dann die Voraussetzungen der Strafbarkeit sein sollen. Das ist ein rechtsstaatlich unerträglicher Zustand.

19 GUTACHTEN, 20 f., 28.

## II. Die Probleme im Einzelnen

Franz Riklin  
Günter Stratenwerth

### A. Medienstrafrecht / Kaskadenhaftung

Die Anwendbarkeit des geltenden Medienstrafrechts auf Veröffentlichungen im Internet

Wie im einleitenden Überblick erwähnt, ist vorerst ungeklärt, ob und inwieweit auf Veröffentlichungen im Internet das Medienstrafrecht der Art. 27, 322<sup>bis</sup> anzuwenden ist. Die Gründe hierfür liegen sowohl in prinzipieller Unsicherheit über den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen wie in der spezifischen Art und Weise, in der Internet-Provider an Mediendelikten mitwirken können.

#### 1. Der Anwendungsbereich von Art. 27, 322<sup>bis</sup>

1.1. Eine nähere Erörterung der prinzipiellen Unsicherheit, die nunmehr über den Anwendungsbereich des Medienstrafrechts besteht, erfordert zunächst einen Blick auf die ratio dieses von den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung abweichenden Sonderregimes.

1.1.1. Zur Regelung von Art. 27 aStGB

Zur Regelung des alten Rechts, das von 1942 bis zum 1. 4. 1998 Geltung hatte, haben vor allem Besorgnisse geführt, die die Pressefreiheit betrafen.

Dabei war von Bedeutung, dass schon die meisten kantonalen Gesetzgebungen Sonderregelungen nach dem System der stufenweisen Verantwortlichkeit kannten<sup>20</sup>, ausgehend von der Überlegung, dass an der Herstellung eines Presseergebnisses oft eine Mehrzahl von Personen im Rahmen verschiedenster Arbeitsvorgänge beteiligt ist, weshalb es schwierig gewesen wäre, die strafrechtliche Verantwortlichkeit jedes Einzelnen und deren Mass genau zu bestimmen<sup>21</sup>. Man wollte die Haftung demgegenüber vereinfachen. Auch wurde befürchtet, es könnte eine Vielzahl von Personen innerhalb eines Pressebetriebs belangt werden. Um zu verhindern, dass in einer hochnotpeinlichen Untersuchung abgeklärt wurde, wer sich innerhalb der Redaktion bzw. eines Presseunternehmens in welcher Weise mit dem deliktischen Artikel befasst hatte, sollte primär allein der Autor haften. Es ging um die Verhinderung von Schnüffelei namentlich innerhalb einer Redaktion bei der Feststellung von Tätern und Gehilfen eines Pressedelikts.

Massgebend war aber auch die Überlegung, dass Presseverantwortliche

20 RIKLIN, 1981, 194; HAFTER, 1927, 136 ff.

21 RIKLIN, 1981, 194; LOGOZ, 1976, 144; WEBER, 1971, 41.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

nicht jeden Text auf seinen Wahrheitsgehalt überprüfen können. Man wollte verhindern, dass jeder Artikel abgewiesen wird, der möglicherweise einen strafbaren Inhalt enthält, weil sonst manche wertvolle Kritik nicht angebracht werden könnte<sup>22</sup>.

Grosse medienpolitische Bedeutung wurde aber auch dem Anonymitätswahrungsrecht des verantwortlichen Redaktors beigemessen, das der alte Art. 27 in Ziff. 3 Abs. 2 statuierte. Man befürchtete, dass der Allgemeinheit bei Fehlen eines solchen Anonymitätsschutzes wegen der Gefahr gesellschaftlicher Nachteile für den Autor wichtige Informationen vorenthalten bleiben könnten<sup>23</sup>. Der freie Meinungsmarkt erschien als gefährdet, wenn alle Medienbeteiligten nach den gewöhnlichen Teilnahmeregelungen mit einer Strafverfolgung hätten rechnen müssen und deshalb auch die Anonymität des Autors nicht hätte gewahrt werden können<sup>24</sup>.

Machte man allerdings den Autor allein haftbar, so gab es drei Konstellationen, bei denen niemand für ein Pressedelikt hätte bestraft werden können. Dies hätte zunächst dann eintreten können, wenn jemand etwas ohne Wissen oder gegen den Willen des Autors publizierte - ein ganz atypischer und selten aktueller Fall. Dasselbe ergab sich, wenn der Autor in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden konnte. Diesem

Fall wurde bei der Schaffung der Sonderregelung des Art. 27 durchaus, obschon nur untergeordnete, Bedeutung beigemessen. Im Zentrum stand vielmehr der Fall des unbekanntem, nicht ermittelbaren Autors, und dies eben auch deshalb, weil man das erwähnte Anonymitätswahrungsrecht der Redaktion in bezug auf den Autor schaffen wollte - mit der voraussehbaren Folge, dass sich die Wahrscheinlichkeit dieser Konstellation erhöhte.

Dies führte zu der Folgerung, dass es im Prinzip immer einen Haftbaren geben müsse. Man sah daher, für die genannten drei Fälle, die Haftung des verantwortlichen Redaktors oder der für die Anzeigen verantwortlichen Person bzw., je nach Publikation, der Hintermänner (Verleger, Drucker) vor. So erklärt sich die sog. Kaskadenhaftung von Art. 27 aStGB. Der nach ihr an Stelle des Autors Haftbare hatte danach „als Täter“ für fremdes Verschulden einzustehen<sup>25</sup>. Mit dieser Regelung wich man in doppelter Weise von den allgemeinen Regeln über Schuld und Teilnahme ab.

Bei Bestrafung des Autors bzw. eines in der „Rangordnung“ nach ihm Stehenden blieben (und bleiben) die anderen an der Herstellung und Herausgabe des Presseerzeugnisses beteiligten Personen in der Regel auch dann straflos, wenn sie sonst als Mittäter oder Gehilfen strafrechtlich gehaftet hätten<sup>26</sup>. Bewusst in Kauf genommen wurde damit, dass selbst ein doloser „verantwortlicher

22 SCHWANDER, 1964, N 285.

23 Vgl. RIKLIN, 1981, 195; LUDWIG, 1964, 151 f.; HAFTER, 1927, 144 ff.

24 SCHLEIMINGER/METTLER, 2000, 1040; STRATENWERTH, 1996, § 13 N 162; MÜLLER, 1999, 259.

25 RIKLIN, 1981, 195; SCHULTZ, 1982, 309; HAFTER, 1946, 493, 501.

26 RIKLIN, 1981, 189.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

Redaktor“, der die Widerrechtlichkeit eines Artikels erkennt, infolge der exklusiven Haftung des Verfassers straflos ausging<sup>27</sup>. In diesem Sinne wurden (und werden) die im Medienbereich Tätigen deutlich privilegiert. Die allgemeinen Regeln über die Teilnahme kamen nach Lehre und Praxis zu Art. 27 nur dann zum Zug, wenn mehrere Personen Verfasser waren<sup>28</sup>, wenn jemand half oder anstiftete, der nicht im Presseunternehmen tätig war<sup>29</sup>, und schliesslich, wenn Nachmänner den Autor in einer Weise unterstützten, die über die unbedingt erforderliche, rein pressemässige Mitwirkung hinausging (z.B. durch Anregung, Überarbeitung oder Verschärfung eines Artikels)<sup>30</sup>.

Auf der anderen Seite konnte insofern nicht von einer Privilegierung gesprochen werden, als es auf das Verschulden desjenigen, der subsidiär an Stelle eines anderen haftet, nicht ankam. Er trat, als eigentlicher Sündenbock, gewissermassen in das Verschulden des Verfassers ein, ohne Rücksicht darauf, ob er sich etwa persönlich bei der Aufnahme des Artikels in gutem Glauben befunden hatte. Was auch in diesem Falle blieb, war aber die Vereinfachung der strafrechtlichen Haftung, insofern immer nur *eine* Person strafrechtlich verantwortlich war, während andere als Mittäter oder Gehilfen in Betracht kommende Personen nicht belangt werden konnten.

Über die Notwendigkeit einer solchen Regelung kann man durchaus diskutieren<sup>31</sup>. Denn vor Inkrafttreten des neuen Medienstrafrechts galten für Radio und Fernsehen die allgemeinen Verantwortlichkeitsregeln, ohne dass es deswegen zu besonderen Problemen gekommen wäre. Verwiesen sei ferner auf die vielen ausländischen Strafrechtsordnungen, die auch bei der Presse keine Kaskadenhaftung kennen. Zwar stellt sich dann, wenn die allgemeinen Teilnahmeregelungen zum Zuge kommen, namentlich bei Randfiguren des Geschehens immer wieder die Frage, ob sie gegebenenfalls als Täter oder Teilnehmer haften. Die in- und ausländische Praxis hat diesem Problem jedoch auch ohne Kaskadenhaftung in pragmatischer Weise Rechnung getragen, indem sie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht bei jeder Person zu bejahen pflegt, die in irgend einer Form an einem Mediendelikt mitgewirkt hat, sondern nur bei ausgewählten Akteuren, denen eine Verantwortung für den Inhalt und die Veröffentlichung zuzuschreiben ist.

Damit stimmt überein, dass auch im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz verschuldensabhängige Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung und Herausgabe eines Gewinnes gemäss Art. 28a Abs. 3 ZGB regelmässig nur gegenüber Personen erhoben werden, die Inhaltsverantwortung tragen.

1.1.2. Während das Sonderregime von Art. 27 aStGB nur für die Presse galt, erstreckt sich das neue Me-

27 RIKLIN, 1981, 195, 200.

28 LUDWIG, 1964, 155; HAFTER 1946, 496.

29 LUDWIG, 1964, 155; LOGOZ, 1976, 149; BGE 73 IV 67; 86 IV 147.

30 SCHULTZ, 1982, 309 f.; SCHWANDER, 1964, N 295.

31 Kritisch RIKLIN, 1981, 190, 200, 202; STRATENWERTH, 1996, § 13 N 171.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

dienstrafrecht der Art. 27/322<sup>bis</sup> auch auf Radio und Fernsehen und die anderen Medien. Die Kaskadenhaftung ist prinzipiell erhalten geblieben.

Für ein Mediendelikt primär verantwortlich ist nach wie vor der Autor (wobei das Recht zur Wahrung seiner Anonymität durch das neu geschaffene Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden erweitert worden ist<sup>32</sup>). Die subsidiäre Haftung des verantwortlichen Redaktors oder anderer Hintermänner wurde jedoch insofern abgeschwächt, als sie nicht mehr für fremdes, sondern nach Art. 322<sup>bis</sup> nur für die Nichthinderung der strafrechtlich relevanten Veröffentlichung, also für ihr eigenes Verschulden haften<sup>33</sup>. Damit hat sich, im Vergleich zur früheren Regelung, das Risiko erhöht, dass niemand zur Rechenschaft gezogen werden kann, z.B. dann, wenn der Autor nicht bekannt ist und die anderen Verantwortlichen kein Vorwurf trifft.

Die Kaskadenhaftung bedeutet, wie bisher, insofern eine Privilegierung der Medienschaffenden, als andere an der Veröffentlichung beteiligte Personen, die nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung Täter oder Gehilfen wären, nicht belangt werden können. Darin liegt zugleich eine wesentliche Vereinfachung der Haftungsfrage. Auf der anderen Seite ist die Haftung der subsidiär Verantwortlichen dadurch erweitert worden, dass Art. 322<sup>bis</sup> nunmehr auch die fahrlässige Nichthinderung einer deliktischen

Veröffentlichung mit Strafe bedroht, während Gedankenäusserungsdelikte sonst stets Vorsatz erfordern. Dass dies, wie im GUTACHTEN behauptet wird<sup>34</sup>, wegen des besonderen Gefährungs- und Schädigungspotentials geschehen sei, das den Medien eigne, trifft nicht zu.

1.2. Zum Problem geworden ist nunmehr die Frage, welche Delikte unter die besondere Regelung des Medienstrafrechts fallen.

1.2.1. Der historische Gesetzgeber ist hier einer mittleren Linie gefolgt<sup>35</sup>. Verworfen wurden die engeren Lösungen, die Pressedelikte überhaupt nicht einem Sonderregime zu unterstellen oder es nur bei Ehrverletzungen und einigen weiteren kasuistisch aufgezählten Tatbeständen zu tun. Die Regelung geht aber weniger weit als die meisten früheren kantonalen Strafrechtsordnungen und der bundesrätliche Entwurf von 1918, der - jedenfalls seinem Wortlaut nach - alle durch das Mittel der Druckerpresse verübten Verbrechen oder Vergehen dem Pressestrafrecht unterstellen wollte<sup>36</sup>, nicht nur solche, bei denen „sich die strafbare Handlung in dem Presseerzeugnis erschöpft“.

Sprach man früher von Pressedelikten, so heute von Mediendelikten. Mediendelikte sind Gedankenäusserungsdelikte. Als solche galten bis vor wenigen Jahren unbestrittenermassen z.B. Ehrverletzungen, Geheimnisverletzungen, pornographi-

32 Art. 27<sup>bis</sup> StGB.

33 Art. 27 Abs. 2 StGB.

34 GUTACHTEN, 12, 23.

35 THORMANN/VON OVERBECK, 1940, N 7 zu Art. 27.

36 HAFTER, 1946, 498.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

sche und Gewaltdarstellungen, der öffentliche Aufruf zur Rassendiskriminierung, die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit, die Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen sowie unlauterer Wettbewerb<sup>37</sup>. Als Gegenbeispiel diene etwa der Betrug (z.B. bei einem erfundenen Spendenaufruf), weil für die Vollendung des Delikts nach Art. 146 eine schädigende Vermögensverfügung des Irreführten erforderlich ist<sup>38</sup>. In jüngster Zeit haben einige Autoren diese Einordnung jedoch für die - auch im Blick auf das Internet wichtigen - Straftatbestände der Pornographie (Art. 197), der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup>) und der Gewaltdarstellung (Art. 135)<sup>39</sup> in Abrede gestellt, und das Bundesgericht ist ihnen gefolgt<sup>40</sup>. Über den Anwendungsbereich von Art. 27, 322<sup>bis</sup> herrscht daher nunmehr er-

hebliche Unsicherheit. Das macht es nötig, die Frage näher zu erörtern.

1.2.2. Die Auffassung, dass die genannten Straftaten (oder einzelne ihrer Tatbestandsvarianten) keine Mediendelikte seien, wird auf folgende Argumente gestützt:

Geltend gemacht wird in erster Linie, dass eine solche Qualifikation dem Zweck zuwiderlaufen würde, den der Gesetzgeber mit den entsprechenden Strafbestimmungen gerade verfolgt hat. Das hat zunächst SCHULTZ für die Pornographie nach Art. 197 bzw., vor der Revision des Sexualstrafrechts, Art. 204 aStGB und für Brutalodarstellungen nach Art. 135 näher ausgeführt. Die Besonderheit bei Pressedelikten liege, so heisst es bei ihm, „in der Zufälligkeit der Verbindung einer bestimmten Straftat mit dem Ausführungsmittel Massenmedium“<sup>41</sup>. Es gehe um Delikte, die auf die verschiedenste Weise verübt werden könnten, durch mündliche Mitteilung an einen Anwesenden, durch ein Telefongespräch oder durch einen Brief. Die weitaus meisten Ehrverletzungen z.B. würden auf andere Weise als durch die Presse begangen. Dasselbe gelte für andere typische Pressedelikte wie die Geheimnisverletzungen<sup>42</sup>. Bei unzüchtigen Veröffentlichungen sei hingegen die Veröffentlichung durch die Presse geradezu die typische Begehungsweise<sup>43</sup>. Sei jedoch die Verhinderung der Veröffentlichung das Ziel einer Strafbestim-

37 Vgl. z.B. RIKLIN, 1981, 191 f. mit Fn. 20; DERS., 1996, Presserecht, § 5 N 82; STRATENWERTH, 1996, § 13 N 165; LUDWIG, 1964, 142 f.; früher auch SCHULTZ, 1982, 307; in der Bundesgerichtspraxis wurde die Kaskadenhaftung bisher u.a. bei Ehrverletzungsdelikten in BGE 118 IV 160 (im Anschluss an 117 IV 29, 116 IV 83, 114 IV 182, 106 IV 164, 105 IV 118, 73 IV 65), bei Art. 276 Ziff. 1 (Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten) in BGE 100 IV 5, bei UWG-Verstössen in BGE 117 IV 364 f. bejaht.

38 Vgl. die in der vorhergehenden Anmerkung zitierten Autoren; ferner BGE 125 IV 211.

39 Diese Norm gilt allerdings nicht für Schriften. Sie ist für Medien nur von Bedeutung, wenn Bilder publiziert werden; siehe SCHULTZ, 1991, 278, Fn. 23; TRECHSEL, 1997, Art. 135 N 9.

40 BGE 125 IV 206 ff.

41 SCHULTZ, 1991, 277.

42 SCHULTZ, 1991, 277.

43 Dies betonen, auch bzgl. Art. 135, ebenfalls SCHLEIMINGER/METTLER, 2000, 1040.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

mung, dann widerspreche es der gesetzgeberischen Absicht, wenn eine bestimmte Art der Ausführung der verpönten Tat den für die Veröffentlichung Verantwortlichen zu einer materiell- wie prozessrechtlichen Sonderstellung verhelfe<sup>44</sup>. Dieser Überlegung hat sich BGE 125 IV 211 auch für die Rassendiskriminierung in der Form des Angriffs auf die Menschenwürde (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4) angeschlossen<sup>45</sup>.

Der zweite wesentliche Einwand stützt sich auf die Fassung der beiden erstgenannten Tatbestände, die nicht nur die Veröffentlichung und den Versuch dazu, sondern in weitem Umfang auch sonstige Verhaltensweisen, wie das Herstellen, Einführen, Lagern usw. entsprechender Darstellungen mit Strafe bedrohen. Diese anderen Tatvarianten könnten keine Pressedelikte sein. Würde man also die Veröffentlichung selber als Pressedelikt behandeln, so wären die dafür Verantwortlichen materiell- wie prozessrechtlich besser gestellt als diejenigen, denen blossere Vorbereitungshandlungen zur Last zu legen sind. Auch darauf hat sich zuerst SCHULTZ berufen<sup>46</sup>, gefolgt von TRECHSEL<sup>47</sup> und wiederum vom Bundesgericht<sup>48</sup>. Im neuen Medienstrafrecht würde sich diese Ungereimtheit, so hat SCHULTZ hinzugefügt, sogar noch verstärken, weil der me-

dienrechtlich Verantwortliche hier nurmehr nach Art. 322<sup>bis</sup> hafte<sup>49</sup>.

Die Freiheit der Meinungsäusserung, um deren Wahrung es ja beim Sonderregime von Art. 27 nach dessen Grundgedanken geht, sehen die Vertreter dieser Auffassung von der Frage nicht berührt. SCHULTZ hat gemeint, die Polizei schreite hier ohnehin nur dann ein, wenn der sexuelle oder gewalttätige Charakter der Darstellung offensichtlich sei. Auch sei das Motiv solcher Veröffentlichungen „in aller Regel ungezügelter Gewinnstreben“, und es sei missbräuchlich, wenn man ein auf solche Beweggründe zurückgehendes Verhalten mit der Pressefreiheit rechtfertigen wolle<sup>50</sup>. Und TRECHSEL hat hinzugefügt, dass die Institution des Pressedelikts den Fluss von Informationen erleichtern solle, während bei Verstössen gegen Art. 135 und 197 sowie 261<sup>bis</sup> nicht Informationen vermittelt würden, sondern unmittelbar auf Gefühle des Lesers oder Betrachters eingewirkt werde<sup>51</sup>.

1.2.3. Diese Argumente sind alles andere als zwingend.

Zunächst steht ausser Frage und ist auch von BGE 125 IV 210 f. nicht geleugnet worden, dass die Voraussetzungen von Art. 27 bei den hier in Rede stehenden Veröffentlichungen an sich erfüllt sind, sofern es sich um solche handelt, bei denen sich die strafbare Handlung „in dieser Veröffentlichung erschöpft“. Diese Bestimmung nicht auf sie an-

44 SCHULTZ, 1991, 278.

45 Übereinstimmend ferner TRECHSEL/NOLL, 1998, 229 f.; zwiespältig dagegen noch TRECHSEL, 1997, N 4 zu Art. 27.

46 SCHULTZ, 1991, 278 f.

47 TRECHSEL/NOLL, 1998, 229.

48 BGE 125 IV 212.

49 Vgl. SCHULTZ, 1991, 279.

50 SCHULTZ, 1991, 279 f.

51 TRECHSEL, 1997, N 4 zu Art. 27.

### Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

zuwenden, verstösst also gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes.

Auch die Gesetzesmaterialien enthalten nicht den geringsten Hinweis darauf, dass dies im Zusammenhang mit der Revision des Medienstrafrechts von 1997 gewollt gewesen wäre. Dabei standen unzüchtige Veröffentlichungen im eidgenössischen Recht seit 1942 unter Strafe und war seitdem allgemein anerkannt, dass es sich um Pressedelikte handeln könne. Überdies waren die genannten Tatbestände in den letzten Jahren, auch während der Revision des Medienstrafrechts, von besonderer Aktualität, und der hier mehrfach zitierte Aufsatz von SCHULTZ war zu jener Zeit bereits erschienen. Gerade wenn man davon ausgeht, dass die Veröffentlichung in Medien bei Brutalos und Pornographie die typische Begehungsweise ist, hätte es für den Gesetzgeber, dem das ja nicht verborgen geblieben sein kann, nahegelegen, hier eine besondere, von Art. 27 abweichende Regelung zu treffen. Das eben ist nicht geschehen.

Noch weniger überzeugt der Hinweis darauf, dass Art. 135 und 197 Ziff. 3 zahlreiche Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die nicht unter Art. 27, 322<sup>bis</sup> fallen (können). Dem hat schon NIGGLI entgegengehalten, dass Art. 27 eben nur auf *Pressebeteiligte* anwendbar sei, hier aber eben auch sicherstellen wolle, dass stets jemand für die Veröffentlichung haftbar gemacht werden kann<sup>52</sup>. Da Art. 322<sup>bis</sup> für die vorsätzliche Nicht-hinderung einer strafbaren Veröffentlichung Gefängnis oder Busse

androht, kann insoweit, verglichen mit den Strafrahmen der vorgenannten Normen, von einer Privilegierung auch kaum die Rede sein. Wäre es eine Privilegierung, so würde sie im übrigen ebenso bei einer Ehrverletzung oder einer Verletzung des Amtsgeheimnisses eintreten, wenn das Delikt etwa nicht in kleinem Kreis, sondern „durch Veröffentlichung in einem Medium“ - und dadurch im Zweifel in besonders gravierenden Form - begangen wird. Mit jenem Argument liesse sich die Kaskadenhaftung daher insgesamt ad absurdum führen<sup>53</sup>. Nur am Rande sei erwähnt, dass Art. 197 Ziff. 3 die genannten zahlreichen Tatvarianten seit 1992 nur noch bei der harten Pornographie mit Strafe bedroht, während Art. 204 aStGB in dieser Hinsicht nicht differenzierte. Die „weiche“ Pornographie wäre also mit der Revision des Sexualstrafrechts wieder zu einem Mediendelikt geworden!

Selbst wenn man jedoch den beiden von SCHULTZ primär ins Feld geführten Argumenten folgen wollte, versagen sie jedenfalls gerade bei Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4, bei dem sich das Bundesgericht auf sie beruft. Weder kann die Rede davon sein, dass die Veröffentlichung in einem Medium die typische oder gar einzige Begehungsweise eines Deliktes sei, bei dem das Gesetz andere Formen der Begehung ausdrücklich nennt<sup>54</sup>,

52 NIGGLI, 1996, N 1263.

53 So auch SCHLEIMINGER/METTLER, 2000, 1040.

54 Das betonen wiederum auch SCHLEIMINGER/METTLER, a.a.O., unter Hinweis auf die berühmten Stammtischdiskussionen, die Art. 261<sup>bis</sup> StGB verletzen können.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

noch finden sich hier die vielfältigen Vorbereitungshandlungen aufgezählt, die Art. 135 und 197 Ziff. 3 mit Strafe bedrohen. Was das Verhältnis von Art. 261<sup>bis</sup> zu Art. 27 anbetrifft, so herrscht im übrigen ohnehin völlige Wirrnis. So wird die Anwendbarkeit der Kaskadenhaftung bei Abs. 1 bis 3 verneint von NIGGLI, bei Abs. 1 dagegen bejaht von ROM, bei Abs. 2 auch von ROM verneint, bejaht aber von GUYAZ, bei Abs. 3 auch von GUYAZ<sup>55</sup> verneint, von ROM dagegen nicht erörtert, bei Abs. 4 von NIGGLI<sup>56</sup> und ROM<sup>57</sup> bejaht, aber, wie sich zeigte, von TRECHSEL und vom Bundesgericht verneint.

Es bleibt die Frage der Presse- oder Medienfreiheit. Von vornherein kaum halten lässt sich die Behauptung, bei Verstössen gegen Art. 135, 197 Ziff. 3 und 261<sup>bis</sup> würden keine Informationen vermittelt, sondern werde unmittelbar auf die Gefühle des Adressaten eingewirkt. Bei der näheren Abgrenzung dieser Tatbestände ist fast immer auch vom Konflikt mit der Freiheit der Meinungsäusserung die Rede<sup>58</sup>, was nicht möglich wäre, wenn es nur um Gefühle ginge, und umgekehrt werden von vielen anderen Tatbeständen, wie z.B. in Art. 261 oder 262 Ziff. 2, (auch) öffentliche Äusserungen erfasst, die Gefühle verletzen und sonst nichts<sup>59</sup>. Erst recht kann es nicht auf die Motive ankommen,

aus denen sich jemand in öffentlichen Medien äussert. Strafnormen sind grundrechts- bzw. verfassungskonform auszulegen<sup>60</sup>. Die Meinungsfreiheit bezeichnet daher ihrerseits die Schranken, innerhalb deren sich niemand von Rechts wegen nach seinen Beweggründen fragen lassen muss. Andernfalls würde der Anwendungsbereich von Art. 27 vermutlich auch insoweit, wie es um Informationen geht, drastisch schrumpfen. Mit der Kaskadenhaftung hat der Gesetzgeber aber, woran noch einmal erinnert sei, in Kauf genommen, dass selbst der dolos handelnde Redaktor straflos bleibt, der etwa einen krass ehrverletzenden Leserbrief veröffentlicht, wenn dessen Autor dafür haftbar gemacht werden kann.

1.2.4. Fasst man diese Auseinandersetzung zusammen, so kann man sich schwerlich des Eindrucks erwehren, dass über die Frage, auf welche Delikte das Medienstrafrecht Anwendung finden sollte, letztlich das Strafbedürfnis entscheidet. Das ist etwa dort, wo es, wie in BGE 125 IV 206 ff, um die Verbreitung antisemitischen Schrifttums geht, mehr als einfühlbar. Es kann aber nicht das letzte Wort in dieser Kontroverse sein. Zu bedenken ist vielmehr auch, dass das Argument, der Gesetzgeber habe durch seine Strafdrohung bestimmte Veröffentlichungen gerade verhindern wollen, praktisch für alle Tatbestände gilt, die (auch) öffentliche Äusserungen unter Stelle stellen, von Art. 152 (Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) über Art. 259 (Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätig-

55 GUYAZ, 1996, 274 f., 280.

56 NIGGLI, 1996, N 1257 ff.

57 ROM, 1995, 154 f. und 126 ff.

58 Siehe nur STRATENWERTH, 1995, § 4 N 92 (zu Art. 135); DERS., 2000, § 39 N 21 (zu Art. 261<sup>bis</sup>).

59 STRATENWERTH, 2000, § 39 N 43.

60 RIKLIN, 1996, Presserecht, § 3 N 24.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

keit) bis zu Art. 267 Ziff. 1 (Landesverrat), zu Art. 297 und 298 (Beleidigung eines fremden Staates oder zwischenstaatlicher Organisationen) oder auch Art. 3 lit. 1, 23 UWG (unvollständige öffentliche Ankündigungen über Konsumkredite), usw. Überspitzt könnte man sagen, die privilegierte Behandlung von Medienbeteiligten im Sinne von Art. 27 widerspreche bei allen Mediendelikten „dem Zweck, den der Gesetzgeber beim Erlass der entsprechenden Normen verfolgte“<sup>61</sup>. Damit würde das Medienstrafrecht auch in seiner neuen Fassung völlig aus den Angeln gehoben. Zumindest aber müsste man sich bei jedem der vorgenannten Straftatbestände aufs Neue fragen, ob auf ihn, durch Veröffentlichung in einem Medium erfüllt, Art. 27, 322<sup>bis</sup> anzuwenden wären oder nicht. Die Entscheidung könnte, ohne klare Kriterien, allein vom gewünschten Ergebnis her getroffen werden. Die Folge wäre, wie schon einleitend bemerkt, massive, rechtsstaatlich unannehmbare Rechtsunsicherheit.

1.3. Zu alledem kommt noch hinzu, dass höchst zweifelhaft sein kann, ob und inwieweit es um des erstrebten Ergebnisses willen überhaupt nötig ist, das Medienstrafrecht bei bestimmten Straftatbeständen auszuschalten. Die Antwort hängt davon ab, wer überhaupt Akteur der Kaskadenhaftung sein kann.

Nach Art. 27 in der Fassung, wie sie bis zum 1. 4. 1998 Geltung hatte, galt die Kaskadenhaftung allein für „andere an der Herstellung und Herausgabe des Presseergebnisses betei-

ligte Personen“<sup>62</sup>. Das besagt, dass Art. 27 aStGB nur Personen aus dem Bereich bestimmter Berufskategorien (Redaktoren, Verleger, Drucker) privilegieren bzw. für ihre typische Tätigkeit in einer gesetzlich bestimmten Reihenfolge subsidiär haf-ten lassen wollte. Das waren (und sind) nur Berufsleute, die durch ihre Tätigkeit Einfluss auf den Medieninhalt und dessen Veröffentlichung haben. Für diese Beschränkung sprach auch die Impressumsvorschrift von Art. 322 in der damaligen Fassung. Damit man im Fall der Nichtbelangbarkeit des Verfassers die erwähnten „Hintermänner“ leichter herausfinden konnte, mussten auf Druckschriften Verleger und Drucker bzw. verantwortliche Redaktoren angegeben werden, d.h. wiederum die Personen, die „an der Herstellung eines Presseergebnisses in Redaktion, Druckerei und Verlag“ beteiligt sind<sup>63</sup>. Wie bereits ausgeführt, kam die Kaskadenhaftung deshalb u.a. nicht zum Zug, wenn jemand, der nicht im Presseunternehmen tätig war, den Autor beeinflusste oder wenn die im Gesetz genannten Personen den Autor in einer Weise unterstützten, die über die unbedingt erforderliche presse-mässige Mitwirkung hinausging.

Nicht von der Kaskadenregelung erfasst werden sollte auch der Verbreiter eines Presseergebnisses, in der Meinung, dass die Verbreitung gegebenenfalls ein selbständiges Delikt darstelle. Dafür spricht, dass der Verbreiter weder in Art. 27 noch in Art. 322 genannt wurde. Hätte man ihn nicht nach den normalen,

61 So SCHLEIMINGER/METTLER, 2000, 1040.

62 RIKLIN, 1981, 189.

63 SCHULTZ, 1982, 309.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

sondern nach den Sonderregeln des Pressestrafrechts haften lassen wollen, so hätte er in diesen Bestimmungen erwähnt werden müssen, dies schon deshalb, weil sie den Presseverantwortlichen, wie schon dargelegt, nicht nur privilegiert, sondern im Kaskadenfall auch für das Verschulden des Autors haftbar gemacht haben. Das hat auch die juristische Literatur so gesehen. Verwiesen sei etwa auf das Pressestrafrechtsstandardwerk von CARL LUDWIG: „Unter den verantwortlichen Nachmännern *nicht* genannt ist der *Verbreiter*. Dieser tritt daher nie an die Stelle des Verfassers, sondern haftet ausschliesslich für allfällige Exzesse nach Massgabe seines Verschuldens.“<sup>64</sup> Nach SCHULTZ<sup>65</sup> wurde aus der wiederholten Verwendung des Begriffs „Veröffentlichen“ und „Erscheinen“ in Art. 27 aStGB geschlossen, dass Pressedelikte im Zeitpunkt der Veröffentlichung vollendet sind, d.h. in dem Zeitpunkt, in welchem das Presseerzeugnis der Post übergeben wird oder eine andere Art der Zustellung (wie das Austragen) beginnt. SCHULTZ betrachtet zwar das Vertragen von Presseerzeugnissen noch als pressemässige Mitwirkung, aber nur insoweit, wie es dabei um die Veröffentlichung geht<sup>66</sup>. Aber auch für ihn war der Verträger, da weder verantwortlicher Redaktor noch Verleger oder Drucker im Sinn von Art. 27 aStGB, kein subsidiär haftbarer

Akteur der Kaskadenhaftung<sup>67</sup>. Deshalb hat die Praxis weder die Post noch eine Verteilorganisation, einen Buchhändler, einen Kioskverkäufer, ein Plakatunternehmen oder einen Flugblattverteiler als Akteur der Kaskadenhaftung angesehen und nach Art. 27 aStGB subsidiär haftbar gemacht. Solche Outsider hafteten vielmehr nach den allgemeinen Verantwortlichkeitsregeln. So hätte z.B. ein Kioskverkäufer belangt werden können, der pornographische Hefte verkaufte, oder ein Buchhändler, der ein rassistisches Buch vertrieb. Zumeist wurde der Verbreiter trotzdem nicht belangt, weil er nicht vorsätzlich handelte oder weil ihm nicht zumutbar oder es nicht seine Aufgabe war, den Inhalt der Publikationen zu prüfen (wenn z.B. die Aufmachung des verbreiteten Presseprodukts nicht auf einen deliktischen Inhalt schliessen liess).

Was Art. 27 in seiner neuen Fassung anbetrifft, so bestand auch in dieser Hinsicht nicht die Absicht einer prinzipiellen Änderung, etwa dahin, die Kaskadenhaftung auf Personen auszudehnen, die ausserhalb eines verantwortlichen Medienunternehmens tätig sind und, wie Verbreiter, in irgendeiner Form an einem durch die Medien begangenen Delikt mitgewirkt haben. Nach dem Text von Art. 27 Abs. 2 ist subsidiär zum Autor der verantwortliche Redaktor bzw. jene Person nach Art. 322<sup>bis</sup> haftbar, die „für die Veröffentlichung verantwortlich ist“. Beide Normen setzen die Existenz eines Inhalts- bzw. Veröffentlichungsverantwortlichen voraus; es geht um Personen, die in diesem Sinne „me-

64 LUDWIG, 1964, 157.

65 SCHULTZ, 1982, 310.

66 Auch SCHWANDER, 1964, N 295 rechnete Verträger und Ablagehalter zum Pressedienst, wobei er offenbar an Personen dachte, die mit dem Presseunternehmen liiert sind.

67 SCHULTZ, 1982, 308.

dienspezifisch“ mitwirken. Und Art. 322 spricht von der Pflicht der Medienunternehmen, die Identität *des* (im Sinne von Art. 27 Abs. 2 und 3) Verantwortlichen bekannt zu geben. Gemeint sein kann dabei nur ein Unternehmen, das an der Entstehung eines Medienerzeugnisses (medienspezifisch) mitwirkt, an einem Prozess, der mit der Veröffentlichung des Medienprodukts endet und für den eben nur eine bestimmte Person, unter Ausschluss aller anderen Mitarbeiter, haftbar ist. Verantwortlich sind auch nicht die Medien als solche, das Fernsehen, das Radio oder die Presse, sondern allein entsprechende Unternehmen, wie etwa ein Verlag, der eine Zeitung herausgibt.

Bei sinngemässer Interpretation des neuen Medienstrafrechts sollte im Ergebnis also ausser Frage stehen, dass sich die Kaskadenhaftung nur auf Personen bezieht, die auf den Medieninhalt und dessen Veröffentlichung Einfluss haben und deshalb für ihn (mit-)verantwortlich sind. Medienbeteiligter in diesem Sinne ist unter anderem nicht der Buchhändler, der erst nach der Veröffentlichung eines Buches tätig wird. Im Falle BGE 125 IV 206 wäre es daher gar nicht nötig gewesen, die Anwendung von Art. 27, 322<sup>bis</sup> bei Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 generell auszuschliessen, um den Buchhändler für die (vorsätzliche) Verbreitung eines Buches mit antisemitischem Inhalt strafrechtlich haftbar zu machen. Das hätte vielmehr, wie das Bundesgericht offenkundig übersehen hat, ohnehin nach den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung geschehen können. Insofern kann die Orientierung am erwünschten Ergebnis sogar doppelt in die Irre führen.

## 2. Die medienstrafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

Vor diesem (unsicheren) Hintergrund des prinzipiellen Anwendungsbereichs von Art. 27, 322<sup>bis</sup> ist die speziellere Frage zu entscheiden, ob und inwieweit die Mitwirkung an Veröffentlichungen im Internet dem Medienstrafrecht unterliegt.

2.1. Dabei besteht zunächst Einigkeit darüber, dass auch das Internet, neben der Presse und anderen Drukkerzeugnissen, neben Radio, Fernsehen und Film, ein Medium im Sinne des Gesetzes ist.

Bei den Vorarbeiten zum neuen Medienstrafrecht vermerkte die Expertenkommission für eine Mediengesamtkonzeption in ihrem Bericht von 1982, die Wissenschaft kenne keine allgemein akzeptierte Definition dieses Begriffs. Sie beschränkte sich auf die Feststellung: „Medien vermitteln einem bestimmten oder unbestimmten Publikum Informationen (Botschaften). Dieser Vorgang wird von Einzelpersonen oder Institutionen organisiert. Medien benötigen dazu eine Infrastruktur.“<sup>68</sup> Darauf verwies die Studienkommission Medienstraf- und Verfahrensrecht in ihrem der BOTSCHAFT vorangehenden Bericht vom April 1991<sup>69</sup>. Das Internet wurde nicht explizit erwähnt, aber gesagt, dass die Kaskadenhaftung mit der Revision auch

<sup>68</sup> MGK-Bericht, 3.

<sup>69</sup> BERICHT STUDIENKOMMISSION, 54 f.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

auf andere Medien als die Presse, namentlich die elektronischen Medien, ausgedehnt werden sollte<sup>70</sup>. Die bundesrätliche BOTSCHAFT endlich verzichtete ebenfalls auf eine Definition der Medien, nannte aber Beispiele und darunter ausdrücklich das Internet<sup>71</sup>. Infolgedessen geht auch das GUTACHTEN davon aus, dass das Internet als (Massen-)Medium prinzipiell vom neuen Medienstrafrecht erfasst wird<sup>72</sup>.

2.2. Die eigentlich kritische Frage ist unter diesen Umständen die, wer von denjenigen, die einen Zugang zum Internet vermitteln, als „für die Veröffentlichung verantwortlich“ im Sinne von Art. 27 Abs. 2, 322<sup>bis</sup> zu gelten hat. Das GUTACHTEN beruft sich insoweit auf die Botschaft: Sie habe auch den blossen Verbreiter von Informationen als möglichen Verantwortlichen im Sinne jener Bestimmungen bezeichnet und den Internet-Provider als explizites Beispiel genannt<sup>73</sup>. Der Wille des historischen Gesetzgebers kann hier jedoch schon deshalb nicht den Ausschlag geben, weil er, wie das GUTACHTEN einräumt, „das Phänomen «Internet» möglicherweise nicht in allen Details überblickte“<sup>74</sup>. Überdies ist das Gesetz nach der Praxis des Bundesgerichts in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen; nur wenn es unklar ist, soll die Entstehungsgeschichte zur Bestimmung seines Inhalts Bedeutung er-

halten<sup>75</sup>. Die Frage bedarf daher näherer Erörterung.

Der Ausgangspunkt des GUTACHTENS liegt in der These, das System des Art. 27 gehe davon aus, dass für eine strafrechtlich relevante Veröffentlichung „immer jemand grundsätzlich verantwortlich ist und vor Gericht gestellt werden kann“<sup>76</sup>. Damit werden alle Schranken eingeebnet, die für das Medienstrafrecht schon in seiner früheren Fassung gegolten haben. So wird auf der einen Seite zwar ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei der nach Art. 322<sup>bis</sup> subsidiär strafbaren Person „nur um jemanden handeln [kann], der tatsächlich Verantwortung trägt“<sup>77</sup>. Ob das der Fall sei, hänge namentlich davon ab, ob die betreffende Person „für die Veröffentlichung tatsächlich Verantwortung trägt, also die Vorgänge überwachen und notfalls einschreiten kann“<sup>78</sup>. Praktisch im selben Atemzug wird jedoch aus der Prämisse, dass das Medienstrafrecht grundsätzlich kein völliges Fehlen von Verantwortlichen zulasse, die Folgerung gezogen, es müsse (notfalls) „auf diejenigen gegriffen werden, die auf der technischen Ebene die Veröffentlichung erst ermöglichen“, wenn über oder neben dem Autor niemand sei, der für den Inhalt Verantwortung tragen kann<sup>79</sup>. Damit wird die Verantwortung jedoch ins Uferlose ausgedehnt. Das Internet ist an sich ein rein techni-

70 BERICHT STUDIENKOMMISSION, 4.

71 BOTSCHAFT, 527, 549.

72 GUTACHTEN, 7 ff.

73 BOTSCHAFT, 552; GUTACHTEN, 12.

74 GUTACHTEN, 7.

75 Vgl. BGE 69 IV 10; 74 IV 210; 80 IV 160 f. Vgl. zum Ganzen auch RIKLIN, 1997, § 3 N 24.

76 GUTACHTEN, 13, 14.

77 GUTACHTEN, 13.

78 GUTACHTEN, 16.

79 GUTACHTEN, a.a.O.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

ches Netzwerk aus verschiedenen miteinander verknüpften Computern. Es bildet in seiner technischen Substruktur kein Medium, mit der Folge, dass jeder, der an den entsprechenden technischen Prozessen mitwirkt, für seinen Inhalt verantwortlich wäre, auch wenn er etwa nur einen PC angeschlossen hätte. Das Gegenteil lässt auch nicht damit rechtfertigen, dass der Medienverantwortliche nach Art. 322<sup>bis</sup> nur noch für sein eigenes Verschulden, nicht mehr für das des Autors, einzustehen hat<sup>80</sup>. Aus den Materialien geht klar hervor, dass diese Bestimmung den Kreis der Medienverantwortlichen keineswegs erweitern, sondern eben nur den Widerspruch der früheren Regelung zum Schuldprinzip beseitigen sollte<sup>81</sup>.

Eine andere wichtige Schranke, die mit Hilfe jener fragwürdigen Prämisse beseitigt werden soll, betrifft die Auslandstaten. Art. 27 war unbestritten nur auf inländische Presseerzeugnisse anwendbar<sup>82</sup>. Heute ist zumindest völlig offen, ob sich das Medienstrafrecht auf eine Internet-Veröffentlichung beziehen kann, wenn Autor und Server als allenfalls dafür verantwortliche Personen im Ausland sind und die Einspeisung ebenfalls dort erfolgte. Es dürfte sich dann um ein ausländisches Medienerzeugnis handeln. Nach dem GUTACHTEN soll in solchem Fall „die Suche nach einem subsidiär Verantwortlichen notwendigerweise“ weitergehen, unter Einschluss insbesondere auch des

Access-Providers<sup>83</sup>. Das steht in klarem Widerspruch zum Gesetzestext. Art. 27 Abs. 2 regelt nur den Fall, dass der *Autor* nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann. Er spricht nicht davon, dass dies auch gelten soll, wenn *andere* für die Veröffentlichung verantwortliche Personen nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden können. Das eigenwillige, auch mit der ratio des Pressestrafrechts kaum vereinbare Konzept des Gutachtens führt demgegenüber zu der völlig neuartigen Unterscheidung zwischen subsidiär Verantwortlichen verschiedener Ordnung. Im ersten Rang stünden etwa der Buchverleger, der Leiter eines Anzeigenblattes oder der Content-Provider, im zweiten der Buchhändler, der Zeitungsvertrieb und der Hosting-Provider usw., mit der Massgabe, dass jeweils Personen des nächsten Ranges vor Gericht zu stellen wären, wenn es bei denen des vorhergehenden Ranges aus irgendwelchen Gründen nicht geht. Auch aus den Materialien (Bericht der Studienkommission, BOTSCHAFT, parlamentarische Beratungen) ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine so grundlegende Änderung des medienstrafrechtlichen Systems beabsichtigt gewesen wäre.

Vielleicht ist es sinnvoll, das noch dadurch zu illustrieren, dass man jenes Konzept hypothetisch auf andere Medien überträgt. Dann wäre das Presseerzeugnis in seiner materiellen Erscheinung das Medium, und jeder, der einen kausalen, tatfördernden Beitrag zu seiner Herstel-

80 So aber das GUTACHTEN, 18.

81 Vgl. BOTSCHAFT, 550.

82 LUDWIG, 1964, 160; SCHULTZ, 1982, 307.

83 GUTACHTEN, 13, 17 ff.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

lung oder Verbreitung liefert, betriebe ein Presseunternehmen, also auch die Post, ein Verteildienst oder ein Kioskinhaber, und müsste einen für die Kontrolle Verantwortlichen und damit diejenige Person bezeichnen, die haftbar wäre, wenn ein subsidiär Verantwortlicher „erster Ordnung“, wie der Verleger, Redaktor oder Drucker, nicht bekannt wäre oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden könnte. Bei Radio und Fernsehen hätte das die Konsequenz, das z.B. auch der Inhaber einer Gemeinschaftsantenne oder ein Kabelunternehmen, das an der Verbreitung entsprechender Programme beteiligt ist, prinzipiell nach Art. 27, 322<sup>bis</sup> strafbar wären, sofern sie deren strafrechtlich relevanten Inhalt immerhin hätten erkennen können. Dabei ginge die Haftung nach Art. 322<sup>bis</sup>, notabene, weiter als jede Haftung für Gehilfenschaft, insofern sie auch Fahrlässigkeit einschliesst.

2.3. Fasst man diese Überlegungen zusammen, so bedeuten sie, dass zumindest Access-Provider dem Medienstrafrecht nicht unterstehen. Sie entwickeln keine aktive Filterung oder eine der redaktionellen Tätigkeit ähnliche Aktivität. Sie haben keine Möglichkeit, auf den Inhalt der unendlichen Vielzahl von Internet-Seiten Einfluss zu nehmen, zu denen sie den Benutzern Zugang verschaffen. Sie sind keine Medienunternehmen im Sinne des Gesetzes. Sie fallen zudem auch deshalb nicht unter das Medienstrafrecht, weil sie gar nicht „Veröffentlicher“ sind. Sie vermitteln bloss punktuell den Zugang zum Internet und damit zu Informationen, die im Internet schon veröffentlicht sind. Sie sind bildlich gesprochen mit jemandem vergleichbar, der einer

alten Person, die nicht mehr gut lesen kann, eine Lesebrille zur Verfügung stellt, damit sie vom Inhalt einer (veröffentlichten) Zeitung Kenntnis nehmen kann. Wer nur den Zugang zu Internet-Inhalten vermittelt, kann nicht ein für die Veröffentlichung Verantwortlicher sein.

Wenn dies vom Bundesamt für Justiz mit den in seinem Gutachten vorgetragene Argumenten bestritten werden kann, dann besteht auch in dieser Hinsicht dringender Bedarf für eine Klarstellung durch den Gesetzgeber. Sollte die Frage, entgegen der hier für richtig gehaltenen Lösung im Sinne der medienstrafrechtlichen Haftung, etwa auch von Access-Providern, entschieden werden, so wären, wie in der einleitenden Übersicht bereits bemerkt, zahlreiche weitere Punkte zu klären, wie insbesondere die Voraussetzungen einer Fahrlässigkeitshaftung. Darauf wird hier erst an späterer Stelle eingegangen.

M. A. Niggli

## **B. Klassische Teilnahme (Gehilfenschaft)**

### **1. Die Argumentation des Gutachtens**

Das GUTACHTEN äussert sich zur Frage der Strafbarkeit von Internet-Providern bei Delikten, die nicht unter das Medienstrafrecht im Sinne von Art. 27 fallen, nur sehr kurz.<sup>84</sup> Es bemerkt dazu, dass bei "Medieninhaltsdelikten, die nicht unter die Sonderregeln von Art. 27 Abs. 2 fallen [...], für den Access-Provider, wie bereits in der Zeit vor Inkrafttreten des Medienstrafrechts, die (tendenziell weniger günstigen) Regeln über die Teilnahme, zumal über die Gehilfenschaft, gelten".<sup>85</sup> Was die Frage anbetrifft, welche Medieninhaltsdelikte nicht unter Art. 27 fallen sollen, so stellt das Gutachten auf die hier bereits erörterte Entscheidung BGE 125 IV 206 ab<sup>86</sup>. Bei ihnen sollen die "allgemeinen Regeln über die Teilnahme" Anwendung finden<sup>87</sup>, wobei insbesondere das sogenannte Telekiosk-Urteil des Bundesgerichtes<sup>88</sup> für massgeblich erklärt wird. Danach seien Access-Provider als

Gehilfen zur Haupttat strafbar, "wenn sie trotz Kenntnis des deliktischen Internet-Inhalts nicht die erforderlichen Massnahmen [träfen], um die Weiterverbreitung dieses Inhalts zu ihren Kunden zu unterbinden."<sup>89</sup> Zentral für die Annahme einer strafbaren Gehilfenschaft sei hier die „Kenntnis“ des Providers, und dafür reiche jedenfalls der Hinweis einer Strafverfolgungsbehörde auf konkrete Netzinhalte aus, während Mitteilungen Privater diese Voraussetzungen wohl nur ausnahmsweise erfüllten<sup>90</sup>.

### **2. Gilt die Argumentation des Telekiosk-Entscheides auch für Internet-Provider?**

Zu erörtern ist demgemäss zunächst, ob sich die strafbare Gehilfenschaft von Internet-Providern tatsächlich mit dem Telekiosk-Entscheid begründen lässt. Das dürfte mit erheblichen Zweifeln behaftet sein.

Das Bundesgericht führt in diesem Entscheid nämlich aus, dass der Direktor der PTT die Einführung des Telekioskes 156 angeordnet habe, woraufhin die notwendigen Installationen vorgenommen worden seien. Dass eine derartige Installation hätte legal sein können, wenn sie durch entsprechende Vorsichtsmassnahmen begleitet gewesen wäre,<sup>91</sup> lasse aus der Handlung keine Unterlas-

84 GUTACHTEN, 27 f.

85 GUTACHTEN, 28.

86 GUTACHTEN, 28 sowie 11; vgl. dazu ausführlich vorn II A 1.2.2.

87 GUTACHTEN, 27.

88 BGE 121 IV 109.

89 GUTACHTEN, 28.

90 GUTACHTEN, 28.

91 BGE 121 IV 109, 120 E. 3b.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

sung werden. Der Beschwerdeführer habe seine Anordnung auch nach Information durch die Staatsanwaltschaft nicht widerrufen, weshalb die Installationen gemäss seinen Anordnungen weiterhin regelmässig den Benutzern offengestanden seien<sup>92</sup>. Der Beschwerdeführer habe entschieden, möglichst lange einen speziellen Service zur Verfügung zu stellen, der Leistungen bot, die weit über die üblichen Telephoninstallationen hinausgingen und durch die die PTT beträchtliche Gewinne realisiert habe. Es sei besonders zu betonen, dass es sich dabei in keiner Weise um eine übliche Geschäftsoperation gehandelt habe (unter Verweis auf BGE 119 IV 289 E. 2c), sondern vielmehr um eine ganz spezifische Leistung, die nur die PTT anbieten konnten<sup>93</sup>.

Bezogen auf Internet-Provider ergeben sich damit beträchtliche Unterschiede:

- Zum einen erscheint deutlich, dass die Betätigung als Internet-Provider zweifellos legal ist, und zwar auch ohne dass der Provider irgendwelche – seine Tätigkeit begleitende – Vorsichtsmassnahmen trafe.
- Im Unterschied zum Telekiosk-Service der damaligen PTT stellen Internet-Provider bzgl. der fraglichen Straftatbestände auch überhaupt keine speziellen Dienste zur Verfügung, die über die üblichen Dienstleistungen hinausgingen und in illegaler Weise genutzt werden könnten. Was die

illegale Nutzung bzw. Einspeisung illegaler Inhalte ins Internet betrifft, so erfolgt diese Nutzung über die absolut üblichen Dienstleistungen der Provider.

- Im Unterschied zum Telekiosk-Dienst der ehemaligen PTT realisieren Internet-Provider dadurch, dass sie ihre Dienstleistungen offerieren, auch keine unterschiedlichen Gewinne, wenn diese Dienste illegal genutzt werden. D.h. ein Internet-Provider bietet – anders als die Telekiosk-Dienste der ehemaligen PTT – keine speziellen Dienste an, in deren Rahmen eine illegale Tätigkeit möglich wäre, die im Rahmen der üblichen Dienste nicht möglich wäre.
- Und schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das (dem Bundesgericht offenbar besonders wichtige) Argument, gemäss welchem die Installation des Telekioskes keine übliche Geschäftsoperation, sondern eine ganz spezifische Leistung sei, welche nur die PTT anbieten konnte, auf Internet-Provider gerade nicht zutrifft. Gerade weil die illegale Nutzung bzw. die Einspeisung illegaler Inhalte ins Internet im Rahmen der völlig üblichen Dienstleistungen der Internet-Provider stattfindet, lässt sich das Anbieten eines Internet-Zuganges bezogen auf legale Inhalte vom Anbieten eines Internet-Zuganges bezogen auf illegale Inhalte überhaupt nicht unterscheiden. D.h. anders als im Telekiosk-Service werden illegale Inhalte allein schon dadurch zugänglich, dass der Internet-Provider seine legale Dienstleistung (also gerade eine übliche Geschäftsoperation

92 a.a.O.

93 BGE 121 IV 109, 121 E. 3c.

### Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

im Sinne des erwähnten Bundesgerichtsentscheides) erbringt.

- Gerade wenn man also auf den vom Bundesgericht auch im Telekiosk-Entscheid<sup>94</sup> als massgeblich erachteten früheren Entscheid abstellt, der die Frage nach der harmlosen Gehilfenschaft stellt und für den zu entscheidenden Fall (Antilopenfleisch) verneint<sup>95</sup>, wird der Unterschied der bisherigen Sachverhalte, die es zu entscheiden galt, im Verhältnis zur Frage der Strafbarkeit von Internet-Providern überdeutlich. Im fraglichen Entscheid nämlich führt das Bundesgericht aus: "In einer derartigen Situation, wo der Verkäufer weiss, dass der Abnehmer die bezogene Ware praktisch nur illegal verwenden kann, rechtfertigt es sich nicht, die Strafbarkeit der Teilnahme unter dem Gesichtspunkt der Eigenverantwortung des Haupttäters einzuschränken".<sup>96</sup> Die beschriebene Situation trifft indes auf den Internet-Provider gerade nicht zu, denn dieser weiss gerade nicht, dass seine Nutzer die angebotene Dienstleistung praktisch nur illegal verwenden können. Vielmehr verwenden die üblichen Nutzer die angebotene Dienstleistung eben in erdrückender Mehrheit völlig legal.
- Bemerkenswert scheint schliesslich, dass die per Dezember 1993 in Kraft gesetzte Änderung der Verordnung über Fernmeldedien-

ste (FDV)<sup>97</sup>, in deren Art. 18a der Anbieter eines erweiterten Dienstes verpflichtet wurde, keine rechtswidrigen Nachrichten zum Abruf bereit zu halten (insbesondere Gewaltdarstellungen, pornographische Aufnahmen und Aufrufe zu Gewalt), mit der Inkraftsetzung der gegenwärtig gültigen Fassung der FDV per 1. Januar 1998 ersatzlos gestrichen wurde. Weil damit der Gesetzgeber eine bestehende, ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestrichen hat, dürfte zumindest fraglich sein, ob eine entsprechende Verpflichtung der Anbieter alleine aufgrund des Telekiosk-Entscheides weiterhin besteht oder ob der vermeintliche oder vermutliche Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen wäre.

Danach scheint – anders als es das GUTACHTEN suggeriert – überhaupt nicht geklärt, ob der Telekiosk-Entscheid des Bundesgerichtes<sup>98</sup> für Internet-Provider irgendwelche Relevanz haben könnte. Vielmehr bestehen – gerade aufgrund der Argumentation des Bundesgerichtes – deutliche Anhaltspunkte dafür, dass im Falle von Internet-Providern die Frage der sogenannten harmlosen Gehilfenschaft tatsächlich von zentraler Bedeutung wäre. Ob die Anwendung der Rechtsfigur der harmlosen Gehilfenschaft im Hinblick auf Internet-Provider verneint würde, ist dabei keineswegs klar.

94 BGE 121 IV 109.

95 BGE 119 IV 289, insbesondere 292 f., E. 2c.

96 BGE 119 IV 289, 294, E. 2c/cc.

97 FDV, SR 784.101.1; AS 1993, 3134.

98 BGE 121 IV 109.

### 3. Ist der Tatbeitrag der Internet-Provider als harmlose Gehilfen- schaft zu qualifizie- ren?

Die Frage nach der harmlosen Gehilfenschaft und den Kriterien ihrer Anwendung ist nach wie vor strittig<sup>99</sup>. Anders als es das GUTACHTEN suggeriert, ergeben sich allerdings deutliche Hinweise, dass nach der bisherigen Praxis bzw. Argumentation des Bundesgerichtes die harmlose Gehilfenschaft im Falle von Internet-Providern bejaht werden könnte /müsste.

In den Fällen, in welchen das Bundesgericht die Frage der harmlosen Gehilfenschaft bisher angeschnitten hat, konnte oder musste es sie nicht endgültig klären. Dies insbesondere deshalb, weil in den in jüngerer Zeit zu beurteilenden Fällen (Antilopenfleisch<sup>100</sup> bzw. Tötung im Auto<sup>101</sup>) die fraglichen – an sich legalen – Handlungen zweifelsfrei auch einen deutlich illegalen Aspekt aufwiesen (d.h. ein unerlaubtes Risiko schufen), der über das legale Handeln hinausging<sup>102</sup>: im Falle des Antilopenfleisches der Verkauf solchen Fleisches im Bewusstsein, dass es dafür in der Schweiz praktisch keine

legale Verwendungsmöglichkeit gab; im Falle der Tötung im Auto das Weiterfahren, obwohl auf dem Rücksitz des Wagens eine Person getötet wurde, was deren Fluchtchancen ohne Zweifel direkt minderte.

Anders als in diesen Fällen wird das Bundesgericht die Frage bei der Gehilfenschaft durch Internet-Provider nicht offen lassen können<sup>103</sup>. Besonders bedeutsam erscheint dabei, dass es selbst bereits in BGE 119 IV 289, 292 ff. festgestellt hat, dass subjektive Gesichtspunkte nicht allein entscheidend sein können<sup>104</sup>, sondern dass die in Frage stehenden Handlungen auch ein Risiko schaffen müssen, das über das zulässige Mass hinausgeht. Im Telekiosk-Entscheid<sup>105</sup> hat das Bundesgericht erneut auf diese Argumentation verwiesen und sie als relevant erachtet, auch wenn es die Handlungen des PTT-Direktors nicht als neutral qualifiziert hat. Im Falle von Internet-Providern wird das Gericht demgegenüber – anders als im Telekiosk-Entscheid – nicht darauf verweisen können, dass die in Frage stehende Handlung (Angebot einer Ware oder Dienstleistung) von spezifischem Charakter sei. Für die Problematik der Strafbarkeit von Internet-Providern ist vielmehr typisch, dass sie allein durch die Aufnahme ihrer Tätigkeit bzw. das Herstellen eines Zugangs zum Internet zwingend alle dadurch zugänglichen Inhalte ebenfalls zugänglich machen. Es handelt sich mithin im Bereich der Internet-

99 Vgl. dazu etwa SCHILD-TRAPPE, 1995; WOHLERS, 1999, sowie STRATENWERTH, 1996, § 13 N 115; vgl. ferner BGE 119 IV 289, 292 ff. E. 2c m.N.

100 BGE 119 IV 289.

101 BGE 120 IV 265.

102 Vgl. für weitere Fälle BGE 114 IV 112; 111 IV 32; 109 IV 147.

103 So aber BGE 120 IV 265, 272 E. 2c/aa.

104 Vgl. dazu STRATENWERTH, 1996, § 13 N 115.

105 BGE 121 IV 109.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

Provider gerade nicht um tatspezifische Beiträge, die das deliktische Handeln des Haupttäters in einer besonderen Art und Weise ermöglichen würden (wie z.B. das Weiterfahren trotz der Tötung eines Dritten oder der Verkauf einer Ware, die legal kaum in grossen Mengen abgesetzt werden kann), sondern um einen völlig unspezifischen Tatbeitrag, der in gänzlich legalem Handeln besteht.

Da der fragliche Tatbeitrag (das Zurverfügungstellen eines Zuganges zum Internet) nicht als tatspezifisch erscheint (d.h. nicht per se als Schaffung eines unerlaubten Risikos qualifiziert werden kann), stellt sich folglich die Frage, warum eine Gehilfenschaft nur bei Internet-Providern anzunehmen wäre und nicht mit derselben Berechtigung auch bei denjenigen Personen, welche die Leitungen zur Verfügung stellen (Network- und Backbone-Provider). Dies würde selbst im Hinblick auf völlig normale Telephonleitungen gelten, nachdem inzwischen doch ein beträchtlicher Teil dieser Leitungen auch zur Datenübertragung benutzt wird. Hinzu käme selbstverständlich dieselbe Frage hinsichtlich der Produzenten, Importeure und Verkäufer von Modems, da ja auch hinsichtlich dieser Gerätschaften unzweifelhaft feststeht, dass sie zum Zweck des Datenverkehrs (insbesondere und vor allem über das Internet) verwendet werden.

Die Tatbeiträge aller genannten Personen sind allesamt legal und in etwa gleich tatspezifisch oder tatunspezifisch. Wollte man eine Unterscheidung zwischen Internet-Providern (d.h. zumindest Access-, Service- und Host-Providern) einerseits und dem übrigen Personenkreis, der

die Internet-Delikte kausal fördert, andererseits treffen, so könnte höchstens die grössere Möglichkeit von Kontrollen auf Seiten der Internet-Provider als Argument angeführt werden. Spricht man aber diesen Aspekt an, so ist damit auch gesagt, dass es die Unterlassung von Kontrollen ist, welcher die Internet-Provider von allen anderen tatfördernden Personen unterscheidet. Damit aber wäre deutlich, dass es sich beim vorliegenden Problem um eine Unterlassung handelt,<sup>106</sup> was seinerseits die schwierige Frage einer Garantenstellung der Internet-Provider nach sich ziehen würde.

### 4. Schwierigkeiten mit Internet-Providern, die im Ausland ansässig sind

Selbst wenn man aber allem vorstehend Ausgeführten zum Trotz den Tatbeitrag von Internet-Providern als Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 qualifizieren wollte, bliebe unklar, wie verfahren werden sollte, wenn der fragliche Provider vom Ausland aus handelt. Grundsätzlich nämlich steht es jedermann frei, Provider-Dienstleistungen auf dem schweizerischen Markt anzubieten<sup>107</sup>.

106 Im erwähnten Entscheid BGE 121 IV 109, 120, E. 3b noch offengelassen und im Sinne einer Handlung entschieden.

107 Einschränkungen finden sich in Art. 4 Fernmeldegesetz, FMG, vom 30. April 1997, SR 784.10, und Art. 2 ff. der zugehörigen Verordnung über Fern-

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern**

Durchaus möglich erscheint dementsprechend, dass ein Provider ausschliesslich vom Ausland aus tätig ist (z.B. Real Networks [real.com], Napster [napster.com], MP3 [mp3.com]). Will ein Provider mit hin z.B. nur sogenannte Application Hosting Services anbieten, d.h. z.B. als Hosting-Provider auftreten, dann bedarf er hierzu weder einer Bewilligung noch einer Zulassung in der Schweiz. Selbst wenn ein Provider aber (über die sogenannten Application Services hinaus) Fernmeldedienstleistungen (wie z.B. den Zugang zum Internet etc.) anbieten will, muss er sich hierfür einzig beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) registrieren lassen (Meldepflicht)<sup>108</sup>, wobei auch diese Meldepflicht entfällt, wenn der Provider seine Dienstleistungen vertraglich von einer Drittfirma bezieht, die ihrerseits gemeldet ist<sup>109</sup>. Einzig unter der Voraussetzung, dass der Provider selbst Fernmeldedienstleistungen erbringen (und diese Dienstleistungen nicht bei einem Dritten beziehen) will, benötigt er hierfür eine Konzession<sup>110</sup>.

Von wesentlicher Bedeutung erscheint, dass die notwendige Infrastruktur für fast alle Fernmeldedienste auch angemietet werden kann, weil für praktisch alle Dienste sogenannte Überkapazitäten bestehen,

meldedienste, FDV, vom 6. Oktober 1997, SR 784.101.1.

<sup>108</sup> Art. 4 Abs. 2 FMG.

<sup>109</sup> Art. 3 Abs. 1 FDV.

<sup>110</sup> Art. 4 Abs. 1 FMG. Gleiches gilt, wenn der Provider einen sogenannten Interkonnektionsvertrag mit der Swisscom abschliessen will: Art. 11 FMG und Art. 31 FDV.

die von den Eigentümern preiswert abgegeben werden (inklusive Rechnungsstellung, Inkasso oder Kunden-CallCenter). Damit ist es also nicht nur möglich, als Hosting-Provider ausschliesslich vom Ausland her in der Schweiz tätig zu sein, sondern sogar als Access-Provider, der den Zugang zum Internet überhaupt erst ermöglicht.

Bei dieser Sachlage nun ist überaus unklar, wie es strafrechtlich zu qualifizieren wäre, wenn der prima vista verantwortliche Provider (virtueller Service Provider) nicht nur seinen Sitz im Ausland hat, sondern auch seine gesamte Infrastruktur. Zweifelhafte scheint in einem solchen Fall allein schon die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts. Wollte man sie bejahen, so bliebe darüber hinaus abzuklären, ob gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit desjenigen schweizerischen Unternehmens bestünde, welches für den ausländischen Provider die entsprechenden Fernmeldedienstleistungen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen erbringt.

## 5. Was gilt bei illegalen Inhalten und Auslandstat?

Gehilfenschaft zu einer Auslandstat gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>111</sup> als ebenfalls im Ausland begangen. Das führt zu dem Problem, dass bei Verstössen gegen Art. 261<sup>bis</sup>, bei denen der Ort der Einspeisung nicht nachweislich oder

<sup>111</sup> BGE 108 Ib 303; 104 IV 86.

### Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

zumindest vermutungsweise in der Schweiz liegt, die (möglicherweise nicht widerlegbare) Vermutung besteht, dass z.B. in den USA oder Kanada gehandelt wurde. Trifft dies zu – oder lässt sich anderes nicht dar- tun –, dann handeln alle übrigen in der Schweiz involvierten Personen gemäss der eben erwähnten Bundesgerichtspraxis ebenfalls am Ort der Haupttat, d.h. sie handeln (nach schweizerischem Recht) nicht tatbestandsmässig und/oder rechtswidrig. Das heisst, dass in diesen Fällen gar keine strafbare Handlungen vorliegen, insbesondere im Bereich der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> nicht, und zwar weder vom Content-Provider noch vom Internet-Provider. Sämtliche Bestrebungen einer Sperrung der betreffenden Inhalte würden zumindest in diesem Bereich einer rechtlichen Grundlage entbehren und damit ins Leere laufen. Bereits die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens dürfte dann schwierig werden.

Nur der Vollständigkeit halber sei auf ein weiteres (weniger prominentes und möglicherweise weniger problematisches) Beispiel hingewiesen: Harte Pornographie umfasst nach deutschem Recht nur drei der vier schweizerischen Kategorien (Kinder, Gewalt, Tiere, nicht aber Fäkalien: § 184 Nr. 3 D-StGB). Dementsprechend würde sich im Bereich der harten Pornographie (sexuelle Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen) genau dasselbe Problem stellen.

Voraussetzung des vorstehend Gesagten bildet allerdings die Tatsache, dass die Haupttat im Ausland begangen worden ist. Fraglich ist damit in erster Linie, ob es beim Internet überhaupt Auslandstaten gibt, und wenn ja, unter welchen Bedin-

gungen die Haupttat (das Einspeisen illegaler Inhalte in das Internet) als Auslandstat zu qualifizieren sei. In dieser Frage besteht alles andere als Einigkeit. Ihre Beantwortung nämlich hängt von einer Vielzahl von Vorfragen ab.

Dabei geht es zunächst darum, ob die fraglichen Delikte als blosse Tätigkeitsdelikte oder als Erfolgsdelikte qualifiziert werden<sup>112</sup>. Nimmt man mit der h.L. an, dass zumindest ein Teil der über Internet zu verwirklichenden Delikte, insbesondere aber die drei bereits mehrfach erwähnten Tatbestände der Gewaltdarstellungen (Art. 135), der harten Pornographie (Art. 197 Ziff. 3) und der Rassendiskriminierung (Art. 261<sup>bis</sup>) blosse Tätigkeitsdelikte sind, dann kommt als Anknüpfungskriterium gemäss Art. 7 nur der Ort der Handlung (nicht aber der Erfolgsort) in Frage. Hinsichtlich des Ortes der Handlung wiederum stellt sich die Frage, ob er am Ort der Einspeisung ins Netz (Ort der physischen Handlung) oder aber am Ort des Servers, auf den die fraglichen Inhalte geladen werden, zu lokalisieren sei.

*Sofern* man hier davon ausgeht, dass massgeblicher Handlungsort der Ort der Einspeisung ins Netz (Ort der physischen Handlung) und nicht der Standort des Servers sei, auf den das fragliche Material geladen wird,<sup>113</sup> und *sofern* man weiter da-

112 Näher dazu SCHWARZENEGGER, 2000.

113 So in etwa ein unpublizierter Entscheid des Bundesgerichts (Entscheid der Anklagekammer, Nr. 8G.43/1999 vom 11. August 1999, Song-Texte, Art. 346), wiedergegeben in: WEISSENBURGER, 1999.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

von ausgeht, dass die fraglichen Delikte Tätigkeitsdelikte und nicht Erfolgsdelikte sind<sup>114</sup>, ergibt sich zumindest in bestimmten Bereichen Straflosigkeit sowohl des Content-Providers wie des Internet-Providers.

Wie die Rechtspraxis die genannten Voraussetzungen (Ort der Handlung; Deliktstypus der fraglichen Tatbestände) handhaben würde, lässt sich gegenwärtig nicht abschätzen und ist auch aufgrund des GUTACHTENS nicht zu ermitteln. Immerhin ist festzuhalten, dass die beiden Fragen nach dem Ort der Handlung und dem Deliktstypus der in Betracht kommenden Tatbestände nicht im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die Strafbarkeit von Internet-Providern beantwortet werden können oder dürfen, obschon von diesen rein dogmatischen Fragen eben die mögliche Strafbarkeit bzw. grundsätzliche Straflosigkeit von Internet-Providern abhängt.

## 6. Täterschaft oder Teilnahme?

Schliesslich ist noch einmal auf den bereits mehrfach erwähnten Telekommunikations-Entscheid<sup>115</sup> zurückzukommen. Entgegen dem GUTACHTEN, das auf der Grundlage dieses Entscheides die Frage der Strafbarkeit von Internet-Providern für beantwortet hält, erscheint es nötig, darauf hinzuweisen, dass er keine Antwort auf die Frage nach Täterschaft oder Teilnahme enthält. Das Bundesgericht

hatte nur zu prüfen, ob die Verurteilung des Direktors der PTT wegen Gehilfenschaft zur Verbreitung von unzüchtigen Veröffentlichungen im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 gegen Bundesrecht verstosse. Überhaupt nicht geprüft wurde dabei die Frage, warum das entsprechende Verhalten als Gehilfenschaft und nicht als Mittäterschaft zu qualifizieren sei. Betrachtet man aber die Fassung der fraglichen Tatbestände (Art. 135, Art. 197 und Art. 261<sup>bis</sup>), dann ist zumindest bei den Gewaltdarstellungen (Art. 135) und der Pornographie (Art. 197) eine Qualifikation als Gehilfenschaft nicht ohne weiteres einsichtig. Beide Tatbestände sprechen vom "Zugänglichmachen" entsprechender Inhalte. Bei der Rassendiskriminierung im Sinne von Art. 261<sup>bis</sup> sprechen die Tatbestände von "Aufrufen", "Verbreiten" oder "Fördern". Bei dieser Tatbestandsfassung bleibt die Frage, ob der Tatbeitrag eines Internet-Providers zum "Zugänglichmachen" illegaler Inhalte als Mittäterschaft oder Gehilfenschaft zu qualifizieren sei, gänzlich davon abhängig, welche dogmatische Position man zur Abgrenzung von Mittäterschaft/Gehilfenschaft vertritt<sup>116</sup>. Abhängig wiederum von der Qualifikation als Mittäterschaft / Gehilfenschaft präsentiert sich sodann die Frage nach der geographischen Anknüpfung bei der Auslandstat, auf die vorstehend bereits eingegangen worden ist.

114 Was umstritten ist.

115 BGE 121 IV 109.

116 Vgl. dazu eingehend STRATENWERTH, 1996, § 13 N 45 ff. mit Nachweisen.

M. A. Niggli / Franz Riklin

## C. Die Aufforderung zur Sperrung

### 1. Die Argumentation des Gutachtens

Das GUTACHTEN vertritt an verschiedenen Stellen die Auffassung, dass eine Strafbarkeit des Access-Providers sowohl im Bereich des Medienstrafrechtes wie nach den allgemeinen Regeln über die Teilnahme jedenfalls nur dann anzunehmen sei, wenn er vom Bestehen eines strafbaren Internetinhalts Kenntnis habe<sup>117</sup>. Diese Kenntnis sei im Medienstrafrecht – infolge der Stellung des Access-Providers als bloss subsidiär Verantwortlicher "zweiter Ordnung"<sup>118</sup> – nicht leicht hin anzunehmen und jedenfalls nicht zu vermuten. Vielmehr müsse dem Access-Provider ein konkreter, verläSSLicher Hinweis auf den strafbaren Inhalt zugekommen sein, den er nach der Annahme des GUTACHTENS von Seiten Dritter erhält<sup>119</sup>. Dasselbe soll analog im Bereich der klassischen Teilnahme gelten. Hier erachtet es das GUTACHTEN jedenfalls als genügend, wenn der Hinweis von einer Strafverfolgungsbehörde auf konkrete Netzinhalte erfolgt<sup>120</sup>. Im Bereich des Medienstrafrechtes wird

demgegenüber einmal gesagt, dass nur Hinweise schweizerischer Strafverfolgungsbehörden genügen könnten<sup>121</sup>, und ein andermal, dass der Hinweis von jeder Instanz der Strafrechtspflege ausgehen könne<sup>122</sup>. Selbst Hinweise Privater hält das GUTACHTEN für genügend, wenn auch nur ausnahmsweise<sup>123</sup>. Sie sollen im übrigen für die Vorsatz- wie für die Fahrlässigkeitshaftung in gleicher Weise erforderlich sein<sup>124</sup>.

In beiden Bereichen (Medienstrafrecht und klassische Teilnahme) bleibt die Position des GUTACHTENS allerdings eigenartig unbestimmt. Für das Medienstrafrecht etwa führt das GUTACHTEN aus: "*In praxi* dürften in erster Linie konkrete, möglicherweise mit Aufforderungscharakter versehene Hinweise von schweizerischen Strafverfolgungsbehörden diesen Ansprüchen genügen"<sup>125</sup>. Und im Bereich der klassischen Haftung analog: "Vorsatzrelevant sind diese Hinweise Dritter nur, wenn sie *konkret* sind und aus einer *verlässlichen* Quelle stammen. Das heisst nicht, dass nur ein rechtskräftiges Gerichtsurteil den Vorsatz begründen könnte. Als ausreichend ist aber jedenfalls – und im Sinn des Telekiosk-Urteils – der Hinweis einer *Strafverfolgungsbehörde* auf konkrete Netzinhalte zu beurteilen. Mitteilungen *Privater* erfüllen dagegen – wie schon bei der

117 GUTACHTEN, 21, 24 f., 28.

118 GUTACHTEN, 26.

119 GUTACHTEN, 26 und 28.

120 GUTACHTEN, 28.

121 GUTACHTEN, 27.

122 GUTACHTEN, 21.

123 GUTACHTEN, 28.

124 GUTACHTEN, 24.

125 GUTACHTEN, 26 f. unter Verweis auf RIKLIN, 1996, Information Highway, 586 sowie HEINZMANN/OCHSENBEIN, 1998, 519. Hervorhebungen im Original.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

medienstrafrechtlichen Verantwortlichkeit – wohl nur ausnahmsweise die Voraussetzungen.<sup>126</sup> Diese Formulierungen zeigen bereits an, dass auch das Bundesamt für Justiz in dieser Frage durchaus Zweifel hat.

So löblich also das Bestreben des GUTACHTENS sein mag, die Kriterien der strafrechtlichen Haftung des Access-Providers zu formalisieren und den Schwierigkeiten einer Kontrolle von Internet-Inhalten Rechnung zu tragen, so wenig kann die Frage damit als geklärt gelten. Sie bedarf sowohl im Blick auf das geltende Recht wie auf eine wünschbare gesetzliche Regelung weiterer Diskussion. Unklar ist insbesondere,

- ob eine aktive Pflicht zur Suche nach illegalen Inhalten besteht,
- welche Behörden für eine Mitteilung zuständig sein sollen oder ob eine Mitteilung Privater ausreicht,
- und wie verlässlich der entsprechende Hinweis sein muss.

## 2. Pflicht zur aktiven Suche durch die Provider?

Das GUTACHTEN geht, wie gesagt, davon aus, dass ein Provider jedenfalls nur dann strafbar sein kann, wenn er von einem *Anderen* über die Existenz eines rechtswidrigen Inhaltes informiert wurde, wobei diese

Information konkret und verlässlich sein müsse. Eine solche Lösung mag in hohem Grade erwünscht sein. Sie ist dogmatisch jedoch keineswegs unanfechtbar.

Der Täter muss zwar, nach den allgemeinen Regeln, sowohl bei direktem Vorsatz wie Eventualvorsatz um die Möglichkeit *wissen*, dass er den Straftatbestand erfüllen könnte, und dasselbe gilt bei bewusster Fahrlässigkeit. Nur bei unbewusster Fahrlässigkeit wird ihm vorgeworfen, diese Möglichkeit pflichtwidriger Weise nicht bedacht zu haben. Keineswegs aber gehört es zu den üblichen Erfordernissen, dass er dieses Wissen durch Hinweise Anderer erworben haben müsse. Vielmehr besteht durchaus die Gefahr, dass dem Provider ein Eventualvorsatz schon deshalb zur Last gelegt werden könnte, weil immerhin allgemein bekannt ist, dass sich im Internet auch zahlreiche strafrechtlich relevante Inhalte finden. Wollte der Provider einen solchen Vorwurf mit Sicherheit ausschliessen, so müsste er versuchen auszuschliessen, dass das auch bei den von ihm vermittelten Inhalten der Fall ist. Dasselbe gilt für eine Haftung wegen (bewusster oder unbewusster) Fahrlässigkeit.

Das GUTACHTEN stützt sich denn auch wesentlich darauf, dass "die Fülle der über das Internet verbreiteten Informationen [...] zu gross [ist], als dass ein Provider auch nur halbwegs die Übersicht darüber haben könnte. Es ist ihm weder möglich noch zumutbar, im grossen Stil Kontrollen durchzuführen"<sup>127</sup>. Demge-

126 GUTACHTEN, 28. Hervorhebungen im Original.

127 GUTACHTEN, 20 unter Verweis auf RIKLIN, 1996, Information Highway,

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

genüber ist festzuhalten, dass es einem Provider selbstverständlich *möglich* ist, in grossem Stil Kontrollen durchzuführen. Was sich stellt, ist allein die Frage nach der *Zumutbarkeit* solcher Kontrollen. Sie aber ist eine Frage der Wertung, die von der Strafjustiz unter Berücksichtigung aller ihr wichtig scheinenden Faktoren nach ihrem Ermessen zu beantworten wäre. Das Resultat einer solchen Wertung kann vorerst nicht abgesehen werden.

Noch deutlicher wird der Wertungscharakter der Entscheidung bei einer Fahrlässigkeitshaftung, die allerdings nur im Medienstrafrecht von Bedeutung ist (Art. 322<sup>bis</sup> Satz 2). Das GUTACHTEN führt hierzu korrekt aus, dass keine spezifische Rechtsquelle bestehe, die die Sorgfaltspflichten umschreiben würde, die einem Provider obliegen<sup>128</sup>. Korrekt ist auch die weitere Feststellung, dass sich immerhin aus dem allgemeinen Gefahrensatz Sorgfaltspflichten des Providers ergeben können, d.h. aus dem Grundsatz, wonach "derjenige, der einen Gefahrenzustand schafft, alles Zu-

mutbare vorzukehren [hat], damit die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt"<sup>129</sup>. Korrekt ist schliesslich die Feststellung des GUTACHTENS, dass das Internet als solches prinzipiell gefahrenträchtig ist und dass der Provider durch seine Tätigkeit einen Beitrag dazu leistet, dass die vom Internet ausgehenden Gefährdungen fortbestehen und sich möglicherweise verwirklichen<sup>130</sup>. Ist aber das Hauptargument des GUTACHTENS (Überfülle der Informationen, Unmöglichkeit der Kontrolle, entsprechend Erfordernis konkreter und zuverlässiger Hinweise) nicht zwingend, so bleibt überaus zweifelhaft, ob es auch nur Eventualvorsatz auszuschliessen vermag. Erst recht muss zweifelhaft bleiben, ob bewusste (oder auch unbewusste) Fahrlässigkeit tatsächlich nicht angenommen werden könnte.

Infolgedessen lässt sich bis auf weiteres nicht mit Sicherheit sagen, ob ein Provider das Angebot seiner Kunden regelmässig auf mögliche Gesetzesverletzungen durchsuchen muss oder ob er entsprechende Mitteilungen Dritter abwarten kann. Es bleibt das Risiko, dass die Gerichtspraxis den Vorstellungen des GUTACHTENS nicht folgen könnte, ein Risiko, das nicht quantifizierbar ist.

586 f. und SIEBER, Rechtliche Verantwortlichkeit, 18.

128 GUTACHTEN, 23. Wie bereits bemerkt, erscheint als bemerkenswert, dass die per Dezember 1993 in Kraft gesetzte Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1; AS 1993, 3134), die in Art. 18a FDV den Anbieter eines erweiterten Dienstes verpflichtet, keine rechtswidrigen Nachrichten zum Abruf bereit zu halten (insbesondere Gewaltdarstellungen, pornographische Aufnahmen und Aufrufe zu Gewalt), mit der Inkraftsetzung der gegenwärtig gültigen Fassung der FDV per 1. Januar 1998 ersatzlos gestrichen wurde.

129 GUTACHTEN, 23, unter Verweis auf TRECHSEL, Art. 18 N 30 ff.

130 GUTACHTEN, 23 f.

### 3. Wer soll für Hinweise zuständig sein?

Wenn man mit dem GUTACHTEN davon ausgeht, dass die strafrechtliche Haftung eines Providers Mitteilungen von dritter Seite über deliktische Inhalte voraussetzt, muss weiter entschieden werden, auf *wessen* Mitteilungen es ankommen sollte.

3.1. Gedacht wird im GUTACHTEN, wie bemerkt, in erster Linie an Hinweise von *Behörden*. Dann aber stellt sich die weitere Frage, *welche* Behörde für sie zuständig wäre.

Das GUTACHTEN geht offenbar grundsätzlich davon aus, dass entsprechende Hinweise primär von Instanzen der Strafrechtspflege erfolgen müssen<sup>131</sup>. Dabei bleibt jedoch unbestimmt, ob es sich um Instanzen der *schweizerischen* Strafrechtspflege handeln muss oder ob auch Hinweise ausländischer Strafverfolgungsorgane ausreichen sollen<sup>132</sup>. Nach den allgemeinen Regeln der Strafrechtsdogmatik kann es für die Begründung von Vorsatz oder (bewusster) Fahrlässigkeit auf die Unterscheidung von in- und ausländischen Behörden (ebenso wie auf diejenige von Behörden und Privaten) allerdings nicht ankommen. Unbestimmt ist ferner, ob hinsichtlich des inkriminierten Inhaltes ein Strafverfahren eröffnet sein muss oder nicht. Einige Passagen des

GUTACHTENS legen nahe, dass dem so sein sollte<sup>133</sup>, während nach anderen die gegenteilige Schlussfolgerung als ebenso möglich erscheint<sup>134</sup>.

Sollte das GUTACHTEN tatsächlich so zu verstehen sein, dass der massgebende Hinweis einer (schweizerischen) Strafverfolgungsbehörde die Eröffnung eines Strafverfahrens voraussetzt, so folgen zwingend weitere Probleme bezüglich der Zuständigkeit der betreffenden Stellen. Gemäss Art. 346 ist die Behörde des Ortes zuständig, an dem die strafbare Handlung ausgeführt wurde. Nach der Praxis des Bundesgerichtes<sup>135</sup> besteht dieser Ort bei Einspeisung ins Internet am Ort der Einspeisung und nicht an demjenigen des Servers. Dieser Ort ist typischerweise zu Beginn eines Verfahrens gerade nicht bekannt. Damit bleibt völlig unklar, ob ein entsprechender Hinweis von einer beliebigen, nach StGB örtlich nicht (auch nicht vermutungsweise) zuständigen Strafverfolgungsbehörde an die Provider gegeben werden kann.

Diese Problematik dürfte sich noch verschärfen, wenn der Hinweis der Strafverfolgungsbehörde – dem GUTACHTEN folgend<sup>136</sup> – "Aufforderungscharakter" tragen muss. Solcher Aufforderungscharakter dürfte wohl als "Verfügungscharakter" zu verstehen sein. Dann aber fragt sich, ob eine örtlich nicht (nicht einmal vermu-

131 GUTACHTEN, 21, 24, 26 ff.

132 Für eine Einschränkung auf schweizerische Instanzen: GUTACHTEN, 24, 26 f.; ohne Spezifikation dagegen: GUTACHTEN, 21 ff., 28 f.

133 GUTACHTEN, 21.

134 GUTACHTEN, 22 f., 24, 27 ff.

135 Unpublizierter Bundesgerichtsentscheid (Anklagekammer Nr. 8 G. 43/1999 vom 11. 8. 1999, Songtexte), vgl. dazu WEISSENBERGER, 1999.

136 GUTACHTEN, 24, 26 f.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

tungsweise) zuständige Behörde überhaupt strafrechtsrelevante Verfügungen erlassen könnte.

Auch wenn man diese Schwierigkeiten ignorieren wollte, bleibt die Frage, welche Behörden genau für die entsprechenden Hinweise an die Provider zuständig wären. Folgt man der Argumentation des GUTACHTENS, so dürften wohl sämtliche Strafverfolgungsbehörden in Betracht kommen. Damit aber bleibt es letztlich der Entscheidung der (kantonalen bzw. eidgenössischen) Strafverfolgungsbehörden überlassen, wer welchen Sachverhalt verfolgen und wer welchen Provider informieren kann oder darf. Das läuft in seiner Zufälligkeit auf reine Willkür hinaus.

Völlig unklar bleibt schliesslich, wie die fraglichen Hinweise an die Provider ausgestaltet sein müssten. Ob hierzu eine formlose Mitteilung genügt oder ob diese Mitteilung "Aufforderungscharakter" (d.h. Verfügungscharakter) haben muss, ist gänzlich unbestimmt. Unter diesen Umständen kann nicht ausgeschlossen werden, dass selbst eine gänzlich informelle Mitteilung per Telefon ausreichen würde. Das wäre, wie sich wohl von selbst versteht, ganz unannehmbar.

3.2. Hinweise Privater oder allgemeine Pressemeldungen sollen nach dem GUTACHTEN, wie bemerkt, zwar „häufig“ nicht, ausnahmsweise aber doch ausreichen<sup>137</sup>, um die strafrechtsrelevante Kenntnis der Provider vom deliktischen Charakter der

durch sie vermittelten Inhalte zu begründen. Damit stellt sich die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Ausnahme von der Regel vorliegen soll. Eine auch nur annähernd befriedigende Antwort ist nicht ersichtlich. Dann aber lässt sich, entgegen dem GUTACHTEN, auch nicht ausschliessen, dass die Provider zu einer „Privatzensur“ gezwungen sein könnten, die unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit problematisch wäre<sup>138</sup>.

## 4. Die Zuverlässigkeit der Quelle

Von dem Hinweis Dritter, auf den es für die strafrechtliche Haftung der Provider ankommen soll, wird im Gutachten wiederholt gesagt, dass er *konkret* sein und aus *zuverlässiger Quelle* stammen müsse<sup>139</sup>. Auch das bedarf offenkundig der Präzisierung.

Dabei dürfte eine einigermaßen zureichende Festlegung dessen, was als hinreichend konkrete Mitteilung gelten kann, weniger Schwierigkeiten bereiten, als die der Zuverlässigkeit der Quelle, die sich kaum allgemein umschreiben lässt, schon gar nicht, wenn, wie erörtert, eben auch Mitteilungen von privater Seite (ausnahmsweise) genügen sollen, um gegenüber dem Provider den Vorwurf vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens zu begründen. Die hier

137 GUTACHTEN, 21, Hervorhebung von den Verfassern; analog GUTACHTEN, 24 und 28.

138 GUTACHTEN, 21, unter Verweis auf MÜLLER/SCHEFER, 1997, 206; WEBER, 1999, 77; BRINER, 1996, 524.

139 GUTACHTEN, 20, 23 f., 28 f.

ohnehin bestehende Unsicherheit wird damit noch einmal gesteigert.

## **5. Wer trägt die Kosten?**

Schliesslich bleibt noch die Frage nach den Kosten einer Sperrung spezifischer Internet-Inhalte auf einen Hinweis, sei es der Strafverfolgungsbehörden oder eben auch Privater. Es dürfte auf der Hand liegen, dass sich nicht rechtfertigen liesse, die Provider mit den Kosten von Sperrungen zu belasten, die allein aufgrund der *Möglichkeit* einer strafbaren Handlung erfolgen müssten. Eine Sperrung könnte ja etwa schon wegen des Verdachts gefordert werden, dass Internet-Inhalte gegen das UWG verstossen, in solchem Falle aber, sollte er sich nachträglich als unbegründet erweisen, unter Umständen massive Schadensersatzansprüche auslösen. Auch in dieser Hinsicht besteht offenkundig Regelungsbedarf.

M. A. Niggli

### III. Möglichkeiten und Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regelung

#### A. Die Regelungen im Ausland

Will man die Möglichkeit und Wünschbarkeit einer gesetzlichen Regelung analysieren, so erscheint – gerade bei einem internationalen Sachverhalt wie dem Internet – ein Blick über die Grenzen sinnvoll. Nachfolgend sollen deshalb, in aller gebotenen Kürze, die entsprechenden Regelungen des umliegenden Auslandes dargestellt werden.

#### 1. Die Europäische Union

Mit Blick auf die EU erscheinen insbesondere die E-Commerce-Richtlinie der EU<sup>140</sup> sowie der Entwurf zu

140 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 ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften L 178 vom 17. 7. 2000, sowie über Internet:  
[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/electcomm/](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/electcomm/)

einer Internationalen Konvention bzgl. Internet-Kriminalität, die sog. Cybercrime-Konvention<sup>141</sup> bedeutsam.

Hinsichtlich der E-Commerce-Richtlinie sind hier v.a. deren Art. 12-15 von Interesse, wobei Art. 12 die Verantwortlichkeit der Access-Provider betrifft, Art. 13 diejenige beim sog. Caching, Art. 14 das Hosting und Art. 15 die Überwachungspflichten:

#### Abschnitt 4 Verantwortlichkeit der Vermittler

#### Artikel 12 Reine Durchleitung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist, sofern er

- a) die Übermittlung nicht veranlaßt,

[com31de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/media/electcomm/index.htm); weitere Informationen zur Entstehung finden sich unter:  
[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/media/electcomm/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/media/electcomm/index.htm).

141 Zu finden unter:

<http://www.conventions.coe.int/treaty/en/projects/cybercrime.htm>

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern**

- b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und
- c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.

(2) Die Übermittlung von Informationen und die Vermittlung des Zugangs im Sinne von Absatz 1 umfassen auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der übermittelten Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Information nicht länger gespeichert wird, als es für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

(3) Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.

**Artikel 13  
Caching**

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln, der Diensteanbieter nicht für die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung verantwortlich ist, die dem alleinigen Zweck dient, die

Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Der Diensteanbieter verändert die Information nicht;
- b) der Diensteanbieter beachtet die Bedingungen für den Zugang zu der Information;
- c) der Diensteanbieter beachtet die Regeln für die Aktualisierung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind;
- d) der Diensteanbieter beinträchtigt nicht die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind;
- e) der Diensteanbieter handelt zügig, um eine von ihm gespeicherte Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er tatsächliche Kenntnis davon erhält, daß die Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt wurde oder der Zugang zu ihr gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

Entfernung oder Sperrung angeordnet hat.

(2) Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.

### Artikel 14 Hosting

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von rechtswidrigen Tätigkeit oder Information, und, in bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewußt, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder
- b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewußtsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufichtigt wird.

(3) Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder daß die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen.

### Artikel 15 Keine allgemeine Überwachungspflicht

(1) 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.

(2) Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern**

Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können.

Die E-Commerce-Richtlinie (bzw. deren Art. 12-15) gibt eine grundsätzliche Richtung vor, die für die Vertragsstaaten massgeblich ist und damit wohl auch von der Schweiz mitberücksichtigt werden sollte. Die Eckpunkte der Regelung statuieren:

- die Straflosigkeit des reinen Access-Providers (Art. 12),
- die Straflosigkeit des Caching (Art. 13),
- die Befreiung der Provider von allgemeinen Überwachungspflichten (Art. 15),
- die Straflosigkeit des Hosting-Providers, sofern dieser keine Kenntnis von den auf seinen Servern gespeicherten Informationen hat.

Die E-Commerce-Richtlinie lässt den Vertragsstaaten allerdings die Möglichkeit, entsprechende Haftungen aufgrund gerichtlicher oder behördlicher Anordnung bei Rechtsverletzungen zu begründen.

Ergänzend zur E-Commerce-Richtlinie kann der Entwurf der Cybercrime-Konvention herangezogen werden.

**Title 3**  
**Content-related offences**

**Article 9**  
**Offences related to child pornography**

1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be neces-

sary to establish as criminal offences under its domestic law when committed without right and intentionally the following conduct:

- a. offering, distributing, transmitting or [otherwise] making available child pornography through a computer system;
- b. producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
- c. possessing child pornography in a computer system or on a data carrier;

2. For the purpose of paragraph 1 above "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

- a. a minor engaged in a sexually explicit conduct;
- b. a person appearing to be a minor engaged in a sexually explicit conduct;
- c. realistic images representing a minor engaged in a sexually explicit conduct.

3. For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" is to be defined by each Party, but shall include in any case all persons under [14] years of age.

Auffällig ist hier, dass hinsichtlich der sogenannten Äusserungsdelikte alleine die Kinderpornographie in der Konvention geregelt werden soll,

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

was die bereits angesprochene Schwierigkeit spiegelt, dass hinsichtlich der meisten Äusserungsdelikte massive Unterschiede selbst zwischen geographisch nahe liegenden nationalen Rechtsordnungen bestehen.

Insgesamt tendieren die Regelungen der EU dazu, den reinen Access-Provider von der Haftung auszunehmen.

## 2. Die Regelungen in Österreich

Österreich kennt – wie die Schweiz – keine ausdrückliche Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern<sup>142</sup>. Immerhin kann hier aber auf das Verwaltungsstrafrecht, insbesondere das Telekommunikationsgesetz, namentlich dessen § 75 verwiesen werden.

### § 75 Telekommunikationsgesetz

(1) Funkanlagen und Endgeräte dürfen nicht mißbräuchlich verwendet werden. Als mißbräuchliche Verwendung gilt:

1. jede Nachrichtenübermittlung, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder die Sittlichkeit gefährdet oder welche gegen die Gesetze verstößt;

2. jede grobe Belästigung oder Verängstigung anderer Benutzer;
3. jede Verletzung der nach diesem Gesetz und den internationalen Verträgen bestehenden Geheimhaltungspflicht und
4. jede Nachrichtenübermittlung, die nicht dem bewilligten Zweck einer Funkanlage entspricht.

(2) Inhaber von Funkanlagen und Endgeräten haben, soweit ihnen dies zumutbar ist, geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine mißbräuchliche Verwendung auszuschließen. Diensteanbieter, welche lediglich den Zugang zu Telekommunikationsdiensten vermitteln, gelten nicht als Inhaber.

Entsprechend der Regelung in § 75 Abs. 2 TKG fallen reine Access-Provider jedenfalls ausser Betracht<sup>143</sup>. Dasselbe gilt nach den Richtlinien des österreichischen Verbandes der Internet-Anbieter (ISPA-Richtlinien)<sup>144</sup>.

143 Dasselbe soll nach JAHNS, 1997, 58 ff. auch hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gelten.

144 Vgl. § 2. Die Richtlinien finden sich unter:  
<http://www.ispa.at/Richtlinie/Richtlinie.htm>

142 Vgl. dazu JAHNS, 1997, 52 ff.

### 3. Die Regelungen in Deutschland

Die klarste Regelung der hier interessierenden Frage findet sich in Deutschland, wohl nicht zuletzt wegen des Prozesses gegen CompuServe bzw. dessen damaligen Direktor, Somm, in München<sup>145</sup>. Massgeblich erscheinen hier insbesondere das Teledienstegesetz sowie der Mediendienste-Staatsvertrag.

#### § 5 Teledienstegesetz (TDG) Verantwortlichkeit

(1) Diensteanbieter sind für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.

(2) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern.

(3) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich. Eine automatische und kurzzeitige

Vorhaltung fremder Inhalte auf Grund Nutzerabfrage gilt als Zugangsvermittlung.

(4) Verpflichtungen zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen bleiben unberührt, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gemäß § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist.

#### § 5 Mediendienste- Staatsvertrag (MDStV) Ver- antwortlichkeit

(1) Anbieter sind für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.

(2) Anbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern.

(3) Anbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich. Eine automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte auf Grund Nutzerabfrage gilt als Zugangsvermittlung. § 18 Abs. 3 bleibt unberührt.

145 Dazu etwa: <http://www.digital-law.net/somm>, wo sich sowohl das erst- als auch das zweitinstanzliche Urteil samt Kommentaren etc. finden; vgl. aber auch: <http://www.fitug.de/news/somm>

### Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

Hinsichtlich der Kommentierung dieser beiden Normen kann weitestgehend auf SIEBER<sup>146</sup> verwiesen werden. Ausreichend mag sein, hier die wichtigsten Punkte der deutschen Regelung anzusprechen.

Vergleichbar der Regelung in der EU (die von der deutschen Regelung beeinflusst ist)<sup>147</sup> wird grundsätzlich nach den verschiedenen Typen von Diensten unterschieden, die über Internet angeboten werden (Access-Provider, Hosting-Provider, Content-Provider).

- **Content-Provider** sind nach der deutschen Regelung nach Massgabe der allgemeinen Gesetze strafbar (§ 5 Abs. 1 TDG). Dies dürfte der bestehenden schweizerischen Regelung entsprechen.
- **Hosting-Provider** werden demgegenüber nach § 5 Abs. 2 TDG und § 5 Abs. 2 MDStV für fremde Inhalte nur strafbar, sofern sie von den rechtswidrigen Inhalten Kenntnis haben und eine Sperrung der Nutzung möglich und zumutbar ist<sup>148</sup>.

Mit *Kenntnis* ist Kenntnis im Sinne des strafrechtlichen dolus directus, dem direkten Vorsatz gemeint. Nach der h.M. ist eventualvorsätzliche Erfüllung (also das blosses Inkaufnehmen) von § 5 TDG nicht möglich, umso weniger natürlich die fahrlässige Begehung<sup>149</sup>. Wie der Provider Kenntnis erlangt hat (also z.B.

von privater oder offizieller Seite), spielt keine Rolle<sup>150</sup>. Die Kenntnis umfasst das Wissen um die Rechtswidrigkeit des betreffenden Inhaltes nicht<sup>151</sup>.

- Der **Access-Provider** schliesslich ist nach § 5 Abs. 3 TDG und § 5 Abs. 3 MDStV grundsätzlich von der Strafbarkeit ausgenommen<sup>152</sup>. Die automatisierte Zwischenspeicherung (aufgrund einer Nutzerabfrage), das sog. Caching, wird der reinen Zugangsvermittlung gleichgestellt<sup>153</sup>.

Der Ausschluss der Strafbarkeit beim reinen Access-Provider und dem sog. Caching wird in § 5 Abs. 4 TDG (und entsprechend § 18 MDStV) dahingehend ergänzt, dass die Sperrungen rechtswidriger Inhalte (sofern sie dem Provider bekannt sind und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist) vom Ausschluss der Strafbarkeit unberührt bleiben<sup>154</sup>.

Damit wird indes nicht etwa die Straflosigkeit beschränkt auf Fälle, in denen dem Provider der rechtswidrige Inhalt nicht bekannt wäre oder eine Sperrung unmöglich oder unzumutbar wäre. Vielmehr ermöglicht die Verpflichtung zur Sperrung nach § 5 Abs. 4 TDG einzig zivilrechtliche Unterlassungsklagen und verwaltungsrechtliche Anordnungen, wobei die Möglichkeit und Zumutbarkeit erst in einem gericht-

146 SIEBER, 1999.

147 SIEBER, 1999, N 458

148 Vgl. SIEBER, 1999, N 281 ff., 316 ff.

149 SIEBER, 1999, N 336.

150 SIEBER, 1999, N 341 ff.

151 SIEBER, 1999, N 345.

152 Vgl. SIEBER, 1999, N 283 ff., 363 ff.

153 Vgl. SIEBER, 1999, N 376 ff.

154 Vgl. SIEBER, 1999, N 381 ff.

lichen Verfahren überprüft werden können<sup>155</sup>. Es besteht keine Möglichkeit der Strafverfolgungsbehörden den Access bzw. Caching Provider unter Androhung eines Strafverfahrens zur Sperrung zu zwingen<sup>156</sup>.

- der Hosting-Provider nur beschränkt nach Massgabe der Kenntnis und der technischen Machbarkeit und Zumutbarkeit einer Sperrung haftet,
- und der Content-Provider uneingeschränkt haftet.

#### 4. Regelungen in andern Ländern

Auf die Darstellung der Verantwortlichkeitsregelung in andern Ländern wird vorliegend verzichtet. Eine kurze, übersichtliche Darstellung findet sich bei SIEBER<sup>157</sup>.

#### 5. Zusammenfassend

Alles in allem ergibt sich bei einem Blick in das umliegende Ausland ein recht einheitliches Bild. Tendenziell wird

- die Frage nach der Verantwortlichkeit von Providern in separaten Erlassen geregelt,
- nach den verschiedenen Typen von Fernmeldediensten bzw. Providern unterschieden, wobei
- der reine Zugangsvermittler, der Access-Provider, von der Verantwortlichkeit grundsätzlich ausgenommen wird,

#### B. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Die Ausführungen unter I und II lassen deutlich werden, dass hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Providern eine Vielzahl von offenen Fragen besteht. Es scheint zwar selbstverständlich, widerrechtliche Handlungen auch dann zu verfolgen, wenn sie mittels des Internet begangen werden, doch erscheint umgekehrt auch der Anspruch der Internet-Provider auf Rechtssicherheit als legitim. Das GUTACHTEN versucht zwar, einen Teil dieser Probleme durch spezifische Annahmen in die eine oder andere Richtung zu entscheiden und dadurch die Rechtsunsicherheit zu beschränken, doch sollten die vorstehenden Ausführungen ausreichen, um darzutun, dass selbst wenn man die Annahmen des GUTACHTENS teilen würde, immer noch eine unglaubliche Bandbreite an offenen – und auch mit dem GUTACHTEN nicht zu beantwortenden – Fragen bleibt, so dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern letztlich als Zufallsprodukt, d.h. als willkürlich erscheinen muss.

Kommt hinzu, dass heute keineswegs abgeschätzt werden kann, wie sich die Gerichtspraxis in den ver-

155 SIEBER, 1999, N 286.

156 SIEBER, 1999, N 287.

157 SIEBER, 1999, N 429 ff.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

schiedenen Fragen entscheiden wird. Selbst wenn die Gerichte (insbesondere das Bundesgericht) in einem konkreten künftigen Fall nicht alle vorliegend vertretenen Auffassungen teilen sollte, kann umgekehrt auch nicht davon ausgegangen werden, dass im Sinne des GUTACHTENS entschieden würde, und selbst wenn dies geschähe, bliebe – wie gezeigt – ein Entscheidungsspielraum, der jeder Vorstellung von Rechtssicherheit nur spotten kann.

Die beschriebenen Unsicherheiten werden sich folglich nicht durch die Annahmen des GUTACHTENS lösen lassen, sie werden aber auch nicht durch die Strafjustiz behoben werden können. Letzteres alleine schon deshalb nicht, weil die Strafjustiz prinzipiell nicht dazu geeignet ist, grundsätzliche Wertentscheidungen zu treffen, sondern vielmehr Wertentscheidungen, die bereits in Form von Gesetzen getroffen worden sind, anhand einzelner Fälle zu konkretisieren hat. Wer mithin glaubt, die beschriebene Problemlage werde sich von alleine auflösen, weil die Strafjustiz nach und nach die offenen Fragen klären werde, verkennt zum einen das Entwicklungstempo des Internet und den dringenden Bedarf aller damit befassten Personen nach klaren Regelungen, er verkennt zum andern aber auch die Zielsetzung der Justiz, die eben auf die Produktion von gerechten Lösungen in Einzelfällen hin orientiert ist und gerade nicht auf den Erlass allgemeiner Regeln.

Es erscheint denn auch nicht weiter verwunderlich, dass im umliegenden Ausland entsprechende gesetzliche Regelungen bereits in Kraft sind bzw. dort, wo dies nicht zutrifft,

solche Regelungen zumindest in Vorbereitung sind.

Dringend angezeigt erscheint infolgedessen, auch für die Schweiz eine *gesetzliche Regelung* der angesprochenen Probleme so rasch als möglich anzustreben, damit die notwendige Rechtssicherheit gewährleistet werden kann.

### C. Grundstrukturen einer möglichen gesetzlichen Regelung

Eine gesetzliche Lösung in der Schweiz sollte u.E. die Grundtendenzen der ausländischen Regelungen mitberücksichtigen. Dies allein schon deshalb, weil das Internet selbst eine länderübergreifende Erscheinung ist und Einzellösungen zu wenig produktiven Resultaten führen würden.

Eine Regelung der Verantwortlichkeit von Internet-Providern sollte daher u.E.

- primär die Frage klären, ob eine reine strafrechtliche Lösung oder – nach deutschem Vorbild – eine einheitliche Lösung für alle Rechtsgebiete als adäquat erscheint,
- zwischen den verschiedenen Arten von Fernmeldediensten (bzw. Providern) unterscheiden (Content, Hosting, Caching, Access bzw. Network Provider),
- die Strafbarkeit des Content-Providers ohne Einschränkung bestehen lassen,

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern**

- den Hosting-Provider einer beschränkten Verantwortlichkeit unterwerfen (analog zur deutschen und der EU-Regelung), die auf den direkten Vorsatz beschränkt wird und die Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Sperrung von Inhalten zu berücksichtigen hätte,
- reine Zugangsvermittler (Access, Network und Backbone Provider) von der Verantwortlichkeit ganz ausnehmen,
- das (Proxy-)Caching der Zugangsvermittlung gleichstellen (analog zu Deutschland),
- schliesslich die Frage klären, ob nicht eine zentrale Informationsstelle sowie eine entsprechende Kompetenz des Bundes zur Verfolgung von Internet-Delikten geschaffen werden sollte.

## IV. Literaturverzeichnis

Die nachstehend aufgeführten Werke werden mit dem Nachnamen des Autors, dem Jahr der Publikation sowie wo nötig einem Kennwort, sowie mit der Seitenzahl oder Randnote zitiert.

- BERICHT STUDIENKOMMISSION: Bericht der Studienkommission Medienstraf- und Verfahrensrecht vom April 1991.
- BOTSCHAFT über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 15. Juli 1996, BBl. 1996 IV 525 ff.
- BRINER, Robert G.: Die Rechtsstellung des Access-Providers, in: Hilty, Reto M. (Hrsg.): Information Highway, Bern/München 1996, 489 ff.
- GUTACHTEN: Bundesamt für Justiz: Gutachten zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Access-Providern gemäss Art. 27 und 322<sup>bis</sup> vom 24. 12. 1999.
- GUYAZ, Alexandre: L'incrimination de la discrimination raciale, Diss. Lausanne, Bern 1996.
- HAFTER, Ernst: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946.
- HAFTER, Ernst: Umfang der Pressedelikte und der strafrechtlichen Sonderstellung der Presse, ZStrR 1927, 134 ff.
- HÄNNI, Fredi: Die schweizerische Anti-Rassismus-Strafnorm und die Massenmedien, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 1997.
- HEINZMANN, Peter L./ OCHSENBEIN, Andreas: Strafrechtliche Aspekte des Internet, Kriminalistik 1998, 513 ff., 599 ff.
- JAHNS, Stefan Ludwig: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Providers für über ihn angebotene Inhalte in Österreich und Deutschland, [http://www.univie.ac.at/juridicum/forschung/s\\_jahns.htm](http://www.univie.ac.at/juridicum/forschung/s_jahns.htm), 1997.
- LOGOZ, Paul: Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie générale, 2. Aufl., Neuchâtel/Paris 1976.
- LUDWIG, Carl: Schweizerisches Presse-recht, Basel 1964.
- MGK-BERICHT: Bericht der Expertenkommission für eine Mediengesamt-konzeption, hrsg. vom EJPD, Bern 1982.
- MÜLLER, Jörg Paul / SCHEFER, Markus: Grundrechtliche Fragen des Internet, Medialex 1997, 198 ff.
- MÜLLER, Jörg Paul: Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999.
- NIGGLI, Marcel Alexander: Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, mit Rücksicht auf das „Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten, Zürich 1996.
- RASSENDISKRIMINIERUNG, Gerichtspraxis zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Analysen, Gutachten und Dokumentation der Gerichtspraxis 1995-1998, Zürich 1999.
- RIKLIN, Franz: Pressedelikte im Vergleich zu den Rundfunkdelikten, ZStrR 1981, 189 ff.
- RIKLIN, Franz: Information Highway und Strafrecht, in: Hilty, Reto M. (Hrsg.): Information Highway, Bern/München 1996, 559 ff. zit. als RIKLIN, 1996, Information Highway.

## Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern

- RIKLIN, Franz: Schweizerisches Presse-recht, Bern 1996. zit. als RIKLIN, 1996, Presserecht.
- RIKLIN, Franz: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Verbrechen-slehre, Zürich 1997.
- ROM, Robert: Die Behandlung der Ras-sendiskriminierung im schweize-rischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995.
- ROSENTHAL, David: Ein Medienstrafrecht mit ungeplanten Konsequenzen, Medialex 1999, 3 f.
- SCHILD-TRAPPE, Grace: Harmlose Gehil-fenschaft, Bern 1995.
- SCHLEIMINGER Dorrit / METTLER, Chri-stoph: Strafbarkeit der Medien-verantwortlichen im Falle der Rassendiskriminierung. Art. 27, Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB, Bemerkun-gen zu BGE 125 IV 206 ff., AJP 2000, 1039 ff.
- SCHULTZ, Hans: Die unerlaubte Veröffent-lichung - ein Pressedelikt, ZStrR 1991, 273 ff.
- SCHULTZ, Hans: Einführung in den All-gemeinen Teil des Strafrechts, Er-ster Band, 4. A., Bern 1982.
- SCHWANDER, Vital: Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964.
- SCHWARZENEGGER, Christian: Der räumli-che Geltungsbereich des Straf-rechts im Internet. Die Verfol-gung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich, ZStrR 2000, 109 ff.
- SIEBER, Ulrich: Verantwortlichkeit im Internet, Technische Kontroll-möglichkeiten und multimedia-rechtliche Regelungen, Zugleich eine Kommentierung von § 5 TDG und § 5 MDStV, München 1999.
- STRATENWERTH, Günter: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Aufl., Bern 1996.
- STRATENWERTH, Günter: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straf-taten gegen Individualinteressen, 5. Aufl., Bern 1995.
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000.
- THORMANN, Philipp / v. OVERBECK, Alfred: Schweizerisches Strafgesetzbuch, 1. Bd.: Allgemeine Bestimmun-gen, Art. 1-110, Zürich 1940.
- TRECHSEL, Stefan / NOLL, Peter: Schweize-risches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzun-gen der Strafbarkeit, 5. Aufl., Zü-richt 1998.
- TRECHSEL, Stefan: Schweizerisches Straf-gesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997.
- WEBER, Rolf H.: Inhaltskontrolle durch Selbstregulierung? NZZ 24. Sep-tember 1999, 77.
- WEBER, Ulrich: Betrachtungen zur Stel-lung der periodischen Druck-schriften im Strafprozess, Diss. Bern 1971.
- WEISSENBERGER, Philippe, Zum Bege-hungsort bei Internet-Delikten, ZBJV 1999, 703 ff.
- WOHLERS, Wolfgang: Gehilfenschaft durch „neutrale“ Handlungen, ZStrR 1999, 425 ff.