

# Kommunikation & Recht

K&R

5 | Mai 2023  
26. Jahrgang  
Seiten 305 - 384

**Chefredakteur**

RA Torsten Kutschke

**Stellvertretende  
Chefredakteurin**

RAin Dr. Anja Keller

**Redaktionsassistentin**

Dagmar Dinkel

[www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

**dfv** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

Was darf der Europäische Datenschutzausschuss zukünftig?  
**Dr. Stefanie Hellmich**

- 305 Markiert der Digital Markets Act die Endstation von §19a GWB?  
**Dominik Zilsdorf**
- 311 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2022  
**Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski**
- 320 Rundfunkrecht in der Entwicklung – Teil 1  
**Prof. Dr. Christoph Degenhart**
- 327 Datenschutzrechtliche Stellung von externen Mitarbeitern  
**Markus Schröder**
- 330 Länderreport Schweiz  
**Lukas Bühlmann und Max Königseder**
- 334 **EuGH:** Wirksame Gerichtsstandsklausel durch verlinkte AGB in schriftlichem Vertrag
- 337 **EuGH:** Gerichtsstand und Verbrauchereigenschaft bei Online-Fahrzeugkauf
- 343 **BGH:** Verletzung der Privatsphäre durch Berichterstattung über Gesundheitszustand
- 348 **BGH:** Action Replay: Zum Schutzbereich eines Computerprogramms
- 352 **BGH:** rakuten.de: Keine urheberrechtliche Vergütungspflicht für Online-Marktplätze
- 365 **BGH:** Mindestvertragslaufzeit bei Mobilfunk-Tarifwechsel
- 368 **OLG Köln:** Kunstmaschinen: Urheberrechtsverletzung durch Anhängen an Verkaufsangebote
- 373 **OLG Schleswig-Holstein:** Keine Vertragsstrafe wegen Fehlen eines klickbaren Links zur OS-Plattform
- 376 **OLG Zweibrücken:** Keine öffentliche Wiedergabe durch Weiterleitung von Rundfunksignal in Seniorenzentrum
- 378 **AG München:** Unzulässige E-Mail-Werbung nach Erlöschen der Einwilligung
- 381 **BVerwG:** Kein Unterlassungsanspruch gegen Quellen-TKÜ

RA Lukas Bühlmann, lic. iur., LL.M. und Max Königseder, LL.M.\*

# Länderreport Schweiz

## Kurz und Knapp

**Es besteht wohl nicht nur in der Schweiz Konsens darüber, dass die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten großes Potential mit sich bringt. Die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz lassen die effiziente Nutzung vorhandener Gesundheitsdaten nur bedingt zu. Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber das Problem nun erkannt hat. Zudem fällt das Obergericht Solothurn ein Urteil zu der bisher in der Schweiz weitgehend ungeklärten Rolle von Access Providern bei Persönlichkeitsverletzungen.**

## I. Datenschutz: Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten – Status Quo und Ausblick

### 1. Letzte Entwicklungen in der Schweiz

In der Schweiz wird der Ruf nach klaren rechtlichen Rahmenbedingungen für die bessere Nutzung von Gesundheitsdaten immer lauter. Die Forderungen sind nicht neu. Bereits 2015 reichte die (ehemalige) Nationalrätin Ruth Humbel das nach ihr benannte „Postulat Humbel“ ein, mit der sie die bessere Nutzbarkeit von Gesundheitsdaten für eine qualitativ hochstehende und effiziente Gesundheitsversorgung einforderte.<sup>1</sup> Das Postulat wurde angenommen, woraufhin der Bundesrat im Mai 2022 einen umfassenden Bericht veröffentlichte.<sup>2</sup> Zielsetzung des Berichts war es aufzuzeigen, wie Gesundheitsdaten aus verschiedenen Quellen zu Forschungszwecken gemeinsam genutzt werden können beziehungsweise dürfen. Darüber hinaus wurde im August 2022 eine Motion an den Bundesrat zur Schaffung eines Rahmengesetzes für die Sekundärnutzung von Daten eingereicht.<sup>3</sup> Dieses Gesetz soll die Grundlage für den Aufbau von Datennutzungsinfrastrukturen bilden. So sollen vertrauenswürdige sektorspezifische Datenräume – z. B. für die medizinische Forschung – geschaffen werden.<sup>4</sup> Die Motion wurde bereits durch den Ständerat angenommen und wird nun im Nationalrat diskutiert.<sup>5</sup> Sollte auch der Nationalrat dieser Motion zustimmen, wird der Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs beauftragt.

Obwohl bisher wenig über die Details der Umsetzung bekannt ist, erinnern die geplanten Maßnahmen – in Grundzügen – an die Vorstöße auf EU-Ebene: wie z. B. der European Health Data Space (EHDS)<sup>6</sup> bzw. der Data Act.<sup>7</sup> Die genannten EU-Rechtsakte bezwecken ebenfalls die Schaffung eines Binnenmarkts für Daten und legen die Grundlage für vertrauenswürdige und sichere Datenräume.

Neben den Entwicklungen in der Politik wird auch seitens der Wirtschaft und in der Lehre auf die unzureichenden gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten hingewiesen und an den Gesetzgeber appelliert, eine entsprechende rechtliche Grundlage zu schaffen. So forderte z. B. Interpharma, der Verband der forschenden pharmazeutischen Unternehmen der Schweiz, einen nationalen rechtlichen Rahmen für die Nutzung von Gesundheitsdaten.<sup>8</sup> In der Folge wurde in zwei kürzlich erschienenen Fach-

artikeln eine Anpassung des Humanforschungsgesetzes verlangt, um die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten für Forschungszwecke zu erleichtern.<sup>9</sup>

Im Folgenden wird die aktuelle Gesetzeslage im Bereich der Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten in der Schweiz zusammengefasst und auf allfälligen Handlungsbedarf hingewiesen. Die Erläuterungen zum Datenschutzrecht beziehen sich allesamt auf das neue Schweizer Datenschutzgesetz (nDSG), welches am 1. 9. 2023 in Kraft tritt.<sup>10</sup>

## 2. Datenschutzgesetz: Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten

### a) Gesundheitsdaten

Um näher auf die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten einzugehen, müssen zunächst einige zentrale Begriffe erläutert werden. „Daten über die Gesundheit“ fallen im Schweizer Recht – wie in der DSGVO – in die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten, Art. 5 lit. c Z. 2 nDSG. Der Begriff „Daten über die Gesundheit“ ist im nDSG nicht legaldefiniert. Grundvoraussetzung ist, dass es sich dabei um Personendaten handelt. Das Begriffsverständnis von Personendaten entspricht weitgehend jenem der personenbezogenen Daten der DSGVO, Art. 4 Z. 1 DSGVO.

Laut den Materialien zum geltenden („alten“) DSG werden nicht sämtliche Angaben über den körperlichen Zustand (z. B. Körpergröße) als besonders schützenswert erachtet, sondern nur „medizinische Befunde, welche sich für die Betroffenen negativ auswirken können“.<sup>11</sup> Folgt man diesem Begriffsverständnis, ist davon auszugehen, dass in der DSGVO der Be-

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 24. 3. 2022.

1 Postulat Humbel, 154225, [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20154225](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20154225).

2 Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 154225 Humbel vom 18. 12. 2015, 4. 5. 2022, [www.parlament.ch/centers/epar/curia/2015/20154225/Bericht%20BR%20D.pdf](http://www.parlament.ch/centers/epar/curia/2015/20154225/Bericht%20BR%20D.pdf).

3 Motion 223890, Rahmengesetz für die Sekundärnutzung von Daten, [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223890](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223890).

4 Motion 223890, Rahmengesetz für die Sekundärnutzung von Daten (Fn. 3).

5 Ständerat 14. 12. 2022, [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59294](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59294).

6 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten, COM(2022) 197 final.

7 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (Datengesetz), COM(2022) 68 final.

8 Medienmitteilung Interpharma, 4. 10. 22, [www.interpharma.ch/blog/medienmitteilung-interpharma-fordert-nationalen-rechtlichen-rahmen-fuer-die-nutzung-von-gesundheitsdaten/](http://www.interpharma.ch/blog/medienmitteilung-interpharma-fordert-nationalen-rechtlichen-rahmen-fuer-die-nutzung-von-gesundheitsdaten/); Widmer/Bühlmann/Schüep/Königseder, Gutachten Sekundärnutzung Gesundheitsdaten, 26. 6. 2022 (abrufbar unter [www.mll-news.com/sekundaernutzung-von-gesundheits-daten-in-der-schweiz-status-quo/](http://www.mll-news.com/sekundaernutzung-von-gesundheits-daten-in-der-schweiz-status-quo/)).

9 Mätzler, Datenschutz in der (Human-)Forschung: Grundlagen und Probleme bei der Sekundärnutzung von Personendaten, in: Jusletter 30. 1. 2023; Thouvenin/Gächter/Reutimann/Mätzler, Datenschutz in der Humanforschung: ein Forschungsprivileg für die Sekundärnutzung von Personendaten, in: Jusletter 30. 1. 2023.

10 Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), BBl 2020 7639.

11 Widmer/Bühlmann/Schüep/Königseder (Fn. 8), 15; Botschaft zum DSG, BBl 1988, 446.

griff der Gesundheitsdaten weiter gefasst ist, da hier die Auswirkungen auf die betroffene Person keine Rolle spielen, Art. 4 Z. 15 DSGVO.

Gemäß des nDSG sind nun auch biometrische und genetische Daten besonders schützenswerte Personendaten, Art. 5 lit. c Z. 3 und 4 nDSG.

### b) Sekundärnutzung

Traditionellerweise werden Gesundheitsdaten im Zuge von medizinischen Untersuchungen und Behandlungen erhoben. Mittlerweile gibt es jedoch zahlreiche Anwendungsfälle, in denen Gesundheitsdaten gesammelt werden. So kann z. B. die über eine Smart-Watch aufgezeichnete Herzfrequenz Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand des Trägers zulassen. Zudem ist denkbar, dass die Zusammenführung einer Vielzahl von Daten, die für sich genommen keine Gesundheitsdaten darstellen, zu der Anwendbarkeit der strengeren Vorschriften für Gesundheitsdaten führen kann.<sup>12</sup>

Grundsätzlich darf der Verantwortliche die Daten nur für die bei der Datenerhebung erkennbaren Zwecke bearbeiten, Art. 6 Abs. 3 nDSG. Bei einer Gesundheitseinrichtung wäre das z. B. die Bearbeitung von Gesundheitsdaten zur Aufklärung der Ursache für gesundheitliche Beschwerden. Wird z. B. im Rahmen einer Krebstherapie ein CT-Scan angefertigt, so ist für den Patienten wohl erkennbar, dass der angefertigte Scan – der in der Regel Personenbezug aufweist – im Rahmen der Diagnose seiner Erkrankung eingesetzt wird. Für den Patienten ist aber nicht ohne Weiteres erkennbar, dass dieser CT-Scan zum Trainieren eines KI-Systems verwendet werden soll. Diese über den ursprünglichen Zweck hinausgehende oder zu einem gänzlich anderen Zweck erfolgende Datenbearbeitung kann als Sekundärnutzung bezeichnet werden.<sup>13</sup>

Für die Frage, ob die Sekundärnutzung von Personendaten zulässig ist, kommt es zunächst darauf an, wer für die jeweilige Datenbearbeitung verantwortlich ist. Es gelten verschiedene rechtliche Rahmenbedingungen für Datenbearbeitungen durch öffentliche Organe bzw. Private.

Bei den Bundesorganen ist die Bearbeitung von Personendaten grundsätzlich nur erlaubt, wenn es hierfür eine explizite gesetzliche Grundlage gibt, Art. 34 Abs. 1 nDSG. Für Datenbearbeitungen durch kantonale Organe kommen die diversen kantonalen Datenschutzgesetze zur Anwendung, was im Gesundheitskontext von großer Relevanz ist. Gesundheit liegt in der kantonalen Kompetenz, weshalb die meisten öffentlich-rechtlichen Gesundheitsinstitutionen kantonalrechtlich reguliert sind. Auch die kantonalen Gesetze sehen für Bearbeitungen durch öffentliche Organe das Erfordernis einer expliziten gesetzlichen Grundlage vor.

Datenbearbeitungen durch Private sind in der Schweiz grundsätzlich erlaubt, sofern die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt wird, Art. 30 Abs. 1 nDSG. Dies ist namentlich der Fall, wenn gegen die Grundsätze von Art. 6 und 8 nDSG verstoßen wird, wenn Personendaten entgegen dem Willen des Betroffenen bearbeitet werden oder wenn einem Dritten besonders schützenswerte Daten bekanntgegeben werden.<sup>14</sup>

Bei der Sekundärnutzung von (Gesundheits-)Daten wird regelmäßig eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen, weil u. a. gegen den Zweckbindungsgrundsatz gem. Art. 6 Abs. 3 nDSG verstoßen wird und/oder besonders schützenswerte Daten an Dritte (z. B. Forschungseinrichtungen) weitergegeben werden, Art. 30 Abs. 2 lit. c nDSG. Die Persönlichkeitsverletzung kann

durch einen Rechtfertigungsgrund legitimiert werden, Art. 31 nDSG. Mögliche Rechtfertigungsgründe sind z. B. ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, eine Einwilligung oder – im Forschungskontext – das Forschungsprivileg, auf welches im nächsten Abschnitt eingegangen wird, Art. 31 Abs. 2 lit. e nDSG; Art. 39 nDSG.

### c) Forschungsausnahme

Das nDSG sieht gleichermaßen für Bundesorgane (Art. 39 nDSG) und für Private (Art. 31 Abs. 2 lit. e nDSG) eine Forschungsausnahme bzw. ein Forschungsprivileg vor. Im Folgenden wird lediglich kurz auf die Forschungsausnahme für Private eingegangen.<sup>15</sup>

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Forschungsausnahme ist, dass die Personendaten zu „nicht personenbezogenen“ Zwecken bearbeitet werden, Art. 31 Abs. 2 lit. e nDSG. Hierbei geht es nicht darum, ob die Daten einen Personenbezug aufweisen – dies ist eine Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des nDSG – sondern, ob die Datenbearbeitung auf das betroffene Individuum abzielt.

Der Zweck ist nicht personenbezogen, wenn die Bestimmung der Identität der Person, deren Daten bearbeitet werden, für die Bearbeitung keine Rolle spielt.<sup>16</sup> Werden z. B. Personendaten dafür verwendet (gesamt-)gesellschaftliche oder statische Aussagen anhand einer Stichprobe von Personen zu treffen, liegt ein Fall einer Datenbearbeitung zu nicht personenbezogenen Zwecken vor.

Zusätzlich müssen folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Forschungsausnahme Anwendung findet:

- Die Daten müssen anonymisiert werden, sobald der Bearbeitungszweck dies erlaubt. Ist eine Anonymisierung unmöglich oder erfordert sie einen unverhältnismäßigen Aufwand, so müssen angemessene Maßnahmen getroffen werden, um die Bestimmbarkeit der betroffenen Person zu verhindern.
- Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten, dürfen diese einem Dritten nur so bekanntgegeben werden, dass die betroffene Person nicht bestimmbar ist. Ist dies nicht möglich, so muss gewährleistet werden, dass die Dritten die Daten nur zu nicht personenbezogenen Zwecken bearbeiten.
- Zudem dürfen die Forschungsergebnisse nur so veröffentlicht werden, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind, Art. 31 Abs. 2 lit. e nDSG.

Für die medizinische Forschung stellt die Forschungsausnahme keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund dar, weil es für die Humanforschung im Humanforschungsgesetz (HFG) ein Sonderdatenschutzrecht gibt, welches grundsätzlich Anwendungsvorrang gegenüber den allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen genießt.<sup>17</sup>

12 Widmer/Bühlmann/Schüepf/Königseder (Fn. 8), 16.

13 Sprecher, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen, ZBJV 154/2018, 482, 508; Gordon, Daten aus Selbstvermessung, digma, 2016, 70 ff.

14 Mätzler, in: Jusletter (Fn. 9), 6; Art. 30 Abs. 2 nDSG.

15 Detaillierte Ausführung zur Forschungsausnahme finden Sie hier: Widmer/Bühlmann/Schüepf/Königseder (Fn. 8), 41 ff.; Mätzler, in: Jusletter (Fn. 9), 8 ff.

16 Mätzler, in: Jusletter (Fn. 9), 8; Koç, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, 2015, Rn. 30.10.

17 Bundesgesetz über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, HFG), SR 810.30.

Teilweise wird vertreten, dass das HFG im Bereich der Humanforschung allgemeinen Anwendungsvorrang gegenüber dem DSG genießt, sofern das HFG nicht explizit auf die Bestimmungen des DSG verweist. Diese Ansicht scheint zu wenig differenziert, da das HFG zwar sektorspezifische Datenschutzbestimmungen beinhaltet, jedoch nicht sämtliche datenschutzrechtliche Vorgänge abschließend regelt. Folglich erscheint es überzeugender, dass das HFG nur in jenen Bereichen Anwendungsvorrang genießt, in denen es einen Sachverhalt abschließend regelt.

Das HFG kennt keine – mit dem nDSG vergleichbare – Forschungsausnahme. Hingegen sieht es für die Weiterverwendung von biologischem Material, genetischen und gesundheitsbezogenen Daten verschiedene strenge Voraussetzungen vor, Art. 32 ff. HFG. In jedem Fall ist die betroffene Person über die Weiterverwendung der Daten zu informieren und hat zumindest ein Widerspruchsrecht. Art. 34 HFG sieht zudem eine sogenannte „Escape Clause“ vor, die nur zur Anwendung kommen soll, wenn es „unmöglich oder unverhältnismäßig schwierig ist, eine Einwilligung einzuholen beziehungsweise über das Widerspruchsrecht zu informieren, oder dies der betroffenen Person nicht zugemutet werden kann“. Die Praxis zeigt, dass diese nicht nur in den vom Gesetzgeber vorgesehenen Ausnahmefällen in Anspruch genommen wird.

### 3. Probleme bei der Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten und mögliche Lösungsansätze

Es ist unumstritten, dass die Weiterverwendung von Gesundheitsdaten großes Potential für die Forschung, Wirtschaft und Gesellschaft bietet. Andererseits gilt es auch die Interessen und Rechte der betroffenen Patienten zu berücksichtigen. Dieser Balanceakt zwischen der Förderung von Allgemeininteressen und dem Schutz des Individuums ist keineswegs einfach, jedoch führen die aktuellen rechtlichen Rahmenbedingungen für keine der beiden Seiten zu einem zufriedenstellenden Ergebnis.

Die übermäßige Beanspruchung der „Escape Clause“ ist vom Gesetzgeber nicht so vorgesehen, untergräbt die Selbstbestimmungsrechte der Patientinnen und stellt keine nachhaltige und angemessene rechtliche Grundlage für die angestrebte Sekundärnutzung dar.<sup>18</sup> Ein möglicher Lösungsansatz, der in der Literatur vorgeschlagen wird, ist die Schaffung einer Forschungsausnahme – wie sie im nDSG vorgesehen ist – im Humanforschungsgesetz.<sup>19</sup> Alternativ wird anstatt der Schaffung einer Ausnahme die Festlegung von konkreten Erlaubnistatbeständen verlangt, um für mehr Rechtssicherheit für Forschende zu sorgen.<sup>20</sup> Zudem wird eine institutionalisierte Möglichkeit verlangt, in bestimmten Fällen eine datenschutzrechtliche (unbürokratische) Vorabgenehmigung der zuständigen Behörde für die geplante Sekundärnutzung einzuholen.<sup>21</sup> Dies soll nicht als Pflicht, sondern als Entlastungsmöglichkeit für die Verantwortungsträger und Praxis im Gesundheitswesen ausgestaltet werden. Vorbild hierfür ist z. B. die finnische Datenbehörde Findata, bei der dies möglich ist.<sup>22</sup>

Ein weiteres – in der Schweiz vergleichsweise ausgeprägtes – Problem ist die uneinheitliche und teilweise unklare Rechtslage mit zahlreichen verschiedenen Zuständigkeiten und divergierenden kantonalen Datenschutzgesetzen, die z. B. auf die Spitäler der Kantone Anwendung finden. Hier wird eine einheitliche, genügend konkrete und eindeutige gesetzliche Regelung für die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten

verlangt.<sup>23</sup> Auch der zentrale Begriff der Anonymisierung ist weitgehend unklar und sollte konkret gesetzlich geregelt werden.<sup>24</sup>

Wie eingangs beschrieben, hat der Gesetzgeber die Problematik erkannt. Nun gilt es abzuwarten, welche Vorschläge Eingang in die Gesetzgebung finden, und zu hoffen, dass die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten – unter Wahrung eines fairen Interessenausgleichs – vereinfacht wird.

## II. Passivlegitimation von Access Providern bei Persönlichkeitsverletzungen Dritter

Anders als in Deutschland<sup>25</sup> und der EU<sup>26</sup> gibt es in der Schweiz bisher wenig Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit von Access Providern für Rechtsverletzungen Dritter. Das Schweizer Bundesgericht urteilte in einem Leitenstreich, dass Access Provider bei Urheberrechtsverletzungen Dritter nicht passivlegitimiert seien.<sup>27</sup> Anders sah es kürzlich das Obergericht Solothurn (OGer Solothurn) im Zusammenhang mit Persönlichkeitsverletzungen Dritter.<sup>28</sup> In diesem aktuellen Fall entschied das OGer Solothurn als zweitinstanzliches Gericht nun, dass die Registrierungsstelle für IP-Adressen als Access Provider passivlegitimiert sei. Erwägungen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit einer allfälligen Website-Sperre seien keine Frage der Passivlegitimation und dementsprechend im späteren Verfahrensverlauf zu klären.<sup>29</sup>

### 1. Sachverhalt und Vorbemerkungen

Im Kanton Solothurn wollten sich mehrere Kläger gegen Aussagen wehren, die ihre Persönlichkeit verletzten. Die Aussagen erfolgten u. a. über zwei vom Urheber der Verletzungen betriebenen Webseiten, welche über „.ch“-Domains abrufbar waren.

Im vorliegenden Fall fungierte die Beklagte als Registrierungsstelle für den Hosting-Provider der beiden Websites des Verletzers. Die Kläger nahmen u. a. die Registrierungsstelle für IP-Adressen – welche bereits von der Vorinstanz als Access Provider qualifiziert wurde – in Anspruch, das Verbreiten bzw. Verbreitenlassen der persönlichkeitsverletzenden Aussagen zu unterbinden.<sup>30</sup>

Die erste Instanz wies die Klage gegen den Access Provider mangels Passivlegitimation ab. Die Kläger legten gegen den Zwischenentscheid betreffend der Passivlegitimation Berufung ein, womit das OGer Solothurn lediglich über die Frage zu entscheiden hatte, ob gegen den Access Provider im vorliegenden Fall geklagt werden kann.

### 2. Entscheidung des Obergerichts Solothurn

Für die Beantwortung der Frage, ob die Registrierungsstelle als Access Provider passivlegitimiert ist, musste das Gericht zuerst klären, ob diese an der Persönlichkeitsverletzung

18 Siehe Abschnitt 3.

19 Mätzler, in: Jusletter (Fn. 9), 21 f.

20 Widmer/Bühlmann/Schüepp/Königseder (Fn. 8), 129 ff.

21 Widmer/Bühlmann/Schüepp/Königseder (Fn. 8), 130.

22 www.findata.fi/en/.

23 Widmer/Bühlmann/Schüepp/Königseder (Fn. 8), 130.

24 Widmer/Bühlmann/Schüepp/Königseder (Fn. 8), 130.

25 BGH, 18. 6. 2015 – I ZR 74/14, K&R 2016, 104 ff.; BGH, 26. 11. 2015 – I ZR 3/14.

26 EuGH, 27. 3. 2014 – C-314/12, K&R 2014, 329 ff. – UPC Telekabel.

27 BGer, 8. 2. 2019 – 4A\_433/2018, BGE 145 III 72.

28 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17.

29 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 7.2

30 Richteramts Bucheggberg-Wasseramt, 18. 1. 2022 – BWZAG.2020.12-ABWALT; OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 2.

i. S. d. Art. 28 Abs. 1 ZGB mitwirkte. Das Verständnis des Begriffs „mitwirken“ ist sehr weit gefasst. Neben dem eigentlichen Urheber der Verletzung können sämtliche Personen, deren Mitwirken die Verletzung verursacht, ermöglicht oder begünstigt hat, in Anspruch genommen werden.<sup>31</sup>

Laut einem anderen Entscheid des Bundesgerichts sei es für ein Mitwirken nicht entscheidend, ob es sich nur um einen entfernten bzw. geringfügigen Tatbeitrag handle.<sup>32</sup> Laut diesem Entscheid komme es auch nicht darauf an, ob den Mitwirkenden ein Verschulden trifft oder dieser von dem widerrechtlichen Inhalt weiß oder wissen müsste. Zudem sei es für die Frage der Passivlegitimation irrelevant, ob ein rechtmäßiges Verhalten möglich oder zumutbar gewesen wäre.<sup>33</sup>

Laut eines Berichts des Schweizer Bundesrates zu der „zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Access Providern“ aus dem Jahre 2015 sollten gewisse Anforderungen an die Erheblichkeit des Tatbeitrags gestellt werden.<sup>34</sup> Ansonsten würde die Verantwortlichkeit in einem Ausmaß ausufern, dass etwa auch der Stromlieferant in die Verantwortung genommen werden könnte, da dieser durch das Liefern des Stroms ebenfalls die Verletzungshandlung begünstigt.

Das OGer Solothurn vertrat im hier gegenständlichen Fall nun jedoch die Auffassung, dass der Gesetzgeber eine möglichst weite Auslegung des „Mitwirkens“ bezweckte und somit eine Einschränkung der Passivlegitimation aufgrund von Unverhältnismässigkeit zu verneinen sei.<sup>35</sup> Laut OGer soll es durchaus denkbar sein, dass auch der Stromlieferant bei einer Persönlichkeitsverletzung in Anspruch genommen werden könnte.<sup>36</sup> Selbst wenn eine Haftung des Stromlieferanten unsachgemäß sei, wäre dies keine Frage der Passivlegitimation, sondern der Verhältnismässigkeit.<sup>37</sup> Auch bei Persönlichkeitsverletzungen in den Medien sei nicht nur der Autor, sondern auch der Produzent, die Chefredaktorin, die Druckerei, der Herausgeber etc. passivlegitimiert.<sup>38</sup> Gemäß OGer Solothurn solle dadurch dem Kläger ermöglicht werden, gegen denjenigen gerichtlich vorzugehen, der seiner Meinung nach die Persönlichkeitsverletzung am besten – aber dennoch verhältnismässig – beseitigen kann.<sup>39</sup> Manche Autoren gehen davon aus, dass eine Passivlegitimation von Access Providern bei Rechtsverletzungen Dritter ein zu hohes Risiko für diese bedeuten würde, da sie immer mit einer Klage rechnen müssten und im Falle des Unterliegens die Kosten tragen müssten.<sup>40</sup> Dieses Argument ließ das OGer Solothurn ausdrücklich nicht gelten, da sich der Kläger ebenfalls dem Kostenrisiko aussetze, wenn er einen unverhältnismässigen Anspruch geltend macht und folglich unterliegt.<sup>41</sup>

Das OGer Solothurn setzte sich auch – jedoch nur oberflächlich – mit dem Leitentscheid des BGer aus 2019 auseinander, in welchem dieses urteilte, dass Access Provider nicht für Urheberrechtsverletzungen Dritter in Anspruch genommen werden könnten.<sup>42</sup> Die Kläger brachten vor, dass dieser Entscheid im konkreten Fall nicht relevant sei, da es dabei um die Passivlegitimation von Access Providern bei Urheberrechtsverletzungen ging und damit gerade nicht um den breiten Begriff der Mitwirkung von Art. 28 ZGB. Das OGer Solothurn folgte dieser Auffassung. Das Argument des beklagten Access Providers, dass eine Prüfung nach persönlichkeitsrechtlichen Grundsätzen nicht zu einem anderen Resultat führen müsse, ließ das OGer nicht

gelten, da es auch nicht zwangsläufig zum selben Ergebnis führen müsse.<sup>43</sup>

### 3. Ergebnis und Ausblick

Aufgrund der beschriebenen Erwägungen kam das OGer Solothurn zum Schluss, dass die Registrierungsstelle als Access Provider passivlegitimiert sei und dementsprechend für Persönlichkeitsverletzungen Dritter in Anspruch genommen werden könne.<sup>44</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass dieser Anspruch auch tatsächlich besteht und z. B. eine DNS-Sperre der Websites mit persönlichkeitsverletzendem Inhalt durch die Registrierungsstelle verhältnismässig sei. Hierbei handelt es sich um keine Frage der Passivlegitimation, daher ist diese im weiteren Verfahren zu klären.

Ob die vorliegende Frage zum Bundesgericht (vor einem Endentscheid) weitergezogen werden kann, ist fraglich. Bei Zwischenentscheiden müssen hierfür zusätzliche Voraussetzungen vorliegen.<sup>45</sup> Im konkreten Fall könnten prozessökonomische Gründe dafürsprechen, da das Bundesgericht das Verfahren durch die Verneinung der Passivlegitimation beenden könnte, Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG. Das Bundesgericht kann zudem in freier Kognition entscheiden, ob es über den Zwischenentscheid urteilt oder das Ende des Verfahrens abgewartet werden soll.<sup>46</sup> Insbesondere, da das Bundesgericht die Passivlegitimation von Access Providern bei Urheberrechtsverletzungen Dritter ablehnte, wäre eine bundesgerichtliche Klärung auch bei Persönlichkeitsverletzungen begrüssenswert.<sup>47</sup>



**Lukas Bühlmann**

LL.M., College of Europe in Brügge; seit 2017 Partner bei MLL und Leiter der Praxisgruppe ICT & Digital. Berät und vertritt ein breites Spektrum von schweizerischen und internationalen Klienten in den Bereichen IT-, E-Commerce-, Datenschutz- und Werberecht.



**Max Königseder**

LL.M. in Informations- und Medienrecht; Junior Associate in der Praxisgruppe ICT bei MLL Legal, wo er insbesondere in den Bereichen Datenschutz- und IT-Recht tätig ist. Zuvor arbeitete Max Königseder bei Prof. Forgó am Institut für Innovation und Digitalisierung im Recht der Universität Wien.

31 BGer, 14. 1. 2013, 5A\_792/2011, Rn. 6.2.

32 BGer, 14. 1. 2013, 5A\_792/2011, Rn. 6.2.

33 BGer, 14. 1. 2013, 5A\_792/2011, Rn. 6.2.

34 Bericht des Bundesrates vom 11. 12. 2015, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, [www.ejpd.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/news/2015/2015-12-11/ber-br-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/news/2015/2015-12-11/ber-br-d.pdf).

35 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 5.3 und 6.2.

36 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 7.1.

37 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 7.3.

38 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 5.3.

39 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 6.3.

40 *Thouvenin*, in: *Thouvenin/Weber* (Hrsg.), *Werbung – Online*, 2017, 148 f.

41 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 7.1.

42 BGer, 8. 2. 2019 – 4A\_433/2018, BGE 145 III 72.

43 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 6.2.

44 OGer Solothurn, 3. 11. 2022 – ZKBER.2022.17, Rn. 7.2.

45 Art. 93 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

46 *Spühler/Aemisegger*, in: *Praxiskommentar Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, 2. Aufl. 2013, Art. 93 Rn. 13.

47 BGer, 8. 2. 2019 – 4A\_433/2018 = BGE 145 III 72.