

## 2. Urheberrecht | Droit d'auteur

### 2.1 Allgemeines Urheberrecht | Droit d'auteur en général

#### «Rapidshare I» Strafgericht Zug vom 30. Dezember 2020

Grenzen der schweizerischen Strafhoheit im Zusammenhang mit Internetdelikten

Einzelrichterin; teilweise Verfahrenseinstellung und Freispruch unter Kostenaufgabe;  
Akten-Nr. SE 2017 40/41/42

**StGB 24, 25.** Eine Teilnahme gilt als dort verübt, wo der Haupttäter gehandelt hat (Grundsatz der Akzessorität). Wurde die Haupttat ausschliesslich im Ausland verübt, besteht für eine im Inland begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft keine schweizerische Strafhoheit (E. I.4.1).

**URG 67 I g<sup>bis</sup>.** Der Straftatbestand des unrechtmässigen Zugänglichmachens ist mit dem Zugänglichmachen des Werks vollendet (schlichtes Tätigkeitsdelikt). Dass Personen vom zugänglich gemachten Werk Kenntnis nehmen oder darauf zugreifen, ist kein Tatbestandsmerkmal und entsprechend kein «Erfolg» im technischen Sinne (kein Erfolgsdelikt). Der Zustand der Rechtsgutverletzung kann über die Vollendung der Tat hinaus anhalten, ohne dass es dafür des Zutuns des Täters bedarf (Zustandsdelikt, nicht Dauerdelikt) (E. I.4.2).

**StGB 8, 333 I; URG 67 I g<sup>bis</sup>.** Dass im Internet zugänglich gemachte Werke auch von der Schweiz aus abrufbar sind, begründet – für sich betrachtet – keinen «Erfolgsort» und damit auch keine schweizerische Strafhoheit. Ein solcher «Erfolg» kann hingegen darin liegen, dass das Zugänglichmachen die Urheberrechte inländischer Rechteinhaber verletzt (E. I.4.3-I.4.6).

**URG 67 II, 19 I.** Im Zusammenhang mit der Gewerbmässigkeit der Beihilfe zu einer Urheberrechtsverletzung sind einzig diejenigen Einkünfte des Gehilfen zu berücksichtigen, die auf sein deliktisches Handeln zurückzuführen sind. Irrelevant ist, was von eigengebrauchsprivilegierten Nutzern an den Gehilfen gezahlt wird; entscheidend ist, welchen Anteil die deliktische Gehilfentätigkeit im Verhältnis zur legalen Tätigkeit des Gehilfen ausmacht (E. III.2).

Die im Kanton Zug domizilierte RapidShare AG («RAG») betrieb eine Filesharing-Plattform, über die Kunden Dateien auf die mutmasslich in Deutschland gelegenen Server der RAG hochladen konnten. Der Kunde erhielt dann von der RAG einen automatisch generierten Link, welcher jederzeit und überall auf der Welt den Zugang zu dieser Datei und deren Download ermöglichte. Nach der Darstellung der Staatsanwaltschaft wurde diese Filesharing-Plattform von den Kunden der RAG für Urheberrechtsverletzungen missbraucht, «indem sie urheberrechtlich geschützte Werke [...] hochladen und bewusst unrechtmässig, nämlich ohne die hierzu erforderlichen Urheberrechte bzw. Nutzungsrechte

**CP 24, 25.** On considère qu'il y a participation là où l'auteur principal a agi (principe de l'accessoirité). Si l'acte principal a été commis exclusivement à l'étranger, il n'existe pas de compétence pénale suisse pour une instigation ou une complicité commise sur le territoire national (consid. I.4.1).

**LDA 67 I g<sup>bis</sup>.** L'infraction de mise à disposition illicite est commise dès lors que l'œuvre est mise à disposition (simple délit formel). Le fait que des personnes prennent connaissance de l'œuvre mise à disposition ou y accèdent n'est pas un élément constitutif de l'infraction et ne constitue donc pas un «délit» au sens technique (pas de délit matériel). L'état de violation du bien juridique peut persister au-delà de l'accomplissement de l'infraction, sans que l'auteur n'intervienne (infraction instantanée, et non infraction continue) (consid. I.4.2).

**CP 8, 333 I; LDA 67 I g<sup>bis</sup>.** Le fait que les œuvres mises à disposition sur Internet soient accessibles depuis la Suisse ne suffit pas en soi à qualifier le pays de «lieu où le résultat s'est produit» et ne confère donc pas de compétence pénale suisse. En revanche, le résultat du délit peut consister dans le fait que la mise à disposition porte atteinte aux droits d'auteur d'ayants droit suisses (consid. I.4.3-I.4.6).

**LDA 67 II, 19 I.** En ce qui concerne le caractère professionnel de la complicité de violation du droit d'auteur, seuls les revenus du complice qui sont imputables à son activité délictueuse doivent être pris en compte. Ce qui est payé au complice par des utilisateurs bénéficiant de l'exception pour usage privé n'est pas pertinent; seule la part de l'activité délictueuse du complice par rapport à l'activité légale de ce dernier est déterminante (consid. III.2).

erworben zu haben und ohne Wissen und Einverständnis der Urheberrechtsinhaber, die dazugehörenden Links in einschlägigen Linksammlungen, Blogs und Foren publizierten, damit über diese Links die betroffenen Werke für jedermann jederzeit weltweit leicht auffindbar und zugänglich waren» (E. I.2.4.2). Welche Kunden der RAG wann welche Links in welchen Internetforen publizierten, und wo sie sich zu diesem Zeitpunkt aufhielten, ist nicht bekannt.

Die Staatsanwaltschaft wirft den drei Beschuldigten A., B. und C. zusammengefasst gewerbmässige Gehilfenschaft zu mehrfachen Vergehen gegen das Urheberrechtsgesetz gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> und Abs. 2 URG i.V.m. Art. 25

StGB vor, weil diese als verantwortliche Personen der RAG deren Kunden vorsätzlich bei solchen Urheberrechtsverletzungen geholfen hätten. Die zuständige Einzelrichterin des Strafgerichts Zug stellt die Strafverfahren teilweise mangels schweizerischer Strafgerichtshoheit ein und spricht die Beschuldigten im Übrigen frei, auferlegt zwei von ihnen aber die Verfahrenskosten und verurteilt sie zur Leistung einer Prozessumtriebsentschädigung an die Privatklägerinnen.

**Aus den Erwägungen:**

### I. Schweizerische Straf- bzw. Gerichtshoheit

[...]

#### 2.5 Begehungsort

Hinsichtlich des Begehungsortes führte die Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung aus, dass die Haupttaten gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG – zumindest in der grossen Mehrheit – im Ausland begangen worden sein dürften, wohingegen die angeklagten Beihilfehandlungen in der Schweiz vorgenommen worden seien.

[...]

#### 4. Schweizerische Gerichtsbarkeit nach Massgabe von Art. 3 StGB in Verbindung mit Art. 8 StGB?

##### 4.1 Art. 3 StGB «Verbrechen und Vergehen im Inland»/ Art. 8 StGB «Begehungsort»

4.1.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 StGB ist dem Schweizerischen Strafgesetzbuch unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen begeht (sog. Territorialitätsprinzip).

Der Begehungsort eines Deliktes wird in Art. 8 StGB definiert: Ein Verbrechen oder Vergehen gilt als da begangen, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist (Abs. 1; sog. Ubiquitätsprinzip). Der Versuch gilt als da begangen, wo der Täter ihn ausführt, und da, wo nach seiner Vorstellung der Erfolg hätte eintreten sollen (Abs. 2).

4.1.2 In den Fällen der Teilnahme (Anstiftung gemäss Art. 24 StGB und Gehilfenschaft gemäss Art. 25 StGB) begründen in der Schweiz begangene Anstiftungs- bzw. Beihilfehandlungen nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen selbständigen Anknüpfungspunkt, um einen Begehungsort nach Art. 3 und 8 StGB zu bestimmen. Nach dem Grundsatz der Akzessorietät gilt die Teilnahme als dort verübt, wo der Täter gehandelt hat. Wenn die Haupttat ausschliesslich im Ausland verübt wurde, besteht für eine in der Schweiz begangene Anstiftung oder Gehilfenschaft keine schweizerische Strafhoheit (vgl. BGE 144 IV 265 ff., Bestätigung der Rechtsprechung).

4.1.3 Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 1–110 StGB) finden auch auf Taten

Anwendung, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, soweit diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen (Art. 333 Abs. 1 StGB).

#### 4.2 Qualifikation von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG als Tätigkeits- und als Zustandsdelikt

[...]

4.2.3 Nach Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG macht sich strafbar, «wer vorsätzlich und unrechtmässig ein Werk mit irgendwelchen Mitteln so zugänglich macht, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben».

4.2.3.1 Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung bzw. bei einer grammatikalischen Auslegung ergibt sich, dass es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt handelt. Dem Begriff «zugänglich machen» ist immanent, dass damit jemand anderem Zugang verschafft wird. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft kann darin bzw. im «zugänglich sein» kein Erfolg im Sinne eines Erfolgsdeliktes erkannt werden.

4.2.3.2 «Das geschützte Rechtsgut der urheberrechtlichen Strafnormen nach Art. 67 URG besteht im freien Verfügungsrecht des Urhebers über sein Werk, soweit dieses Recht nicht durch gesetzliche Schranken eingeschränkt ist. Aufgrund der ausschliesslichen Verfügungsmacht kann der Urheber alleine darüber entscheiden, ob, wann und wie sein Werk oder Teile davon verwendet werden (Nutzungsrechte). Wird eine Tathandlung nach Art. 67 StGB ausgeführt, etwa ohne Einverständnis des Urhebers eine Kopie eines Werkexemplars hergestellt (Art. 67 Abs. 1 lit. e URG), wird das strafrechtlich gesicherte Schutzrecht des Urhebers verletzt. Es handelt sich bei den verschiedenen Tathandlungsvarianten von Art. 67 URG daher um *Verletzungsdelikte*, die mit Ausführung der Handlung vollendet sind (*schlichte Tätigkeitsdelikte*)» (CH. SCHWARZENEGGER, Cyberkriminalität und das neue Urheberstrafrecht, ZSR 2008 II, 462 f. m.w.H.).

«Die Einführung der Tathandlungsvariante des Zugänglichmachens in Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG schützt das ausschliessliche Nutzungsrecht von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG, das bisweilen als «On-Demand-Recht» bezeichnet wird. Die Bestimmungen gehen auf Art. 8 WCT zurück und garantieren dem Rechteinhaber das exklusive Recht, seine Werke in drahtgebundener oder drahtloser Form abrufbar zu machen» (SCHWARZENEGGER, 465 m.w.H., im Zusammenhang mit dem unrechtmässigen Zugänglichmachen von Werkdaten in sog. «P2P-Netzwerken»).

4.2.3.3 Der Tatbestand ist mit der Vornahme der Handlung – dem unrechtmässigen Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Werks – vollendet. Dass Personen davon Kenntnis nehmen oder auf das Werk tatsächlich zugreifen, ist zur Erfüllung des Tatbestands nicht vorausgesetzt bzw. nicht Tatbestandsmerkmal.

In der vorliegenden Konstellation wurden die auf RAG-Servern gespeicherten Dateien mit den allfällig ur-

heberrechtlich geschützten Inhalten im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG zugänglich gemacht und der Tatbestand vollendet, indem Kunden der RAG die entsprechenden Zugangs- bzw. Download-Links unberechtigt im Internet publizierten.

Das von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG geschützte Rechtsgut – das ausschliessliche Nutzungsrecht von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG des Urhebers bzw. dessen exklusives Recht, seine Werke in drahtgebundener oder drahtloser Form abrufbar zu machen – wurde mit dieser Publikation und damit bereits mit der verbotenen Tathandlung als solcher und nicht erst mit einer vom Verhalten der Täter verschiedenen bzw. darüber hinausgehenden, abgrenzbaren Wirkung verletzt. Es handelt sich mithin um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt und nicht um ein Erfolgsdelikt.

[...]

4.2.3.4 Daran, dass kein Erfolg im technischen Sinne eines Erfolgsdelikts vorliegt, ändern auch die von der Staatsanwaltschaft ins Feld geführten Umstände nichts, dass einerseits der unrechtmässige Zustand so lange angedauert habe, wie die Zugangs- bzw. Download-Links publiziert und aktiviert und die zugehörigen Dateien auf den Servern der RAG gespeichert blieben, und dass andererseits der Haupttäter während der gesamten Zeit die Tatmacht über das Zugänglich-Sein auf Abruf gehabt hätte, «da er die betroffene Datei mit dem Lösch-Link, welchen er beim Upload von der RAG erhalten hatte (...) jederzeit löschen – oder dies eben unterlassen konnte».

[...]

In der vorliegenden Konstellation verletzen die Kunden der RAG mit der unberechtigten Publikation der Zugangs- bzw. Download-Links zu urheberrechtlich geschützten Werken im Internet die von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG geschützten Rechte der Urheber und schufen damit einen unrechtmässigen Zustand, welcher in der Folge ohne ihr Zutun – für unbekannt Zeit – anhielt. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft kann dieser Umstand nicht als technischer Erfolg im Sinne eines Erfolgsdeliktes gewertet werden und bedeutet dieser Umstand im Lichte der vorzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung [BGE 131 IV 83 ff. E. 2.1.2; BGer vom 19. Juli 2017, 6B\_215/2017, E. 2.3; BGer vom 2. Juni 2007, 6B\_67/2007, E. 4.1] des Weiteren auch nicht, dass es sich bei Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG um ein Dauerdelikt handeln würde. Vielmehr handelt es sich bei diesem Tatbestand um ein Zustandsdelikt.

Auch die von der Staatsanwaltschaft angeführte Tatmacht der Kunden der RAG bis zur Deaktivierung des im Internet publizierten Links oder bis zur Löschung der entsprechenden Datei auf den Servern der RAG begründet kein Dauerdelikt:

Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Ehrverletzungsdelikte grundsätzlich als Zustandsdelikte zu werten, wobei dies explizit auch für ehrverletzende Äusserungen in Druckerzeugnissen (Buch) oder durch ehrverletzende Äusserungen in einem Blog auf einer Internetseite, welche vom Täter jederzeit hätten selbstständig

entfernt werden können, bestätigt wurde (BGer vom 2. Juni 2007, 6B\_67/2007, E. 4.1 m.w.H. [Buch]; BGE 142 IV 18 ff. E. 2.5; BGE 131 IV 83 ff. E. 2.1.2 m.w.H.; vgl. auch BGE 143 IV 193 ff. betreffend Rassendiskriminierung gemäss Art. 261<sup>bis</sup> StGB).

Diese Rechtsprechung kann sinngemäss auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Dies umso mehr, als dass der Tatbestand der üblen Nachrede erst mit der Kenntnisnahme der ehrverletzenden Äusserung durch einen Dritten vollendet ist und sich demzufolge diesbezüglich – in Abweichung zu Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG – die Frage stellt, ob diese Kenntnisnahme als Erfolg im technischen Sinne der Erfolgsdelikte zu gelten hat (vgl. dazu BGE 125 IV 177 ff. E. 3.a).

[...]

4.2.5 Zusammenfassend ist als Zwischenfazit und in Übereinstimmung mit den Verteidigungen festzuhalten, dass es sich beim Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt und ein Zustandsdelikt handelt.

### 4.3 Kein Ausführungsort in der Schweiz

#### 4.3.1 Massgebender Ausführungsort

Als Ausführungsort im Sinne von Art. 8 StGB gilt bei einem über Internet begangenen Urheberrechtsdelikt nach Lehre und Rechtsprechung der Ort der Dateneinspeisung und nicht der Betriebsort des benutzten Servers. «Bei Delikten, deren Ausführungshandlung in einem Äusserem, Verbreiten, Darstellen oder Zugänglichmachen (Datenweitergabedelikte) bestehen, ist massgebend der Aufenthaltsort des Täters im Moment der Eingabe des Übermittlungs- bzw. Abspeicherungsbefehls, mit dem die Daten auf den öffentlichen Bereich der Festplatte eines Rechners (Web-Server, Usenet-Server) transferiert werden, wenn der Tatbestand Öffentlichkeit voraussetzt» (CH. SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStR 2000, 109 ff., 118 m.w.H.; A. BAUMGARTNER, Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Zürich 2014, 90 ff.; BGer, sic! 1999, 635 f., «Lyrics»).

Nach dem Urteil des BGer vom 7. Februar 2011 können verschiedene Indizien (im beurteilten Fall E-Mail-Adressen von Nutzern mit der Endung «.ch», Schweizer IP-Adressen, übliches Nutzerverhalten im Zusammenhang mit «P2P»-Netzwerken) zusammen den Beweis erbringen, dass eine Haupttat (im beurteilten Fall Upload von urheberrechtlich geschützten Dateien) in der Schweiz gegeben ist (BGer, sic! 2011, 305 ff. E. 3.1 ff., «Internet-Piraterie»).

#### 4.3.2 Keine Tathandlung in der Schweiz

Anders als in den vorzitierten Beispielen aus Lehre und Praxis ist das tatbestandsmässige Verhalten im vorliegenden Fall weder die unrechtmässige Abspeicherung urheberrechtlich geschützter Daten auf einem öffentlichen Bereich eines Servers noch das rechtswidrige Anbieten urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet auf dem Server einer

Schweizer Gesellschaft (BGer, sic! 1999, 635 f. E. 2a «Lyrics» m.H. [zu aArt. 346 StGB]) noch der Betrieb einer Webseite inkl. Linksammlung, über welche urheberrechtlich geschützte Inhalte über «Hash-Links» sowie ein «P2P-Programm» herunter- und hochgeladen werden konnten (Art. 67 Abs. 1 lit. f und g URG; BGer, sic! 2011, 305 ff., «Internet-Piraterie»).

In der vorliegenden Konstellation wurden die von Kunden auf den Servern der RAG gespeicherten Dateien mit den allfällig urheberrechtlich geschützten Inhalten im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG zugänglich gemacht und der Tatbestand erfüllt, indem die Kunden der RAG die entsprechenden Zugangs- bzw. Download-Links unberechtigt im Internet publizierten oder deren Publikation durch Dritte veranlassten.

Als Handlungs- bzw. Ausführungsort im Sinne von Art. 8 StGB gilt demnach der physische Aufenthaltsort der Kunden der RAG bzw. der von diesen beauftragten Dritten im Moment der Veranlassung der Publikation der Links im Internet.

Wie bereits [...] ausgeführt, ist nicht bekannt, wo bzw. in welchem Land sich die betreffenden Kunden der RAG im Zeitpunkt der Publikation eines Zugangs- bzw. Download-Links im Internet aufhielten. M.a.W. lässt sich nicht beweisen, dass auch nur ein einziger (Haupt-)Täter in der Schweiz handelte und der Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG auch nur in einem einzigen Fall in der Schweiz erfüllt wurde.

Selbst wenn in Abweichung von Lehre und Rechtsprechung der Betriebsort der von der RAG zur Verfügung gestellten und von deren Kunden benutzten Servern als Ausführungsort im Sinne von Art. 8 StGB gewertet würde, ergäbe sich daraus keinen Bezug zur Schweiz, wurden diese Server doch, wie bereits erwähnt, in Deutschland betrieben.

[...]

#### 4.4 Kein Erfolg in der Schweiz (im technischen Sinne der Erfolgsdelikte)

Wie vorstehend im Einzelnen dargelegt, handelt es sich beim Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG nicht um ein Erfolgs-, sondern um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt.

Fehlt es mithin an einem über die Tathandlung hinausgehenden, von ihr abgrenzbaren Erfolg im technischen Sinne der Erfolgsdelikte, fehlt es unter diesem Aspekt auch an einem Erfolgsort gemäss Art. 8 Abs. 1 StGB, welcher gegebenenfalls als Begehungsort im Sinne von Art. 3 StGB zu qualifizieren wäre.

[...]

#### 4.6 «Erfolg» im Sinne von Art. 8 StGB im konkreten Fall?

[...]

4.6.3 Zusammenfassend ist als Zwischenfazit [...] festzuhalten, dass allein der Umstand, wonach die von den

Haupttätern im Internet publizierten Zugangs- bzw. Download-Links zu den Servern der RAG auch von der Schweiz aus auffindbar waren und auch von der Schweiz aus Zugriff auf allfällig urheberrechtlich geschützte Dateiinhalte erlauben, keinen «Erfolgsort» im Sinne von Art. 8 Abs. 1 StGB zu begründen vermag.

Anhaltspunkte dafür, dass die Haupttäter – die Links veröffentlichenden Kunden der RAG – spezifisch ein schweizerisches Zielpublikum anvisiert hätten, sind den vorliegenden Akten nicht zu entnehmen.

4.6.4 Bleibt somit zu prüfen, ob durch die Publikation von Zugangs- bzw. Downloadlinks zu den auf den RAG-Servern gespeicherten Dateien mit den allfällig urheberrechtlich geschützten Inhalten die Urheberrechte von Schweizer Gesellschaften bzw. Verlagen oder Autoren verletzt wurden. Gegebenenfalls kann eine Verletzung von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG zum Nachteil schweizerischer Betroffener in extensiver Auslegung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Wirkung, die als ausreichender Anknüpfungspunkt für die schweizerische Gerichtsbarkeit erscheint und als ein «Erfolg» im Sinne von Art. 8 StGB zu qualifizieren ist, bewertet werden.

[Nach Auffassung des Gerichts bestehen hinsichtlich der Privatklägerinnen 1, 2, 3, 5 und 6, die allesamt ausländische Verlage oder schweizerische Ableger ausländischer Verlagsgruppen sind, keine solche ausreichenden Anknüpfungspunkte für die schweizerische Gerichtsbarkeit]

4.6.4.3 Anders verhält es sich hingegen bei der Privatklägerin 4, mit Sitz in der Schweiz. Gemäss dem beigezogenen Handelsregisterauszug hat sie den Zweck: «Führung einer Verlagsbuchhandlung für Medizin und Naturwissenschaften ...» und figuriert bei allen in der Anklageschrift genannten Positionen denn auch unter den Titeln «Verlag» und «Imprint» selbst; kommt hinzu, dass zumindest mit Bezug auf eine Position [...] auch Schweizer Autoren genannt sind. Bei der Privatklägerin 4 und den genannten Autoren handelt es sich um schweizerische (Direkt-)Betroffene allfälliger Verletzungen ihrer Rechte nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG. Diese Wirkung in der Schweiz erscheint – wie erwähnt, in extensiver Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – als ausreichender Anknüpfungspunkt für die schweizerische Gerichtsbarkeit und ist als ein «Erfolg» im Sinne von Art. 8 StGB zu qualifizieren.

[...]

#### 5. Fazit/Teilweise Verfahrenseinstellung mangels schweizerischer Strafgerichtshoheit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es im vorliegenden Fall – mit Ausnahme der Tatvorwürfe betreffend die Privatklägerin 4 – an einer schweizerischen Strafgerichtshoheit fehlt.

Die Strafverfahren gegen die drei Beschuldigten A., B. und C. betreffend gewerbmässige Gehilfenschaft zu mehrfachen Vergehen gegen das Urheberrechtsgesetz gemäss

Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> und Abs. 2 URG i.V.m. Art. 25 StGB sind daher teilweise mangels schweizerischer Strafgerichtshoheit einzustellen.

[...]

### III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

#### 1. Urheberrechtsverletzungen zum Nachteil der Privatklägerin 4

##### 1.1 [...]

Gegenüber dem Beschuldigten B. erhebt die Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Privatklägerin 4 zu Recht keinen Tatvorwurf, nahm der Beschuldigte seine berufliche Tätigkeit für die RAG doch erst im September 2010 und mithin erst nach der beanstandeten Publikation der vorgenannten Positionen [Werke im Verlag der Privatklägerin 4] auf.

[...]

#### 2. Vorwurf der gewerbsmässigen Gehilfenschaft

2.1 Die Staatsanwaltschaft wirft den drei Beschuldigten vor, sie hätten gewerbsmässig gemäss Art. 67 Abs. 2 URG vorsätzlich Hilfe geleistet zu mehrfachen Vergehen gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG.

[...]

2.3 Für eine gewerbsmässige Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung sind [...] einzig die deliktische Tätigkeit bzw. diejenigen Einkünfte, welche auf deliktisches Handeln zurückzuführen sind, massgebend.

2.4 Die Staatsanwaltschaft und die Privatklägerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass sämtlicher Umsatz bzw. Gewinn der RAG bzw. der gesamte ausbezahlte Lohn zur Begründung der Gewerbsmässigkeit der für sie handelnden Personen herangezogen werden könne. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

2.4.1 Die Anklage wirft den Verantwortlichen der RAG nicht vor, (Mit-)Täter der zur Diskussion stehenden Urheberrechtsverletzungen zu sein. So wird den Beschuldigten nicht vorgeworfen, selbst Werke zugänglich gemacht, einschlägige Link-Sammlungen betrieben noch Links in solchen Sammlungen, Blogs o.Ä. veröffentlicht zu haben.

Die RAG und mit dieser die verantwortlichen Personen könnten jedoch in Übereinstimmung mit der Anklage möglicherweise Gehilfen sein, indem sie durch ihr Angebot ihren Kunden ermöglichten, urheberrechtlich geschützte Werke hochzuladen und diese durch Publikation des entsprechenden Links der Weltöffentlichkeit zugänglich zu machen.

Dass die RAG ihre Kunden aktiv dazu animiert hätte, möglichst viele urheberrechtlich geschützte Werke hochzuladen, wird von der Staatsanwaltschaft nicht geltend gemacht und ist auch aus den Akten nicht ersichtlich.

2.4.2 Die Privatklägerinnen machen geltend, dass das Geschäftsmodell der RAG auf Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden ausgerichtet gewesen sei. So sei der Upload kostenlos gewesen, der [ebenfalls angebotene] Gratis-Download jedoch mühselig und zeitaufwendig. Dadurch seien die «Download-Kunden» zum Abschluss kostenpflichtiger Accounts animiert bzw. gedrängt worden.

Diese – von den Verteidigungen bestrittene – Sachverhaltsdarstellung der Privatklägerinnen geht über die Umschreibung in den Anklageschriften. Die Privatklägerinnen unterstellen den Beschuldigten mit ihren Ausführungen, dass die RAG Urheberrechtsverletzungen geradezu angestrebt hätte, um dadurch mehr kostenpflichtige Accounts vergeben zu können.

Die Staatsanwaltschaft wirft den Beschuldigten hingegen «nur» vor, von den kostenpflichtigen Accounts der Downloader, welche urheberrechtsverletzende Inhalte herunterzuladen, ökonomisch profitiert zu haben. Dieser Anklagesachverhalt darf aufgrund des Anklagegrundsatzes vom Gericht nicht um den Vorwurf der Privatklägerinnen erweitert werden.

Ohnehin erschliesst sich jedoch nicht, welchen Anreiz die Uploader hatten, urheberrechtsverletzende Inhalte zu publizieren. So gewährte die RAG, soweit ersichtlich und in den Anklageschriften auch nicht geltend gemacht, den Uploadern für viele Downloads keine besonderen Vorteile wie z.B. gute Rankings, grössere Reichweite oder finanzielle Belohnungen. Weshalb die kostenpflichtigen Downloads die Uploads und Publikation potentiell urheberrechtsverletzender Inhalte begünstigt haben sollen, ist deshalb nicht nachvollziehbar.

Der Download von urheberrechtlich geschützten Inhalten zum Eigengebrauch ist in der Schweiz, wie von den Verteidigungen zutreffend vorgebracht, nicht strafbar. Der RAG bzw. ihren Organen kann daher auch kein Vorwurf gemacht werden, Einkünfte aus Downloads potentiell urheberrechtsverletzender Inhalte zum Eigengebrauch generiert zu haben.

Die Möglichkeit kostenpflichtiger Abonnements für Downloads stellte keinen direkten Anreiz für die Publikation hochgeladener, urheberrechtsverletzender Inhalte dar. Somit bleibt es beim staatsanwaltschaftlichen Vorwurf, dass die RAG von den potentiell urheberrechtsverletzenden Inhalten profitiert hatte, indem deswegen mehr kostenpflichtige Downloadzugänge gelöst wurden. Der Vorwurf der Ausrichtung des Geschäftsmodells auf urheberrechtsverletzende Uploads findet hingegen keine Stütze in der Anklage und den Akten.

2.4.3 Die Staatsanwaltschaft führt in den drei Anklageschriften aus, es sei auf der Plattform der RAG zu «zehntausenden von Urheberrechtsverletzungen pro Monat» gekommen. Die verantwortlichen Personen der RAG hätten «mindestens mehrere zehntausend Meldungen über solche Urheberrechtsverletzungen (sog. Takedownbegehren bzw. Takedown notices) pro Monat» erhalten.

Ob, wie von der Staatsanwaltschaft errechnet und geltend gemacht, tatsächlich zehntausende solcher Takedown-Begehren pro Monat bei der RAG eintrafen, kann offen bleiben. Die Vielzahl der in den vorliegenden Akten vorhandenen Takedown-Begehren vermag zwar den Verdacht zu begründen, dass zahllose Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, doch werden diese angeblichen Urheberrechtsverletzungen in der Anklage nicht näher bzw. konkret angeführt. Insbesondere aber führt die Staatsanwaltschaft keinen Beweis zum Thema, ob den Takedown-Begehren auch tatsächlich Urheberrechtsverletzungen zu Grunde lagen, und falls dem so gewesen sein sollte, ob und mit welchen konkreten Massnahmen die RAG im konkreten Einzelfall auf ein Takedown-Begehren reagierte. Die Anklage begnügt sich diesbezüglich auf die pauschale Angabe, dass die von der RAG betriebenen Abwehrmassnahmen unnütz und unzureichend gewesen seien.

2.4.4 Abgesehen davon werden in den drei Anklageschriften die angeblich zehntausenden Begehren nicht mit der Gesamtzahl an hochgeladenen Dateien ins Verhältnis gesetzt, weshalb nicht beurteilt werden kann, in welchem Umfang die RAG überhaupt Urheberrechtsverletzungen ermöglicht haben soll, und ob dies gegebenenfalls einen derart relevanten Geschäftsanteil hätte darstellen können, dass das Geschäftsmodell als auf solche Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet zu bezeichnen wäre.

2.4.5 Zusammengefasst geht weder aus dem Anklagesachverhalt hervor noch ist mit den verfügbaren Beweismitteln zu erstellen, dass das Geschäftsmodell der RAG einzig auf Beihilfe zu Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet gewesen wäre. Dementsprechend geht auch nicht an, sämtliche (n.b. in den Anklagen nicht genannte) Einnahmen der RAG bzw. die von dieser ausgerichteten Dividenden als «Einkünfte» aus deliktischer Tätigkeit bzw. aus Gehilfenschaft zu Urheberrechtsverletzungen zu werten.

2.5 Für die Beurteilung der Gewerbsmässigkeit sind nur diejenigen Einnahmen heranzuziehen, welche tatsächlich auf potentielle Gehilfenschaft zu Urheberrechtsverletzungen zurückgeführt werden können. Einnahmen aus legalen Tätigkeiten sind hingegen von diesen abzugrenzen. Die Gewerbsmässigkeit lässt sich auch bei der Abgrenzung der potentiell urheberrechtsverletzend und der legal genutzten Angeboten der RAG nicht erstellen.

2.5.1 Die RAG führte als Aktiengesellschaft ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe und war unbestritten gewinnorientiert. Ebenso ist unbestritten, dass die Beschuldigten durch ihre Tätigkeit bei der RAG Einkommen (Lohn und/oder Dividenden) generierten und ihre Tätigkeit als Berufsausübung verstanden werden kann. Allerdings ergibt sich aus der Anklage nicht, dass das Geschäftsmodell der RAG per se illegal war und somit sämtliche damit erzielten Einkünfte deliktischer Herkunft gewesen wären. Vielmehr war das Geschäftsmodell in Übereinstimmung mit den Ver-

teidigungen durchaus auf eine legale Nutzung des Angebots durch die Kunden angelegt und konnte damit ein legaler Gewinn erzielt werden. Für die Beurteilung einer gewerbsmässigen Beihilfe zu Urheberrechtsverletzung ist somit entscheidend, welchen Anteil die angeblich deliktische (Gehilfen-)Tätigkeit im Verhältnis zur legalen Tätigkeit der RAG aufwies.

2.5.2 Den drei Anklageschriften ist nicht zu entnehmen, welche Anteile der Einkünfte der Beschuldigten auf legale und welche auf angeblich illegale Tätigkeit zurückzuführen waren. So ist aus der Anklage nicht ersichtlich, welche Einnahmen die RAG generierte (Umsatz, Gewinn, Anzahl kostenpflichtige Abonnemente, Kosten für ein Abonnement etc.). Aus den Anklagen ist aufgrund der angeführten Dividendenzahlungen einzig ersichtlich, dass die RAG einen ausschüttbaren Gewinn erzielte. Die ausbezahlten Dividenden lassen dabei ohne weitere Angaben keine Rückschlüsse auf die Geschäftstätigkeit zu. Zudem fehlt eine Umschreibung, in welcher Grössenordnung sich die Einnahmen der RAG für die illegalen Inhalte und deren Relation zu den legal erwirtschafteten Einkünften bewegt haben sollen. So bleibt unklar, wie viele Kunden die RAG in der von der Staatsanwaltschaft als relevant angeführten Zeitspanne 2010–2012 hatte, wie viele «Uploader» die RAG damals hatte, wie viele Dateien sich von Kunden auf den Servern der RAG damals befanden (gemäss den nicht zu widerlegenden Angaben der Beschuldigten handelte es sich um «Millionen»), wie viele «Downloader» die RAG damals hatte und wie viele davon einen kostenpflichtigen Premium Account (und zu welchem Preis) gebucht hatten, welche Einkünfte die RAG mit kostenpflichtigen Accounts erzielte, wie viele Up- und Downloads urheberrechtlich geschützte Inhalte betrafen oder welchen Anteil urheberrechtlich geschützte Dateien an der gesamten Datenmenge ausmachten.

2.5.3 Für eine aussagenkräftige Beurteilung der (legalen oder illegalen) Einnahmen müssten jedoch zumindest Teile der vorgenannten Angaben in der Anklage umschrieben werden. Die Anklage begnügt sich jedoch damit, der RAG bzw. der für sei handelnden Personen vorzuwerfen, «dass dem von ihnen betriebenen File-Hosting-System andauernde strafbare Urheberrechtsverletzungen von Kunden (Uploadern) in sehr hoher Anzahl immanent waren». Diese vage Umschreibung ist jedoch nicht geeignet, die Höhe der damit generierten Einnahmen zumindest annähernd zu bestimmen und so ein gewerbsmässiges Vorgehen erkennen zu können. Die fehlenden Angaben lassen sich auch nicht aus den Akten entnehmen. Selbst in grosszügiger Interpretation des Anklagegrundsatzes lässt sich somit nicht erstellen, in welchem Umfang die Beschuldigten von der angeblichen Gehilfenschaft zu Urheberrechtsverletzungen persönlich ökonomisch profitiert haben sollen.

[...]

2.7 Den drei Beschuldigten kann demzufolge ein gewerbsmässiges Vorgehen im Zusammenhang mit den angeklagten

Beihilfehandlungen zu Urheberrechtsverletzungen der Kunden der RAG nicht nachgewiesen werden. Sie sind deshalb vom Vorwurf der gewerbsmässigen Gehilfenschaft zu mehrfachen Vergehen gegen das Urheberrechtsgesetz gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> und Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 25 StGB freizusprechen.

### 3. Einfache (nicht gewerbsmässige) Gehilfenschaft zu Urheberrechtsverletzungen

[Das Gericht kommt zum Schluss, dass eine Verurteilung aufgrund der nicht gewerbsmässigen Tatbestandsvariante infolge Verjährung ausser Betracht fällt.]

### IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

[Das Gericht auferlegt den Beschuldigten A. und C. – trotz Freispruchs – in Anwendung von Art. 426 Abs. 2 StPO Verfahrenskosten und verpflichtet sie zur Zahlung einer Partei-umtriebsentschädigung an die Privatklägerinnen.]

#### Hinweis

*Die Beschuldigten A. und C. haben das Urteil in Bezug auf den Kostenentscheid an das OGer Zug weitergezogen. Erfolglos: Die Berufungen wurden mit dem gleich nachfolgend abgedruckten Entscheid vom 24. Oktober 2022 («Rapidshare II») abgewiesen.*

Wf

## «Rapidshare II» Obergericht Zug vom 24. Oktober 2022

Kostenauflage trotz Freispruchs

Strafabteilung; Abweisung der Berufungen; Akten-Nr. S 2021 49

**StPO 426 II; URG 10; OR 41, 50 I.** Die Kosten eines Strafverfahrens können einem Beschuldigten trotz Einstellung bzw. Freispruchs auferlegt werden, wenn sich diese Kosten adäquat kausal aus einem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten des Beschuldigten ergeben (hier: fahrlässige Verletzung von Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Filesharing-Plattform) (E. 2).

**URG 10; OR 50 I.** Der Betrieb einer Filesharing-Plattform steht in einem adäquat kausalen Verhältnis zu Urheberrechtsverletzungen, die von Plattform-Kunden über die Plattform begangen werden. Der Plattformbetreiber kommt deshalb als Gehilfe zu diesen Urheberrechtsverletzungen in Frage (E. 7).

**URG 10, 39d; OR 50 I.** Den Betreiber einer Filesharing-Plattform, die von Plattform-Kunden erkennbar in grossem Ausmass für Urheberrechtsverletzungen genutzt wird, trifft eine über die Beseitigung urheberrechtsverletzender Inhalte («Takedown») hinausgehende Pflicht, die technisch möglichen und praktisch zumutbaren Massnahmen zu treffen, um den erneuten Upload und die Veröffentlichung urheberrechtsverletzender Inhalte zu verhindern («Staydown») (E. 8–9).

Der Sachverhalt wurde im Zusammenhang mit dem ebenfalls in diesem Heft abgedruckten vorinstanzlichen Urteil des StrafGer Zug vom 30. Dezember 2020 («Rapidshare I») beschrieben.

Die von den Beschuldigten A. und C. erhobenen Berufungen richten sich einzig gegen den Kostenentscheid.

**CPP 426 II; LDA 10; CO 41, 50 I.** Les frais d'une procédure pénale peuvent être mis à la charge d'un prévenu, même en cas d'ordonnance de classement ou d'acquiescement, si ces frais résultent de manière causale d'un comportement de sa part répréhensible sur le plan civil (en l'espèce: violation par négligence d'une obligation de comportement liée à l'exploitation d'une plate-forme de partage de fichiers) (consid. 2).

**LDA 10; CO 50 I.** Il existe une relation de causalité adéquate entre l'exploitation d'une plate-forme de partage de fichiers et des violations du droit d'auteur commises par les clients de la plate-forme via celle-ci. Par conséquent, l'exploitant de la plate-forme peut être considéré comme complice de ces violations du droit d'auteur (consid. 7).

**LDA 10, 39d; CO 50 I.** L'exploitant d'une plate-forme de partage de fichiers qui est manifestement utilisée à grande échelle par les clients de la plate-forme pour commettre des violations de droits d'auteur a l'obligation, en plus de supprimer les contenus qui portent atteinte aux droits d'auteur («takedown»), de prendre les mesures possibles du point de vue technique et raisonnablement exigibles du point de vue pratique pour empêcher que des contenus violant les droits d'auteur soient à nouveau téléchargés et publiés («staydown») (consid. 8–9).

#### Aus den Erwägungen:

### II. Kosten des Vorverfahrens und erstinstanzlichen Hauptverfahrens

1. Die Vorinstanz stellte das Verfahren gegen die Beschuldigten zu grossen Teilen ein und sprach sie im Übrigen frei.

Die jeweilige Verfahrenseinstellung und der jeweilige Freispruch sind [...] in Rechtskraft erwachsen. Den Beschuldigten können die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Hauptverfahrens somit nur nach Massgabe von Art. 426 Abs. 2 StPO auferlegt werden.

2. Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Das Verhalten einer beschuldigten Person ist widerrechtlich, wenn es klar gegen Normen der Rechtsordnung verstösst, die sie direkt oder indirekt zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten (vgl. Art. 41 Abs. 1 OR). Vorausgesetzt sind regelmässig qualifiziert rechtswidrige, rechtsgenüchlich nachgewiesene Verstösse. Die Verfahrenskosten müssen mit dem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten in einem adäquat-kausalen Zusammenhang stehen. Eine Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens verstösst gegen die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK), wenn der beschuldigten Person in der Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, es treffe sie ein strafrechtliches Verschulden. Damit käme die Kostenaufgabe einer Verdachtsstrafe gleich. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person die Kosten zu überbinden, wenn sie in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verletzt und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. In tatsächlicher Hinsicht darf sich die Kostenaufgabe nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen (BGer vom 9. September 2020, 6B\_660/2020, E. 1.3 m.H.).

[...]

7.

7.1 Der RAG bzw. den Beschuldigten wird nicht vorgeworfen, selbst Urheberrechtsverletzungen begangen zu haben, sondern an den Urheberrechtsverletzungen durch ihre Nutzer teilgenommen bzw. mitgewirkt zu haben. Die Verteidigungen bestreiten eine solche Mitwirkung bzw. Teilnahme. Eine Teilnahme kann namentlich in der Begünstigung oder Erleichterung von Rechtsverletzungen bestehen. Eine solche liegt vor, wenn die Person der Schutzrechtsverletzung Vorschub leistet, sie fördert (BGE 145 III 72 ff. E. 2.2.1; 129 III 588 ff. E. 4.1). Dabei genügt nicht jede beliebige Tathandlung, die lediglich «irgendwie» von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst steht. Der Beitrag muss vielmehr adäquat-kausal sein. Nach allgemeinen Grundsätzen gilt ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des

eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 145 III 72 ff. E. 2.3.1 m.H.)

7.2 Die RAG stand anders als der im BGE 145 III 72 ff. betroffene Access-Provider in einer geschäftlichen Beziehung zum Uploader, dem Urheberrechtsverletzer. Die RAG ermöglichte nicht einfach den Internetzugang, sondern stellte dem Uploader Speicherplatz auf ihren Servern zur Verfügung. Sie speicherte die Dateien des Uploaders auf ihren Servern. Folglich stand sie viel näher an der Haupttat als der Access-Provider (vgl. BGE 145 III 72 ff. E. 2.1). Indem sie dem Uploader ihre Plattform zur Verfügung stellte, wirkte sie bei der Urheberrechtsverletzung mit, gleich wie der Bloghost dem Blogger den Platz für dessen Blog zur Verfügung stellt und an der Persönlichkeitsverletzung durch den Blogger mitwirkt (BGer vom 14. Januar 2013, 5A\_792/2011, E. 6.3). Es trifft zwar zu, dass nicht die RAG die Dateien öffentlich zum Abruf freigegeben hat, sondern dies durch ihre Nutzer erfolgte, indem diese den Link veröffentlichten. Anders als im von den Verteidigungen zitierten Urteil BGer vom 8. Februar 2019, 4A\_433/2018, E. 2.3.2 (= BGE 145 III 72 ff.) waren die Dritten (vorliegend die Uploader), welche die Dateien durch das Publizieren des Links effektiv zugänglich machten, aber Kunden der RAG. Denn die RAG hat ihr Verhältnis zu den Uploadern eingehend in ihren AGB geregelt. Diese Qualifikation gilt, auch wenn die Uploader den Dienst kostenlos nutzen konnten, da die Leistungen der RAG grundsätzlich kostenlos waren. Die RAG hat damit an den Handlungen ihrer Kunden mitgewirkt und nicht etwa an den Handlungen eines beliebigen Dritten, mit dem sie in keinerlei Verbindung stand. Zudem bestand auch eine Kundenbeziehung zu den Downladern. Auch die Downloader waren Nutzer der RAG-Plattform. Eine verstärkte Beziehung zu den Downladern bestand, wenn diese für erweiterte Downloadfunktionen ein kostenpflichtiges Paket abgeschlossen. Die RAG stand also sowohl mit den Up- als auch den Downladern in einer Kundenbeziehung. Sie hat sie zusammengebracht. Ohne dieses Zusammenbringen aufgrund der angebotenen Dienstleistung wären die Urheberrechtsverletzungen nicht möglich gewesen. Das Anbieten einer File-Sharing-Seite, die vor allem auf den intensiven Download von Dateien ausgelegt war (dazu nachfolgend E. II.8.3), war überdies zweifellos geeignet, Urheberrechtsverletzungen durch das der Öffentlichkeit Zugänglichmachen von Werken zu begünstigen, weshalb der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Dienstleistung der RAG und den Urheberrechtsverletzungen durch ihre Nutzer zu bejahen ist.

8. Nachfolgend ist daher zu prüfen, welche zivilrechtlichen Pflichten die RAG im Zusammenhang mit den vorgeworfenen Urheberrechtsverletzungen trafen.

8.1 Der am 1. April 2020 in Kraft getretene Art. 39d URG regelt die Pflichten der Betreiber von Internet-Hosting-Diensten im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen.

Nach Art. 39d Abs. 1 URG ist der Betreiber eines Internet-Hosting-Dienstes, der von Benützern und Benutzerinnen eingegebene Informationen speichert, verpflichtet, zu verhindern, dass ein Werk oder ein anderes Schutzobjekt Dritten mithilfe seines Dienstes erneut widerrechtlich zugänglich gemacht wird. Diese Pflicht besteht jedoch nur, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: (a) Das Werk oder das andere Schutzobjekt wurde bereits über denselben Internet-Hosting-Dienst Dritten widerrechtlich zugänglich gemacht, (b) der Betreiber wurde auf die Rechtsverletzung hingewiesen, (c) der Internet-Hosting-Dienst hat eine besondere Gefahr solcher Rechtsverletzungen geschaffen, namentlich durch eine technische Funktionsweise oder eine wirtschaftliche Ausrichtung, die Rechtsverletzungen begünstigt. Gemäss Abs. 2 der Bestimmung muss der Betreiber diejenigen Massnahmen ergreifen, die ihm unter Berücksichtigung der Gefahr solcher Rechtsverletzungen technisch und wirtschaftlich zumutbar sind. Art. 39d URG sieht somit eine sogenannte «Stay-down»-Pflicht vor. Der Betreiber muss mit technisch und wirtschaftlich zumutbaren Massnahmen verhindern, dass einmal abgemahnte urheberrechtlich geschützte Werke erneut zugänglich gemacht werden. Nur in diesem Umfang ist ein proaktives Verhindern von Urheberrechtsverletzungen verlangt. Eine proaktive Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen in dem Sinne, dass sämtliche Uploads auf potentielle Urheberrechtsverletzungen überprüft werden müssen, ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Der Art. 39d URG war jedoch im hier interessierenden Zeitpunkt noch nicht in Kraft. Entscheidend ist deshalb die Rechtslage im damaligen Zeitraum, wobei die aktuelle rechtliche Regelung als Hinweis dienen kann.

8.2 Das URG enthielt im hier interessierenden Zeitraum keine spezifischen Regelungen zu Internet-Hosting-Diensten (C. P. RIGAMONTI/M. WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018, 47 ff., 48). Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit bzw. Haftung namentlich von Hosting-Providern war weitgehend ungeklärt (D. ROSENTHAL, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: P. Jung [Hg.], Tagungsband Recht aktuell 2006 (Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht), Bern 2006, Rz. 62; CH. FOUNTOUAKIS/J. FRANCEY, La diligence d'un hébergeur sur Internet et la réparation du préjudice, *medialex* 2014, 175 ss, 175; PH. FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich 2009, 344; Bericht des Bundesrates über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern vom 11. Dezember 2015 [nachfolgend: Bericht Bundesrat], 2). Das Gesetz sah nur die – auch heute noch bestehenden – Leistungsklagen vor. Gemäss Art. 62 Abs. 1 URG kann, wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht namentlich verlangen, eine drohende Verletzung zu verbieten oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen. Der erwähnte Art. 39d URG konkretisierte diesen Unterlassungsanspruch in Bezug auf Hosting-Provider, die eine besondere Gefahr vor Urheberrechtsverletzungen schaffen (Botschaft, BBl 2018, 635 f.).

8.2.1 Lehre und Rechtsprechung bejahen mehrheitlich, dass negatorische Ansprüche (Unterlassung, Beseitigung etc.) gegen Provider als Teilnehmer von Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer möglich sind, Provider also passivlegitimiert sind (Bericht Bundesrat, 40 ff.; FRECH, 275 f.). Der Provider konnte also – sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben waren – verpflichtet werden, eine Urheberrechtsverletzung zu beseitigen, namentlich indem er den entsprechenden Inhalt reaktiv auf seinem Server löscht («Take-down»; S. J. BÖHL, Streaming von urheberrechtlich geschützten Werken, Zürich 2016, Rz. 424 m.H.). Eine Pflicht des Providers, zukünftige Rechtsverletzungen ganz allgemein zu verhindern, wurde abgelehnt, weil sich in der Regel erst nachträglich feststellen lässt, ob ein Werk unerlaubt hochgeladen wurde (BÖHL, Rz. 423). Ob auch ein Unterlassungsanspruch bestand im Sinne einer Verpflichtung, proaktiv Massnahmen zur Verhinderung eines erneuten Hochladens zu ergreifen («Stay-down»), wurde kritisch gesehen (BÖHL, Rz. 427 m.H.). Ein solcher Unterlassungsanspruch wurde allerdings von einigen Vertretern der Lehre unter bestimmten Voraussetzungen als möglich erachtet. Vorausgesetzt ist eine konkret drohende Gefahr bzw. ein ernstlich zu befürchtendes zukünftiges Verhalten. Eine genügend konkrete Gefahr kann sich einerseits ergeben, wenn ein bestimmter Nutzer bereits einmal eine Verletzung begangen hat und nun die ernsthafte Gefahr einer Wiederholung der Verletzung besteht. Oder andererseits, wenn sich aufgrund ganz konkreter Umstände ergibt, dass jemand zum ersten Mal eine Rechtsverletzung begehen wird. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Wiederholungsgefahr vermutet, wenn eine Verletzung bereits stattgefunden hat und die Beklagte die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens nach wie vor bestreitet bzw. sich weigert, ihr Verhalten zu ändern. In diesem Zusammenhang wird vielfach BGE 126 III 161 ff. herangezogen (zum Entscheid nachfolgend E. II.8.2.3). Die Zumutbarkeit und damit Verhältnismässigkeit einer solchen Anordnung war jedoch abhängig davon, welche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten ein Provider auf die Inhalte hatte (Bericht Bundesrat, 44 ff.; ROSENTHAL, Rz. 65 ff.; FRECH, 278 f.).

8.2.2 In seinen Ausführungen zu reparatorischen Ansprüchen (Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe etc.) führte der Bundesrat zum Verschulden aus, dass ein vorsätzliches Verhalten des Providers nur in klaren Fällen, in denen ein Provider seine Nutzer zu Rechtsverletzungen geradezu auffordere, nachgewiesen werden könne. In den anderen Fällen sei zu prüfen, ob den Provider spezielle Sorgfaltspflichten treffen würden, welche er verletzt habe, sodass Fahrlässigkeit zu bejahen sei. In der Schweiz bestünden jedoch weder gesetzliche Regelungen noch aussagekräftige Präjudizien zur Konkretisierung der Sorgfaltspflichten für Provider. Die Swiss Internet Industry Association (Simsa; heute: Swico) habe jedoch einen Code of Conduct Hosting (CCH) erlassen (in Kraft seit 1. Februar 2013). Dieser orientiere sich namentlich an der E-Commerce-Richtlinie der EU (Richtlinie 2000/31/EG). Gemäss CCH treffe die Hosting-

Provider keine proaktive Überwachungspflicht. Der CCH enthalte jedoch ein «Notice-and-Takedown»-Verfahren, wonach der Hosting Provider den Zugang sperren könne, wenn eine «Notice» bei ihm eingegangen sei, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit unzulässige Inhalte betreffe. Da der CCH von führenden Branchenvertretern (die RAG war im Übrigen Mitglied der Simsa [FOUNTOULAKIS/FRANCEY, 176, Fn.4]) erarbeitet worden sei, könne von einer gewissen Branchenakzeptanz ausgegangen werden. Auch in der Lehre werde eine sinngemässe Anwendung der EU-Richtlinie teilweise befürwortet. Eine generelle Kontrollpflicht des Hosting-Providers bezüglich rechtswidriger Inhalte werde entsprechend abgelehnt. Sofern keine weiteren Umstände hinzutreten würden, könne Hosting-Providern nach der herrschenden Lehre keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn ihre Infrastruktur für widerrechtliche Handlungen genutzt werde. Hingegen soll ein Hosting-Provider bei detaillierten Hinweisen auf das Bestehen einer Rechtsverletzung tätig werden und die erforderlichen Abwehrmassnahmen treffen müssen. Bleibe der Provider nach Eingang eines solchen Hinweises untätig, so könne ihm nach der herrschenden Lehre bei klaren Rechtsverletzungen ein Verschulden zur Last gelegt werden. Nach Meinungen in der Lehre würden in besonderen Konstellationen erhöhte Sorgfaltspflichten bestehen. Dazu würden die Kriterien aus BGE 126 III 161 ff. herangezogen. So könnten namentlich Hosting-Provider von Internet-Seiten, welche bereits in der Vergangenheit durch Rechtsverletzungen aufgefallen seien und von ihrer Natur her weitere Rechtsverletzungen erwarten liessen, in Bezug auf diese Seiten erhöhte Sorgfaltspflichten treffen (Bericht Bundesrat, 62 ff. m.N.).

8.2.3 Im bereits mehrfach erwähnten BGE 126 III 161 ff. ging es namentlich um die Sorgfaltspflicht des Druckers bezüglich persönlichkeitsverletzender Artikel in einer von ihm gedruckten Zeitung. Das Bundesgericht bestätigte in diesem Entscheid seine frühere Rechtsprechung. Es hielt fest, die vom Drucker verlangte Sorgfalt sei nicht die gleiche wie diejenige, die vom Autor oder vom verantwortlichen Redaktor verlangt werde. Gehe es um eine seriöse Zeitung, könne nicht verlangt werden, dass alle zu druckenden Artikel einer präventiven Kontrolle unterzogen werden. Nur wenn aussergewöhnliche Umstände vorlägen, die seine Aufmerksamkeit erfordern, müsse der Drucker eine genaue Kontrolle vornehmen. Handle es sich dagegen um Publikationen der Boulevardpresse oder sei die verletzende Publikation zwar keine seltene Ausnahme, die Redaktoren der periodischen Publikation genossen aber den Ruf, dass sie die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften nicht einhalten, dürfe der Drucker solche Tatsachen nicht einfach ignorieren. Unter solchen Umständen könne von ihm eine besondere Sorgfalt verlangt werden. Liege eine problematische Reihe von Artikeln vor, müsse eine noch grössere Sorgfalt verlangt werden. Denkbar sei, dass bereits der Titel die Aufmerksamkeit des Druckers wecken müsse (BGE 126 III 161 ff. E. 5b/bb).

## 8.3

8.3.1 Gemäss der Darstellung der Beschuldigten bot die RAG einen File-Hosting-Dienst/Cloudspeicherdienst ähnlich wie die aktuellen Dienste von Apple, Microsoft, Google etc. an. In ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen/Nutzungsbedingungen vom Juni 2010 beschrieb die RAG ihre Webhosting-Dienstleistung wie folgt: «RapidShare stellt seinen Nutzern eine Infrastruktur zur Verfügung, die es dem Nutzer ermöglicht, elektronische Dateien auf Internet-Servern zu speichern. Nach dem Speichervorgang erhält der jeweilige Nutzer einen Download-Link, durch den seine Datei weltweit über das Internet heruntergeladen werden kann, sowie einen Lösch-Link, durch den die von ihm hochgeladene Datei wieder vom Server entfernt werden kann». Auf ihrer Internetseite bezeichnete sich die RAG als den grössten und schnellsten 1-Click-Filehoster der Welt. Per 1-Click-Hosting könnten ihre User grosse Dateien in einem Schritt hochladen und anschliessend über einen Download-Link Freunden oder Bekannten zur Verfügung stellen. Der Dienst der RAG konnte sowohl von den Uploadern als auch den Downloadern kostenlos genutzt werden. Beim kostenlosen Angebot waren namentlich die Download-Geschwindigkeit langsamer und die Anzahl der maximal zulässigen Downloads pro Datei begrenzt. Zudem wurden die Dateien 30 Tage seit Beendigung des letzten Downloads bzw. seit Beendigung des Uploads, wenn kein Download erfolgte, gelöscht. Für dieses «Basis-Angebot» war keine Registrierung erforderlich. Es konnte anonym genutzt werden. Mit der Registrierung für einen kostenlosen Premium-Account konnten sämtliche Dateien, die über diesen Account hochgeladen wurden, verwaltet werden. Für weitergehende Funktionen, namentlich bessere Downloadgeschwindigkeit, mussten kostenpflichtige Pakete zum Premium-Account abgeschlossen werden. Am 29. Juni 2011 führte die RAG ein, dass Uploads nur noch mittels Accounts möglich waren. Davor waren Uploads vollständig anonym möglich.

8.3.2 Das Geschäftsmodell der RAG unterschied sich entgegen der Ansicht der Beschuldigten deutlich von den heute bekannten Speicherdiensten wie Dropbox, GoogleDrive, OneDrive etc. Das Geschäftsmodell der RAG war klar auf den Download und das massenhafte Verbreiten von Dateien ausgerichtet. Davon zeugt bereits der Name «Rapidshare», was schnelles Teilen bedeutet. Beim kostenlosen Angebot zeigt sich dies auch darin, dass – wie oben erwähnt – die Daten gelöscht wurden, wenn während 30 Tagen kein Download erfolgt. Das System wurde also darauf angelegt, dass eine Datei regelmässig heruntergeladen wird. Dies konnte nur durch eine begehrte Datei erreicht werden, wie es eben urheberrechtlich geschützte Werke sind, die auf diese Weise kostenlos heruntergeladen werden konnten. Das System war keine Cloud zur Datensicherung. Es war dazu auch nicht geeignet, denn für jede hochgeladene Datei wurde ein spezifischer Download-Link generiert. Die Ausrichtung auf Downloads ergibt sich auch aus der Tatsache, dass kostenpflichtige Pakete für erweiterte Download- und nicht Upload-Funktionen angeboten wurden. Der Profit

wurde damit mit den Downloadern und nicht den Uploadern erzielt, was die RAG von den gängigen Cloud-Anbietern unterscheidet, welche von den Uploadern für grösseren Speicherplatz oder erweiterte Funktionen eine Gebühr verlangen [...]. Bis im Juni 2010, somit bis kurz vor Einreichung der Strafanzeige im September 2010, wurde der Download zudem durch die RAG zusätzlich gefördert, indem der Uploader, dessen Datei von einem Dritten heruntergeladen wurde, «Rapid-Points» erhielt. Diese «Rapid-Points» konnte er in Premium-Konten einlösen (vgl. BGH vom 12. Juli 2012, I ZR 18/11, E. 4).

8.3.3 Die Server der RAG hatten gemäss eigenen Angaben eine Speicherkapazität von ca. 16 Petabyte, was 16 Mio. Gigabyte entspricht. Es seien rund 160 Mio. Dateien auf den Servern abgespeichert gewesen. Gemäss Aussage des ehemaligen Geschäftsführers seien täglich ungefähr 500'000 Dateien hochgeladen worden. Die RAG erhielt sodann mehrere zehntausend Takedown-Begehren pro Monat. Allein jene, die per E-Mail erfolgten, beliefen sich im Jahr 2010 auf durchschnittlich über 30'000 pro Monat. Im Mai 2010 gingen gar 62'743 Meldungen ein und dies nebst jenen, die per Brief oder Fax erfolgten. Teilweise umfassten die Meldungen mehrere Dutzend Seiten mit Links. Allein am 1. Januar 2010 wurden in 106 Takedown-Begehren über 4'400 Links beanstandet. [...]

[Es ist davon auszugehen], dass nur ein Teil der mittels der RAG-Plattform begangenen Urheberrechtsverletzungen überhaupt abgemahnt wurde. Denn nur ein Teil der Urheberrechtsinhaber dürfte seine Rechte aktiv verteidigt und entsprechende Take-down-Begehren gestellt haben. Entsprechend geht auch das Argument der Verteidigungen fehl, der Anteil potentiell rechtsverletzender Inhalte sei in Relation zum Gesamtvolumen derart gering (um nicht zu sagen unbedeutend), dass keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beschuldigten bestehe. Ohnehin schliesst auch eine kleine Zahl an Urheberrechtsverletzungen bzw. allgemein ein geringes Fehlverhalten eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus. Angesichts dieser grossen Menge an Takedown-Begehren und der zahlreichen Verfahren wegen Urheberrechtsverletzungen, vor allem in Deutschland, bestand offensichtlich ein erhebliches Urheberrechtsproblem. Dies bestätigt auch die Studie der R. Ltd. Aus dieser geht hervor, dass 90% von 2'000 zufällig ausgewählten öffentlichen Links von Rapidshare und Megaupload urheberrechtlich geschützte Dateien enthielten. Auch wenn das Geschäftsmodell nicht auf Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet war, so die Feststellung der Vorinstanz, hat das Geschäftsmodell der RAG solche in diesem grossen Umfang ermöglicht und auch erheblich gefördert. Denn es war – wie oben beschrieben – auf Downloads in hoher Zahl ausgerichtet. Das Geschäftsmodell der RAG führte mit anderen Worten zu einer stark erhöhten Gefahr von Urheberrechtsverletzungen. Dieser Umstand war den Beschuldigten unbestrittenermassen bekannt. Die Regelmässigkeit an Urheberrechtsverletzungen über die Plattform der RAG ist überdies mit einer Reihe von persönlichkeitsverletzenden Artikeln in einer Zei-

tung, welche in BGE 126 III 161 ff. genannt wurde, dessen Kenntnis ein Verschulden des Druckers begründete, vergleichbar. Die RAG fiel in der Vergangenheit durch Rechtsverletzungen auf. Das vorstehend beschriebene Geschäftsmodell liess sodann weitere Rechtsverletzungen klar erwarten. Wie für den Drucker in BGE 126 III 161 ff. galten für die RAG bzw. die Beschuldigten somit erhöhte Sorgfaltspflichten. Entsprechend ist an die von der RAG zu treffenden Massnahmen ein hoher Massstab anzusetzen.

8.3.4 Zusammengefasst führte das erhöhte Risiko vorliegend erstens zu einer über die Beseitigung («Takedown») hinausgehenden Pflicht, den erneuten Upload und die Veröffentlichung zu verhindern («Staydown»), und zweitens zu einer erhöhten Sorgfaltspflicht (vgl. analog Art. 6 GwG, welcher festhält, dass sich die Sorgfaltspflicht nach dem Risiko bestimmt, das die Vertragspartei darstellt). Ob auch eine generelle Pflicht zur vorgängigen, proaktiven Überprüfung sämtlicher Uploads bestand, kann vorliegend offenbleiben.

9.

[...]

9.2 Die von der RAG ergriffenen Massnahmen waren offensichtlich unzureichend. [Die RAG konnte] nicht verhindern, dass einmal abgemahnte Werke bereits kurze Zeit später erneut in einem erheblichen quantitativen Ausmass über ihre Plattform zugänglich waren, obwohl ihr das möglich und zumutbar war, wie nachfolgend zu zeigen ist.

9.2.1 Die von den Verteidigungen vorgebrachte Registrierungsprozedur war vorliegend nicht ausreichend und auch nicht geeignet, den erneuten Upload und die Veröffentlichung des Links zu verhindern. Wie die Verteidigungen selbst einräumten, war eine Registrierung nur für gewisse Download-Funktionen erforderlich. Für den Upload war hingegen bis im Juni 2011 und somit im Zeitpunkt der vorliegend relevanten Urheberrechtsverletzungen keine Registrierung vorgesehen. Somit konnte ein Uploader, welcher wiederholt urheberrechtlich geschützte Werke hochlud und anschliessend den Link veröffentlichte, gar nicht – bzw. zumindest nicht effektiv – gesperrt werden. Deshalb können sich die RAG bzw. die Beschuldigten auch nicht mit dem Argument entlasten, der Upload von Werken, durch deren Download Dritte in ihren Urheberrechten verletzt werden, sei gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen/Nutzungsbedingungen verboten gewesen. Denn ein Verstoß konnte bereits wegen der Anonymität des Uploaders nicht wirksam geahndet werden. Aber auch die später eingeführte Registrationspflicht für Uploader stellte keine effektive Massnahme zur Verhinderung der Urheberrechtsverletzungen dar. Denn die Registrationspflicht beinhaltete keine Identitätskontrolle. Ein einmal gesperrter Uploader konnte ohne weiteres einen neuen Zugang einrichten und damit die Massnahme umgehen.

9.2.2 Zum MD5-Filter führte die Verteidigung aus, dass dieser das erneute Abspeichern von urheberrechtlich geschützten Werken nicht zu 100% verhindern könne. Namentlich hielt sie fest, dass die erneut hochgeladenen Dateien eine andere Grösse aufgewiesen hätten, weshalb sie eine andere MD5-Prüfsumme aufgewiesen hätten und daher vom Filter nicht erkannt worden seien. Dass die Datei auch bei einem geänderten Namen nicht erkannt werde, so die Verteidigung weiter, widerspricht hingegen den übereinstimmenden Aussagen der Beschuldigten. Denn sie sagten aus, die identische Datei werde auch blockiert, wenn der Dateiname anders laute.

9.2.3 Gemäss der Guideline Anti-Abuse 2012 der RAG sei die proaktive Arbeit einer der wichtigsten Aufgaben der Anti-Abuse-Abteilung und beinhalte hauptsächlich in regelmässigen Abständen Suchmaschinen wie Google, Yahoo, Bing sowie Warez-Seiten nach Rapidshare-Links abzusuchen. Nebst dieser «manuellen» Suche werde ein Crawler eingesetzt, welcher das Internet systematisch nach möglichen betroffenen Inhalten durchforste. Dieser Crawler wurde jedoch erst im Verlaufe des Jahres 2012 eingeführt. Denn die RAG hielt in ihrer Stellungnahme vom 30. August 2012 fest, dass aktuell testweise Webcrawler eingesetzt würden. Somit wurde im Zeitraum, in welchem die Urheberrechtsverletzungen erfolgten, die zur Strafanzeige führten, keine Crawler eingesetzt, obwohl dies gemäss Entscheid des Landgerichts Hamburg bereits im Jahr 2010 technisch möglich gewesen wäre. Für eine ausreichende «manuelle» Suche war das 14-köpfige Anti-Abuse-Team der RAG angesichts der äusserst zahlreichen Takedown-Begehren, die es zu bearbeiten hatte, des hohen Datenvolumens von rund 500'000 täglichen Uploads und der umfassenden Liste an Warez-Seiten, die es zu überwachen hatte, klar ungenügend. Dies sahen die RAG und der Beschuldigte gemäss dem Beschluss des Landgerichts München I vom 23. September 2010 insofern selbst ein, indem sie ausführten, der Einsatz von Mitarbeitern zur händischen Suche nach Links zu entsprechenden Dateien sei nicht geeignet, alle Verstösse auch aufzufinden.

9.2.4 Interessanterweise führten die Verteidigungen nicht an, dass die RAG auch Wortfilter eingesetzt habe. Obwohl dies eine geeignete und zumutbare Massnahme gewesen wäre, um den erneuten Upload sowie die erneute Veröffentlichung bereits hochgeladener Dateien zu verhindern, wie die diversen Urteile aus Deutschland zeigen. Und obwohl X. an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung aussagte, dass während der ganzen Zeit Wortfilter eingesetzt worden seien, was vom Beschuldigten A bestätigt wurde. Der Beschuldigte A führte zum Wortfilter erklärend aus, dieser habe nur Dateinamen und nicht Dateiinhalt überprüft. Mit einem anderen bzw. kryptischen Dateinamen habe der Wortfilter umgangen werden können. Wenn eine Anfrage (gemeint ist ein Takedown-Begehren) erfolgt sei, sei der entsprechende Begriff, sofern er eindeutig gewesen sei, dem Wortfilter hinzugefügt worden. Eine Datei mit diesem Wort habe dann nicht mehr hochgeladen werden können. Wie

der erstellte Sachverhalt zeigt, wurde jedoch kein genügender Wortfilter eingesetzt. Denn Werke waren trotz (mehrmaliger) Abmahnung und bestätigter Löschung wieder auf rapidshare.com. Auch aus dem Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 8. März 2010 ergibt sich, dass der Wortfilter nur in besonders gelagerten Fällen eingesetzt wurde, was das Gericht als unzureichend taxierte. In einem weiteren Verfahren vor dem Landgericht Hamburg war zudem unbestritten, dass zumindest einige Verstösse schon beim Einsatz eines Wortfilters hätten vermieden werden können. Das Landgericht München I hielt in seinem Beschluss vom 23. September 2010 sogar fest, dass die RAG auf den Einsatz eines Wortfilters verzichtet habe. Den Beschuldigten ist zwar zuguzustehen, dass ein solcher Wortfilter beim Fehlen von Schlüsselwörtern im Dateinamen einen erneuten Upload nicht verhindert hätte (so auch das Oberlandesgericht München). Jedoch wäre dieser in den anderen Fällen effektiv gewesen. Dies setzte die RAG aber nicht um [...].

[...]

9.3 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Mitwirkung an den Verletzungen von Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c URG zwar nicht vorsätzlich erfolgte, da die RAG ihr Geschäftsmodell nicht auf Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet und die Nutzer nicht zu Urheberrechtsverletzungen aufgefordert hatte. Die RAG betrieb jedoch eine Plattform, welche eine hohe Gefahr für Urheberrechtsverletzung bot. Sie förderte dadurch sowohl natürlich als auch adäquat kausal diese Urheberrechtsverletzungen. Aufgrund des Geschäftsmodells waren solche Urheberrechtsverletzungen vorhersehbar, spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem die zahlreichen Takedown-Begehren und ersten Prozesse erfolgten. Mit einer Kombination von MD5-Filtern, Wortfiltern für Dateinamen und Inhalt sowie der Überwachung von einschlägigen Linksammlungen wären (erneute) Urheberrechtsverletzungen zumindest in deutlich grösserem Umfang bzw. bei der Filterung nach inhaltlichen Passagen sogar vollständig zu verhindern gewesen. Angesichts der enorm hohen Gefahr von Urheberrechtsverletzungen – die Tausenden von Take-down-Begehren zeigen, dass es nicht nur bei der Gefahr blieb – galt für die RAG ein hoher Massstab, weshalb diese Massnahmen auch zumutbar waren. Überdies waren solche Massnahmen auch in finanzieller Hinsicht zumutbar. Denn die RAG schüttete für das Jahr 2008 allein an den Beschuldigten A als Hauptaktionär eine Bruttodividende von CHF 41 Mio. aus. Im Jahr darauf belief sie sich gar auf knapp CHF 45 Mio. Die von der RAG ergriffenen Massnahmen waren jedoch unzureichend, um (erneute) Urheberrechtsverletzungen durch ihre Nutzer zum Nachteil der Privatklägerinnen zu verhindern. Indem die RAG bzw. die Beschuldigten nicht alle möglichen und zumutbaren Massnahmen ergriffen, um die vorhersehbaren und vermeidbaren Urheberrechtsverletzungen zu verhindern, haben sie – zumindest unbewusst – fahrlässig an den Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer mitgewirkt.

10. A. war – wie es die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat und im Berufungsverfahren auch nicht bestritten

wurde – die prägende Figur bei der RAG. Gemäss Organigrammen war er im Mai 2010, September 2010 und Februar 2011 Verwaltungsrat und CEO der Gesellschaft und als solcher auch seit dem 15. November 2006 als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. C arbeitete unbestrittenermassen ab Januar 2009 im Angestelltenverhältnis als Leiterin «Fraud», ab August 2009 als Leiterin «Riskmanagement», ab September 2010 als COO und ab August 2011 zusätzlich als Mitglied des Verwaltungsrates für die RAG. In diesen leitenden Funktionen war sie auch für die urheberrechtlichen Aspekte der RAG und für die Tätigkeit der sog. Anti-Abuse-Abteilung zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen auf rapidshare.com zuständig und verantwortlich. Beide Beschuldigten waren im vorliegend interessierenden Zeitraum in der Geschäftsführung der RAG und damit für deren Verhalten und deren Geschäftspraktiken zivilrechtlich verantwortlich.

11. Das mehrfache und in erheblichem Ausmass erfolgte fahrlässige und pflichtwidrige Nichterkennen bzw. Nichtverhindern der urheberrechtsverletzenden Dateien auf den Servern der RAG und der damit einhergehenden Rechtsverletzungen nach Art. 10 Abs. 1 und 2 URG führten zum begründeten Tatverdacht auf vorsätzliche Gehilfenschaft zur Verletzung des URG. Die Strafuntersuchung war daher berechtigt und wurde kausal durch das fahrlässige Verhalten der Beschuldigten ausgelöst. Die Beschuldigten bewirkten daher rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des vorliegenden Strafverfahrens. Somit haben sie gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO die entsprechenden Verfahrenskosten zu tragen.  
[...]

14. Den Beschuldigten sind nach dem Gesagten gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Hauptverfahrens [...] aufzuerlegen.  
[...]

Wf

#### Anmerkung

Auf den ersten Blick sind die Zuger Strafverfahren im Zusammenhang mit dem Filehosting-Dienst der RapidShare AG ein Stück Vergangenheitsbewältigung, denn der Dienst wurde per 31. März 2015 eingestellt (NZZ vom 12. Februar 2015, 54). Gegenstand der Verfahren waren einzig Handlungen zwischen 2010 und 2012. Dennoch sind die beiden daraus resultierenden Urteile von aktuellem Interesse, und zwar aus drei Gründen. Erstens waren die Verfahren ein Testfall für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Hosting-Providern. Anders als z.B. in Deutschland wollten die betroffenen Rechtsinhaber – vorliegend international tätige Wissenschaftsverlage – in der Schweiz nicht zivilrechtlich vorgehen, sondern wählten bewusst die strafrechtliche Schiene, auch um den Druck auf die hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen zu erhöhen, gegen die sich die Strafverfahren richteten. Zweitens stellten beide Instanzen auch zivilrechtliche Überlegungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Hosting-Providern an, was angesichts des bis-

herigen Mangels an Urteilen zu diesem Thema aus wissenschaftlicher Sicht grundsätzlich willkommen ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Überlegungen im unüblichen Kontext der strafprozessualen Kostenverlegung und ohne den Vorteil eines spezifisch auf die Klärung zivilrechtlicher Fragen ausgerichteten Verfahrens erfolgten. Drittens handelt es sich bei Rapidshare gerade um einen jener Hosting-Provider, die im Rahmen der letzten Urheberrechtsrevision als «schwarze Schafe» der Branche gesehen wurden und daher als rechtspolitisches Schreckgespenst dienten, dem mit der Revision der Garaus gemacht werden sollte. Nicht zufällig diente gerade das Geschäftsmodell von Rapidshare als Prototyp für die Ausgestaltung der Tatbestandsseite des neuen Art. 39d URG. Vor diesem Hintergrund ist eine kritische Einordnung der beiden Strafurteile geboten.

1. Einleitend ist festzuhalten, dass der zu beurteilende Sachverhalt in den Kernpunkten unstrittig war. Rapidshare war ein Filehosting-Dienst, der es seinen Nutzern ermöglichte, Dateien auf seine Server hochzuladen und dort weltweit verfügbar zu halten. Sobald eine Datei auf den Servern von Rapidshare gespeichert war, erhielt der Nutzer einen automatisch generierten Link, über den er zeit- und ortsunabhängig auf diese Datei zugreifen und sie herunterladen konnte (OGer, E. II.8.3.1). Da die Zeichenfolge, aus welcher der Link bestand, zu komplex war, um erraten zu werden, konnte faktisch nur der Nutzer auf die Datei zugreifen, der den Link von Rapidshare erhalten hatte. Sobald dieser Nutzer den Link jedoch im Internet veröffentlichte, typischerweise unter Angabe des Inhalts oder des Namens der hochgeladenen Datei, konnten beliebige Dritte über Suchmaschinen oder einschlägige Internetforen auf diesen Link und damit auch auf die betreffende Datei zugreifen.

Die Staatsanwaltschaft sah in der Veröffentlichung solcher Links seitens der Nutzer eine Urheberrechtsverletzung und seitens der für Rapidshare Verantwortlichen eine Gehilfenschaft dazu. Damit lehnte sie zugleich die von den Privatklägerinnen favorisierte Qualifikation des Verhaltens der Angeklagten als Mittäterschaft bzw. Täterschaft durch Unterlassen ab, was das Strafgericht in einem Exkurs zu diesem Thema denn auch explizit bestätigte (StrGer, E. I.2.6). An dieser Einschätzung ist inhaltlich nichts auszusetzen, und die gerichtliche Klärung dieser Grundsatzfrage dürfte für künftige Strafverfahren gegen Internet Service Provider insofern hilfreich sein, als sie den korrekten Bezugsrahmen für die strafrechtliche Analyse vorgibt. Abgesehen davon tragen die beiden Entscheide jedoch kaum etwas zum Verständnis der materiellen Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Hosting-Providern bei, weil die Verfahren teilweise mangels Strafhoheit der Schweiz eingestellt und die Angeklagten im Übrigen mangels Gewerbmässigkeit freigesprochen wurden. Entsprechend unterblieb eine nähere Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Gehilfenschaft im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen und deren Anwendung auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt (siehe dazu aber z.B. BGer, sic! 2011, 305 ff. E. 4; KGer Graubünden, sic! 2008, 205 ff. E. 4).

Ergänzend sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass alle am Verfahren beteiligten Personen ohne Begründung, aber in

Übereinstimmung mit der wohl überwiegenderen Lehre, davon ausgingen, dass es vorliegend um den strafrechtlichen Schutz des On-Demand-Rechts nach Art. 10 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 67 Abs. 1 lit. g<sup>bis</sup> URG ging. Bei der vom Bundesgericht geforderten technologie-neutralen Auslegung des Urheberrechtsgesetzes (siehe z.B. BGE 140 III 616 ff. E. 3.4.1; 133 II 263 ff. E. 7.3.2) wäre jedoch eher eine Verletzung des Verbreitungsrechts nach Art. 10 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 67 Abs. 1 lit. f URG in Betracht zu ziehen gewesen, da Rapidshare von den Haupttätern letztlich gerade zur Verbreitung digitaler Werkexemplare verwendet wurde.

2. Die vertiefte Auseinandersetzung mit den allgemeinen strafrechtlichen Themen der Strafhoheit und der Gewerbmässigkeit von Teilnahmehandlungen ist Sache der Strafrechtswissenschaft. An dieser Stelle sei lediglich auf die folgenden Punkte hingewiesen:

a) Obwohl das Territorialitätsprinzip und der Grundsatz der Akzessorität der Teilnahme sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht gelten, offenbart das erstinstanzliche Urteil eine eklatante Diskrepanz zwischen der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Bestimmung des für diese Zwecke relevanten Erfolgsortes der rechtswidrigen Haupttat. Während zivilrechtlich die öffentliche Verfügbarkeit der widerrechtlich hochgeladenen Werkexemplare in der Schweiz genügen soll, um einen Erfolgsort in der Schweiz zu begründen (StrGer, E. IV.2.3.2), soll dies im Strafrecht aufgrund der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 8 StGB anders sein (StrGer, E. I.4.6.3). Dies hat zur Folge, dass die schweizerische Strafhoheit in solchen Fällen vom Nachweis abhängt, dass sich die Haupttäter physisch in der Schweiz aufhalten, wenn sie ihre Tat ausüben, vorliegend also die von Rapidshare erhaltenen Links publizieren (StrGer, E. I.4.3.2). Dass die Aufenthaltsorte der Haupttäter im zu beurteilenden Fall nicht bekannt waren (StrGer, E. I.2.4.4), vermag indes kaum zu überraschen, denn angesichts der notorischen Atomisierung der Verletzungshandlungen im Internet und des leichten Zugangs zu technischen Verschleierungsmöglichkeiten dürfte es in der Praxis oft schwierig sein, mit vertretbarem Aufwand die Aufenthaltsorte einzelner Haupttäter zuverlässig zu ermitteln (vgl. aber den Indizienbeweis in BGer, sic! 2011, 305 ff. E. 3).

Vorliegend ist dies im Ergebnis insofern unbefriedigend, als wohl ausser Frage steht, dass es sich bei den über die Plattform von Rapidshare begangenen strafbaren Urheberrechtsverletzungen um ein Massenphänomen handelte, zu dem mit hoher Wahrscheinlichkeit auch Nutzer in der Schweiz beigetragen haben dürften. Vielleicht war es dieser Umstand, der das Strafgericht dazu bewog, zugunsten der schweizerischen Rechtsinhaber etwas weniger streng zu sein und ausländische Urheberrechtsverletzungen zu deren Nachteil in bewusst «extensiver Interpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung» ausnahmsweise als «Erfolg» im Sinne von Art. 8 StGB zu qualifizieren, sodass diesbezüglich eine schweizerische Strafhoheit bestand (StrGer, E. I.4.6.4.3). Ob diese offene Ungleichbehandlung von schweizerischen und ausländischen Rechtsinhabern bei der Durchsetzung von Urheberrechten mit dem völkerrechtlichen Grundsatz der Inländerbehandlung gemäss Art. 3 TRIPS (vgl. auch Art. 5 RBÜ und

Art. 3 WCT) vereinbar ist, erscheint fraglich. Der dadurch begünstigten schweizerischen Privatklägerin half dies freilich wenig, denn die anschliessende materielle Beurteilung des Verhaltens der Angeklagten führte zu einem vollumfänglichen Freispruch, der primär mit mangelnder Gewerbmässigkeit begründet wurde (StrGer, E. III.2.7, III.3). Einfache Urheberrechtsverletzungen wären verjährt gewesen (StrGer, E. II.3.2).

b) Auch bei der Gewerbmässigkeit wurden die Anforderungen hoch angesetzt. Dass die Angeklagten jeweils im Vollpensum für Rapidshare tätig waren und dafür Löhne, Honorare und/oder Dividenden in teils beträchtlicher Höhe bezogen, genügte dem Strafgericht nicht, denn gestützt auf die Anklageschriften und die verfügbaren Beweismittel sei nicht zu erstellen, dass das Geschäftsmodell von Rapidshare «einzig» auf Beihilfe zu Urheberrechtsverletzungen ausgerichtet gewesen sei (StrGer, E. III.2.1, III.2.4, III.2.4.5). Entsprechend sei für das Vorliegen von Gewerbmässigkeit entscheidend, welchen Anteil die deliktische Tätigkeit im Verhältnis zur legalen Tätigkeit ausmache, wozu sich die Anklageschriften aber nicht äussern würden, weshalb der Nachweis der Gewerbmässigkeit nicht erbracht sei (StrGer, E. III.2.5.1, III.2.6). Vor diesem Hintergrund dürfte der Erfolg künftiger Strafverfahren in diesem Bereich namentlich davon abhängen, ob die Staatsanwaltschaften in der Lage sind, die erforderlichen Ressourcen bereitzustellen, um die Einkünfte aus legaler und illegaler Tätigkeit gerichtsfest voneinander abzugrenzen und konkret zu quantifizieren, denn gerade Hosting-Provider werden mit ihren Diensten kaum je «einzig» darauf abzielen, Urheberrechtsverletzungen zu fördern.

c) Schliesslich finden sich im Kontext der Gewerbmässigkeit auch Ausführungen, die zumindest missverständlich sind. So hält das Strafgericht z.B. fest, dass den Angeklagten nicht vorgeworfen werden könne, Einnahmen aus dem Herunterladen urheberrechtsverletzender Inhalte zum Eigengebrauch erzielt zu haben, weil solche Downloads nicht strafbar seien (StrGer, E. III.2.4.2). Das Gericht übersieht dabei jedoch, dass der Eigengebrauch nach Art. 19 URG zwar die Handlungen der herunterladenden Kunden privilegieren kann, nicht aber die Handlungen der heraufladenden Nutzer, die unlizenzierte Werkexemplare über die Plattform von Rapidshare öffentlich anbieten. Für die Frage der Gewerbmässigkeit kann es aber keine Rolle spielen, ob sich zahlende Kunden bei einem illegalen Angebot auf die Schranke des Eigengebrauchs berufen können. Andernfalls müsste die Gewerbmässigkeit auch bei Personen verneint werden, die ihr gesamtes Einkommen z.B. mit einer Streaming-Plattform für nicht lizenzierte Filme erzielen, die von zahlenden Kunden ausschliesslich zum Eigengebrauch konsumiert werden.

d) Insgesamt fällt die Bilanz dieses strafrechtlichen Testfalls aus Sicht der an diesen Verfahren primär interessierten Privatklägerinnen ernüchternd aus, insbesondere wenn man sich vor Augen hält, dass Rapidshare nach Meinung der Association of American Publishers damals der weltweit grösste Speicherplatz für «Piraterieware» im Printbereich gewesen sein soll (siehe z.B. New York Times vom 4. Oktober 2009, Section BU, 1; vgl. auch die Übersicht in der Berner Zeitung vom 24. Februar 2012, 14).

3. Urheberrechtlich von besonderem Interesse wäre an sich die Begründung der Kostenaufgabe trotz Freispruchs mit Bezug auf zwei der drei Angeklagten gewesen, denn dies ist gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO nur zulässig, wenn die Einleitung des Strafverfahrens «rechtswidrig und schuldhaft» bewirkt wurde. Nach der Rechtsprechung setzt dies wiederum voraus, dass «in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm klar verstossen» wurde (so z.B. BGE 116 Ia 162 ff. E. 2d). In diesem Punkt ist das Urteil des Strafgerichts allerdings deutlich zu cursorisch und unsorgfältig abgefasst, um ernsthaft einen Beitrag zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Hosting-Providern leisten zu können. Im Wesentlichen sei das Ermöglichen des Abrufbarmachens in der Schweiz und das Nichtverhindern des erneuten Herauf ladens von abgemahnten Werkexemplaren nach erfolgter Löschung eine «zivilrechtliche Rechtsverletzung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 URG» (StrGer, E. IV.2.3.3) und den Angeklagten «somit» auch vorwerfbar (StrGer, E. IV.2.5). Dass damit das Vorliegen einer direkten Verletzung anstelle einer Teilnahmehandlung suggeriert wird, widerspricht nicht nur den eigenen Ausführungen des Gerichts im strafrechtlichen Teil des Urteils, sondern ist auch in der Sache unzutreffend. Eine nachvollziehbare Erklärung dafür sucht man vergebens. Insofern überrascht es nicht, dass das Obergericht, das sich materiell einzig mit dem Kostenpunkt zu befassen hatte, die Begründung des Strafgerichts praktisch vollständig durch eine eigenständige Begründung ersetzte, obwohl es die Berufungen gegen das erstinstanzliche Urteil abwies. Allerdings sind auch die Ausführungen des Obergerichts nicht über alle Zweifel erhaben. Hervorgehoben seien namentlich die folgenden Punkte:

a) Dogmatisch ist das obergerichtliche Urteil missglückt. Zwar sieht das Gericht zu Recht, dass es vorliegend auch zivilrechtlich nicht um direkte Verletzungen geht, sondern um Teilnahmefragen, und stellt dies gleich zu Beginn seiner Analyse klar (OGer, E. II.7.1). Allerdings nimmt es in der Folge nicht explizit dazu Stellung, auf welcher Rechtsgrundlage die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Teilnehmern an Urheberrechtsverletzungen beruht. Auf den ersten Blick scheint dies unproblematisch zu sein, denn das Gericht orientiert sich zu Recht am Entscheid «Netzsperrern», in dem das Bundesgericht den betreffenden Meinungsstreit in der Lehre (dazu C. P. RIGAMONTI/M. WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018, 47 ff.) bekanntlich zugunsten der haftpflichtrechtlichen Bestimmung von Art. 50 OR entschieden hat, die inhaltlich Art. 66 lit. d PatG entspricht (BGE 145 III 72 ff. E. 2.2.1; dazu M. WULLSCHLEGER, sic! 2019, 381 ff.; vgl. auch BGE 129 III 588 ff. E. 4.1). Irritierend ist an dieser Stelle einzig der unqualifizierte Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht, namentlich auf den Entscheid «Blogs» (BGer, sic! 2013, 293 ff. E. 6.3; vgl. OGer, E. II.7.2), denn dieser wurde vom Bundesgericht im Entscheid «Netzsperrern» urheberrechtlich gerade für nicht analogiefähig erklärt (BGE 145 III 72 ff. E. 2.2.1). Im Ergebnis ist dies jedoch insofern verkraftbar, als auch im vorliegenden Fall nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung objektiv eine adäquat-kausale Förderung konkreter Urheberrechtsverletzungen der Nutzer von Rapidshare vorlag, was das Obergericht denn auch zutreffend festhielt (OGer, E. II.7).

Das allein genügt aber nicht, um die Widerrechtlichkeit einer Teilnahme zu begründen, denn auf der Grundlage von Art. 50 OR (bzw. Art. 66 lit. d PatG) ist immer auch vorauszusetzen, dass der Teilnehmer weiss oder wissen muss, dass er mit seinem Verhalten die Urheberrechtsverletzungen Dritter objektiv fördert (dazu namentlich RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, 51 f.). Das Obergericht sah diesen Punkt jedoch nicht und liess auch die einschlägige Literatur zu diesem Thema unbeachtet. Stattdessen prüfte es auf zunächst unbekannter dogmatischer Grundlage, «welche zivilrechtlichen Pflichten die RapidShare AG im Zusammenhang mit den vorgeworfenen Urheberrechtsverletzungen trafen» (OGer, E. II.8). Das Gericht scheint diese Prüfung auf der Ebene des Verschuldens anzusiedeln, vermischt diese dann aber gleich noch mit der Ebene der Rechtsfolgen, also mit den Ansprüchen, die einer Rechtsinhaberin im Falle einer widerrechtlichen Teilnahme zustehen (OGer, E. II.8.2 ff.). An dieser Stelle wird auch deutlich, weshalb sich das Obergericht nicht dazu durchringen konnte, die vom Bundesgericht anerkannte Rechtsgrundlage der Teilnahmeverantwortlichkeit zu benennen, denn statt sich ernsthaft mit Art. 50 OR zu befassen, wandte das Gericht lieber den neuen Art. 39d URG an, der aber erst am 1. April 2020 in Kraft trat und darum vorliegend eigentlich gar nicht hätte zum Tragen kommen dürfen. Gerechtfertigt wurde dies mit der fragwürdigen Behauptung, die aktuelle rechtliche Regelung könne als «Hinweis» auf die frühere Rechtslage dienen (OGer, E. II.8.2). Entsprechend soll nach Meinung des Gerichts bereits im Jahr 2010 eine über den «Takedown» hinausgehende Pflicht zum «Staydown» bestanden haben (OGer, E. II.8.3.4).

b) Mit dem faktischen Ausweichen auf Art. 39d URG handelte sich das Obergericht das Folgeproblem ein, das Geschäftsmodell von Rapidshare näher darlegen und beurteilen zu müssen, denn es hatte zu erklären, weshalb davon eine besondere Gefahr der Rechtsverletzung ausging (vgl. Art. 39d Abs. 1 lit. c URG). Die Voraussetzungen dafür waren aber denkbar ungünstig, denn die erste Instanz hatte noch ausdrücklich festgehalten, dass das Geschäftsmodell von Rapidshare, das nach Meinung der Privatklägerinnen auf Urheberrechtsverletzungen der Kunden ausgerichtet war, gerade «nicht Gegenstand der vorliegenden Anklageschriften» sei (StrGer, E. I.2.6; siehe auch StrGer, E. III.2.4.2, III.2.4.4). Das Obergericht anerkannte diese Ausgangslage zwar formal (OGer, E. II.3.1), ignorierte sie aber inhaltlich und stellte sich gerade umgekehrt auf den Standpunkt, dass Rapidshare Urheberrechtsverletzungen im «grossen Umfang ermöglicht und auch erheblich gefördert» habe und auf «Downloads in hoher Zahl» ausgerichtet gewesen sei, was eine «stark erhöhte Gefahr» von Urheberrechtsverletzungen zur Folge gehabt habe (OGer, E. II.8.3.3). Diese Abweichung von der vorinstanzlichen Einschätzung ist insofern bemerkenswert, als das erstinstanzliche Urteil im Strafpunkt wohl anders ausgefallen wäre, wenn von der Ausrichtung des Geschäftsmodells auf Urheberrechtsverletzungen Dritter ausgegangen worden wäre. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass das Obergericht seine Analyse an dieser Stelle hätte abbrechen können, wenn es sich auf Art. 50 OR statt auf Art. 39d URG gestützt hätte, denn wenn es ein Teilnehmer bewusst darauf anlegt, Urheberrechtsverletzungen Dritter zu fördern, sind die subjektiven Tatbestandsmerkmale

von Art. 50 OR erfüllt (RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, 52), und auch ein Verschulden würde man in solchen Fällen in der Regel nicht von der Hand weisen können.

Nach der Logik von Art. 39d URG musste das Obergericht jedoch weiter prüfen, ob die von Rapidshare getroffenen Massnahmen zur Abwehr von Rechtsverletzungen genügten oder ob noch weitere zumutbare Massnahmen hätten ergriffen werden müssen (vgl. Art. 39d Abs. 2 URG; siehe dazu OGer, E. II.9.2). Wenig überraschend kam das Obergericht mit Blick auf das durch das Geschäftsmodell geschaffene hohe Verletzungsrisiko und die – aus einem persönlichkeitsrechtlichen Entscheid des Bundesgerichts (BGE 126 III 161 ff.) abgeleitete – erhöhte Sorgfaltpflicht (OGer, E. II.8.3.4) zum Schluss, dass «nicht alle» möglichen und zumutbaren Massnahmen ergriffen worden seien, um Urheberrechtsverletzungen «vollständig» zu verhindern, weshalb darin eine fahrlässige Mitwirkung an den Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer liege (OGer, E. II.9.3). In diesem Abschnitt liefert das Urteil im Wesentlichen eine Detailkritik an den von Rapidshare eingesetzten Abwehrmassnahmen. Diese Kritik orientierte sich freilich am illusorischen Ideal einer vollständigen Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen, sodass das Gericht letztlich gar nicht anders konnte, als sämtliche Massnahmen einzeln und gesamthaft für unzureichend zu erklären. Wenn es dabei jeweils darauf hinweist, was sonst noch alles hätte getan werden können und zumutbar gewesen wäre, dann tut es genau das, wovon in der Literatur schon vor Jahren gewarnt wurde (siehe z.B. C. P. RIGAMONTI, *Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?*, sic! 2016, 127). Dass das Obergericht die Lehre auch in diesem Punkt komplett ignorierte, ist umso bedauerlicher, als es sich im vorliegenden Fall um einen «case of first impression» handelte, der für die künftige Auslegung von Art. 39d URG richtungweisend hätte sein können, wenn er denn eine hinreichende Begründungstiefe erreicht hätte.

4. Trotz der vorstehenden Kritik sind die beiden Zuger Strafurteile für die künftige Anwendung von Art. 39d URG nicht einfach irrelevant. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass die heute in Art. 39d URG verankerte Pflicht zum «Staydown» von den Interessenvertretern der Musik- und Filmverwerter gerade vor dem Hintergrund der damaligen Kontroverse um das ursprüngliche Geschäftsmodell von Rapidshare in den Gesetzgebungsprozess eingebracht wurde (siehe z.B. AudioVision Schweiz, Stellungnahme zum Schlussbericht der AGUR12 vom 4. Dezember 2013, 3). Entsprechend ist die gerichtliche Beschreibung der Funktionsweise und des Geschäftsmodells von Rapidshare (insb. OGer, E. II.8.3) für die Auslegung des Tatbestandselements der Schaffung einer «besonderen Gefahr» von Urheberrechtsverletzungen gemäss Art. 39d Abs. 1 lit. c URG als entstehungsgeschichtlicher Referenzpunkt wertvoll. So weiss man, welches Geschäftsmodell dieser Norm in tatsächlicher Hinsicht Pate gestanden hat. Dass dieser Gesetzesartikel explizit die «technische Funktionsweise» und die «wirtschaftliche Ausrichtung» als Faktoren für die Beurteilung der besonderen Gefahr nennt, ist auch kein Zufall, denn damit sind gerade die anonyme Nutzbarkeit und die finanziellen Anreize gemeint (siehe z.B. BBl 2018, 636f.), die von Rapidshare zeitweise eingesetzt wurden und die

auch in den beiden Strafurteilen erwähnt werden (StrGer, E. IV.2.3.5, IV.2.4, IV.2.6; OGer, E. II.8.3.1, II.8.3.2). Hinzu kommt, dass eine grosse Anzahl berechtigter Takedown-Begehren ebenfalls ein Indiz für die geschäftsmodellbedingte Schaffung einer besonderen Gefahr für Urheberrechtsverletzungen sein kann, wie das Obergericht zutreffend ausführte (OGer, E. II.8.3.3; zurückhaltend dagegen StrGer, E. IV.2.4.3; vgl. dazu auch BBl 2018, 636). Im Ergebnis ist dem Obergericht denn auch beizupflichten, dass das Geschäftsmodell von Rapidshare die Voraussetzungen von Art. 39d Abs. 1 lit. c URG erfüllt hätte, wenn diese Norm anwendbar gewesen wäre. Alles andere wäre vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte nicht nachvollziehbar.

Weniger gelungen ist das obergerichtliche Urteil, soweit es um die Rechtsfolgenrechte von Art. 39d URG geht, also um die Frage nach Gegenstand und Umfang der Pflicht zum «Staydown». Konkret geht es um die folgenden zwei Aspekte:

a) Erstens hat das Gericht die wichtige und in der Lehre umstrittene Frage nicht gesehen, worauf sich die im Ingress von Art. 39d Abs. 1 URG enthaltene Pflicht überhaupt bezieht, d.h. welche Dateien konkret zu blockieren sind. Die wohl überwiegende Meinung will hier an der konkreten Verkörperung anknüpfen, die im Rahmen des «Takedown» vom betreffenden Server entfernt wurde (siehe z.B. RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, 55; P. MOSIMANN/Y. HOSTETTLER, *Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes*, recht 2018, 135; B. BUCHELI/D. VASELLA, *Die eingeschränkte Stay-Down-Pflicht gegen Piraterie-Hoster*, in: P. Mosimann [Hg.], *Das revidierte Urheberrecht*, Basel 2020, Rz. 292). Die Gegenmeinung will schlechthin jede Verkörperung des betreffenden Schutzobjekts der Pflicht zum «Staydown» unterwerfen (siehe z.B. B. WITTEWEILER, sic! 2021, 56; M. REHBINDER/L. HAAS/K.-P. UHLIG, *URG Kommentar*, 4. Aufl., Zürich 2022, URG 39d N 29). Letzteres geht jedoch schon deshalb zu weit, weil die betroffenen Hosting-Provider die von ihnen verlangte Filterung nur noch bedingt automatisiert vornehmen könnten und zudem die Widerrechtlichkeit des Zugänglichmachens von Dateien auf eigene Gefahr beurteilen müssten, ohne sich dabei auf Hinweise der Rechtsinhaber stützen zu können (siehe auch BUCHELI/VASELLA, Rz. 296). Die Folge wäre eine erhöhte Gefahr von unerwünschtem «Overblocking». Das Obergericht ignoriert diese Auseinandersetzung jedoch und geht ohne Begründung kurzerhand davon aus, dass sich die Pflicht zum «Staydown» auf beliebige Verkörperungen bezieht (siehe z.B. OGer, E. II.6.5, II.9.2 ff.). In dieser Hinsicht vermag das obergerichtliche Urteil schon wegen des offensichtlich fehlenden Problembewusstseins nicht als Präjudiz zu dienen.

b) Zweitens nimmt das Gericht auch hinsichtlich des Umfangs der Pflicht zum «Staydown» im Sinne von Art. 39d Abs. 2 URG eine nicht weiter reflektierte Extremposition ein, indem es nicht nur die «vollständige» Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen fordert, sondern über den Einsatz von Upload-Filtern hinaus weitere Massnahmen verlangt, die von der Überwachung von Linksammlungen und dem Einsatz von Webcrawlern bis hin zur «manuellen» Suche nach Rapidshare-Links im Internet und der Aufstockung des Personals zu diesen Zwecken reicht (OGer, E. II.9.2.2 ff.). In diesem Zusammenhang stützt sich das Ober-

gericht wiederholt auf ältere deutsche Urteile, ohne jedoch auch nur ein Wort darüber zu verlieren, inwiefern diese Urteile für die Schweiz massgebend sind. Hätte sich das Gericht stattdessen mit der Gesetzgebungsgeschichte von Art. 39d URG befasst, so hätte es realisiert, dass der vom Bundesrat in Anlehnung an den Entscheid «Alone in the Dark» des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH vom 12. Juli 2012, GRUR 2013, 370 ff.) ursprünglich eingebrachte Vorschlag zusätzlicher Kontrollmassnahmen (siehe Erläuternder Bericht VE-URG 2015, 75) in der Vernehmlassung als zu weit gehend abgelehnt wurde (kritisch auch MOSIMANN/HOSTETTLER, 137). In der Folge krebste der Bundesrat zurück und stellte entsprechend nicht mehr einseitig auf die deutsche Rechtsprechung ab (BBl 2018, 611). Stattdessen wollte er einen «Mittelweg» beschreiten, der in der Praxis lediglich «eine eingeschränkte Überwachung oder Filterung» voraussetzt (BBl 2018,

612). Von den ursprünglich vorgesehenen zusätzlichen Kontrollmassnahmen war in diesem Zusammenhang keine Rede mehr, sodass nach den Materialien davon auszugehen ist, dass diese als unzumutbar im Sinne von Art. 39d Abs. 2 URG zu gelten haben (siehe auch RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, 55; bzgl. manueller Kontrollen im Ergebnis gl.M. V. SALVADÉ, *La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur*, Jusletter vom 25. Mai 2020, Rz. 32; a.M. REHBINDER/HAAAS/UHLIG, URG 39d N 30, allerdings gerade unter Berufung auf die durch das schweizerische Gesetzgebungsverfahren überholte Rechtsprechung des BGH). Auch in diesem Punkt taugt das Urteil des Obergerichts daher nicht als Präjudiz.

Cyrill P. Rigamonti, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., S.J.D., Bern.