

Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen

CYRILL P. RIGAMONTI* | MARC WULLSCHLEGER**

Die Frage nach den Voraussetzungen einer widerrechtlichen Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen wurde von den schweizerischen Gerichten bisher noch nicht abschliessend geklärt. Die Antwort auf diese Frage ist namentlich für die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Internet Service Providern relevant, über die man sich auch im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision Gedanken macht. Der in der jüngeren Literatur bisweilen vorgeschlagenen Analogie zum Persönlichkeitsrecht stellen die Autoren in diesem Beitrag einen an patent- und haftpflichtrechtlichen Grundsätzen orientierten Ansatz gegenüber und kommen zum Schluss, dass dieser nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Immaterialgüterrechts vorzugswürdig ist. In diesem Zusammenhang wird auch auf die im jüngsten Bundesratsentwurf vorgesehene Pflicht zum «Staydown» eingegangen.

En Suisse, les tribunaux n'ont pas encore éclairci de manière exhaustive les conditions permettant d'admettre une participation illicite à une violation du droit d'auteur. La réponse à cette question est importante pour déterminer la responsabilité, au regard du droit d'auteur, pour les services proposés par les fournisseurs

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., S.J.D., Ordinarius für Wirtschaftsrecht, Universität Bern.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

de services Internet. La problématique fait l'objet de réflexions en marge de la révision actuelle du droit d'auteur. La doctrine récente propose de traiter la question par application par analogie du droit de la personnalité, alors que les auteurs du présent article présentent par contraste une solution s'inspirant des principes posés par le droit des brevets et de la responsabilité civile et parviennent à la conclusion que cette approche est à privilégier, et pas uniquement pour des motifs liés à l'unité du droit de la propriété intellectuelle. À cet égard, l'obligation de «stay down» prévue dans le dernier projet du Conseil fédéral est également analysée.

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. Analyse
 - 1. Relevanz der Analogien
 - 2. Einheit des Immaterialgüterrechts
 - 3. Alternative Analogien?
 - 4. Urheberrechtsrevision
- IV. Fazit

Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

Unter welchen Bedingungen eine Person wegen Urheberrechtsverletzung ins Recht gefasst werden kann, wenn sie selbst keinen urheberrechtlichen Verletzungstatbestand erfüllt, ist für das schweizerische Recht umstritten. Die Autoren dieses Beitrags haben sich unabhängig voneinander zu diesem Themenkomplex geäußert und unter anderem die analoge Anwendung der

Rechtsprechung zur Mitwirkung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf das Urheberrecht abgelehnt¹. Vor kurzem hat SCHMIDT-GABAIN in dieser Zeitschrift mit Vehemenz die Gegenposition vertreten² und dabei nicht nur gegenüber den Autoren einen für schweizerische Verhältnisse unüblich scharfen Ton angeschlagen. Da seine Analyse in der Sache nicht überzeugt und teilweise auf Fehlüberlegungen beruht, die sich auch anderswo in der Literatur finden³, soll die Frage in diesem Beitrag nochmals aufgegriffen werden. Dabei beschränken sich die Autoren grundsätzlich auf das Thema der Voraussetzungen einer widerrechtlichen Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen.

II. Ausgangslage

Bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmenden an Urheberrechtsverletzungen geht es um die unter

¹ C. P. RIGAMONTI, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, sic! 2016, 120 f.; M. WULLSCHLEGER, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015, N 209 ff., 212.

² F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, sic! 2017, 451 ff.

³ Siehe z.B. N. SCHOCH/M. SCHÜEPP, Providerhaftung «de près ou de loin»? Jusletter 13. Mai 2013, N 32 ff.; jüngst wieder J. FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, Zürich 2017, N 304.

verschiedenen Titeln⁴ diskutierte Frage, unter welchen materiellen Voraussetzungen eine Person bei einer Urheberrechtsverletzung, die von einem Dritten begangen wird, eine eigene rechtliche Verantwortung trifft, obwohl diese Person im Unterschied zum Dritten selbst keinen gesetzlichen Verletzungstatbestand erfüllt⁵. Die rechtspolitische Bedeutung dieser an sich altbekannten Frage hat in den letzten Jahren erheblich zugenommen, weil sich die Rechtsdurchsetzung gegenüber direkten Verletzern im Internet als schwierig erwiesen hat⁶ und sich die Rechtsinhaber daher vermehrt an die Internet Service Provider halten⁷, deren Dienste von Dritten zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen verwendet werden. An diesem Punkt wird auch im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision angeknüpft, soweit es um «Pirateriebekämpfung» geht⁸.

Das geltende Urheberrechtsgesetz äussert sich zur hier interessierenden Frage bekanntlich nicht⁹, doch ist in der Sache unbestritten, dass Teilnehmende unter gewissen Umständen als «indirekte» oder «mittelbare» Urheberrechtsverletzer ins Recht gefasst werden können. Mit Bezug auf die materiellen Voraussetzungen besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass (i) eine Urheberrechtsverletzung eines Dritten vorliegen oder drohen und (ii) die teilnehmende Person einen rechtlich relevanten Beitrag dazu leisten muss¹⁰. Während das Akzessorietäterfordernis (keine widerrechtliche Teilnahme ohne widerrechtliche Haupttat) allgemein anerkannt ist¹¹, streitet man sich darüber, welche Anforderungen an das Vorliegen eines rechtlich relevanten Beitrags der teilnehmenden Person konkret zu stellen sind. Dies erstaunt insofern nicht, als es dabei um einen heiklen Balanceakt geht. Zu hohe Anforderungen können die Effizienz der Rechtsdurchsetzung beeinträchtigen, während zu niedrige Anforderungen die Verantwortlichkeit überborden lassen und zu einer rechtspolitisch nicht zu rechtfertigenden Umlagerung der Rechtsdurchsetzungskosten von den Rechtsinhabern auf Dritte führen können.

Da die Streitfrage nach den materiellen Voraussetzungen des «rechtlich relevanten Beitrags» für das Urheber-

recht durch die schweizerische Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärt worden ist, wird teilweise versucht, mittels Analogieschlüssen weiterzukommen. Traditionell steht dabei die allgemeine haftpflichtrechtliche Norm von Art. 50 OR im Vordergrund¹², zumal sich sowohl das Bundesgericht als auch die Materialien zum URG im Kontext von Teilnahmefragen schon explizit auf diese Norm bezogen haben¹³. Alternativ wird in jüngerer Zeit vermehrt über eine Analogie zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf der Basis von Art. 28 ZGB nachgedacht. Die mit Blick auf die Einheit des Immaterialgüterrechts an sich naheliegende Analogie zum Patentrecht wird demgegenüber nicht selten ausgeblendet oder nicht gebührend gewürdigt¹⁴, obwohl sich das Bundesgericht gerade dort in einem viel beachteten Leitentscheid spezifisch zur Frage der Verantwortlichkeit des Teilnehmers geäußert hat¹⁵. Nachfolgend sollen diese Analogien nochmals auf ihre urheberrechtliche Tragfähigkeit überprüft werden, wobei die besonders umstrittene Frage nach den subjektiven

⁴ So ist z.B. auch von der indirekten, mittelbaren oder akzessorischen Verletzung und von der Sekundär- oder Dritthaftung die Rede; RIGAMONTI (Fn. 1), 117.

⁵ RIGAMONTI (Fn. 1), 117, 119; allgemein auch A. HESS-BLUMER, *Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten*, sic! 2003, 96.

⁶ Bereits die blosser Identifizierung von direkten Verletzern im Internet wirft datenschutz-, straf- und fernmelderechtliche Fragen auf; dazu ausführlich WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 18 ff. Die datenschutzrechtlichen Fragen sollen im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision angegangen werden; siehe Art. 77i des bundesrätlichen Entwurfs zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 22. November 2017, <www.tinyurl.com/E-URG-2017-pdf> (hiernach «E-URG 2017»).

⁷ Zu den Gründen der Rechtsdurchsetzung gegenüber Internet Service Providern und anderen Intermediären, siehe WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 15, 172. Siehe nun auch die beim HGer Bern hängige Klage gegen die Swisscom; Tages-Anzeiger vom 16. März 2017, 11.

⁸ Zum ersten bundesrätlichen Entwurf von 2015, siehe RIGAMONTI (Fn. 1), 123 ff. Zum zweiten bundesrätlichen Entwurf von 2017, siehe Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung

zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung vom 22. November 2017, <www.tinyurl.com/Botschaft-E-URG-pdf> (hiernach «Botschaft E-URG 2017»), 44.

⁹ Zur altrechtlichen Lokalgeberhaftung nach Art. 60 aURG als Prototyp der Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung, siehe WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 175 ff.; RIGAMONTI (Fn. 1), 119, Fn. 20.

¹⁰ HESS-BLUMER (Fn. 5), 101; C.P. RIGAMONTI, *Secondary Liability of Internet Service Providers in Switzerland*, in: L. Heckendorn Urscheler (Hg.), *Swiss Reports Presented at the XIXth International Congress of Comparative Law*, Zürich 2014, 390; RIGAMONTI (Fn. 1), 119.

¹¹ Statt vieler HESS-BLUMER (Fn. 5), 101 f.

¹² So für das Immaterialgüterrecht generell Bundesrat, *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern*, Bericht vom 11. Dezember 2015, 40, <www.tinyurl.com/BR-Ber-20151211-pdf>.

¹³ BGE 107 II 82 E. 9a; Erläuterungen zum Vorentwurf der I. Expertenkommission von 1971 zu einem Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, 117. Der Generalverdacht von SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 458, wonach der häufige Verweis auf Art. 50 OR «unreflektiertem Zitieren» oder gar «Abschreiben» anzulasten sei, entbehrt jeglicher Grundlage. Wer sich als Wissenschaftler oder Rechtsanwender mit der Teilnahmehaftung im Urheberrecht befasst, kommt schon aufgrund der Quellenlage nicht an Art. 50 OR vorbei.

¹⁴ Siehe jetzt aber M. BERGER, *Ändert die Gegenwart die Vergangenheit?*, sic! 2017, 668, der das Abstellen auf die Rechtsfigur der mittelbaren Patentverletzung auch im urheberrechtlichen Kontext für angemessen hält.

¹⁵ BGE 129 III 588, bestätigt in BGer vom 31. Januar 2012, 4A_532/2011, E. 2.1.2, sowie in BGer vom 20. Oktober 2017, 4A_208/2017, E. 3.3.1.

Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit im Vordergrund stehen soll, die allzu oft mit der schadenersatzrechtlichen Voraussetzung des Verschuldens vermischt wird.

Zu beachten ist dabei, dass es keinen rechtlichen Grund gibt, sich dieser Frage aus der Perspektive des Rechtsschutzes zu nähern und auf einzelne Ansprüche – etwa Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche – zu beschränken¹⁶, denn in der Schweiz setzen alle urheberrechtlichen Ansprüche ein widerrechtliches Verhalten voraus. Es ist zwar selbstverständlich, dass für jeden urheberrechtlichen Anspruch über die Widerrechtlichkeit des anspruchsbegründenden Verhaltens hinaus zusätzliche, anspruchsspezifische Voraussetzungen erfüllt sein müssen¹⁷, aber um diese geht es bei der hier interessierenden Frage nach der Verantwortlichkeit von Teilnehmern an Urheberrechtsverletzungen gerade nicht. In dogmatischer Hinsicht stellt sich einzig und allein die anspruchübergreifende Frage, unter welchen Voraussetzungen eine widerrechtliche Teilnahme einer Person an der Urheberrechtsverletzung eines Dritten vorliegt.

III. Analyse

1. Relevanz der Analogien

Was die konkreten Tatbestandsmerkmale der Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung anbelangt, dürfte – abgesehen vom Akzessorietätsfordernis – unbestritten sein, dass der Beitrag

des Teilnehmers die direkte Verletzung in objektiver Hinsicht irgendwie fördern muss, damit überhaupt von einer Teilnahme die Rede sein kann. Weniger klar ist, ob dafür jede noch so geringe Förderung genügt oder ob es eine Untergrenze der Erheblichkeit gibt¹⁸. In der Lehre wird vorgeschlagen, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Beitrag des Teilnehmers und der direkten Verletzung zu verlangen, um einer Ausuferung der Verantwortlichkeit des Teilnehmers entgegenzuwirken¹⁹. Es ist jedoch fraglich, ob die Adäquanzformel ihre haftungsbeschränkende Funktion in der Praxis überhaupt zu erfüllen vermag, was freilich nicht heissen muss, dass auf diese Voraussetzung zu verzichten wäre²⁰. Diese Thematik soll an dieser Stelle indes nicht weiter vertieft werden, weil sich diese Frage unabhängig davon stellt, welcher Analogie man den Vorzug gibt. Der Analogienstreit entzündet sich denn auch nicht an diesem Punkt, sondern an der Frage, ob abgesehen von der – allenfalls durch eine Untergrenze der Erheblichkeit oder durch ein Adäquanzfordernis qualifizierten – objektiven Förderung der direkten Verletzungshandlung durch die Teilnahmehandlung auch subjektive Tatbestandsmerkmale vorauszusetzen sind, namentlich das Wissen des Teilnehmers um die Handlung des direkten Verletzers. Wer das Persönlichkeitsrecht im Urheberrecht für analogiefähig hält, wird diese Frage mit Blick auf die insofern klare Rechtsprechung des Bundesgerichts²¹ verneinen, und

wer das allgemeine Haftpflichtrecht oder das Patentrecht zur Richtschnur nimmt, wird diese Frage vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in diesen Gebieten²² bejahen. Nach Meinung der Autoren ist schon unter dem Gesichtspunkt der Einheit des Immaterialgüterrechts den patentrechtlichen Vorgaben zu folgen, zumal diese sich inhaltlich auch mit den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts decken²³.

2. Einheit des Immaterialgüterrechts

Es liegt auf der Hand, dass die Teilnahmehaftung nicht nur ein urheberrechtliches Problem ist, sondern sich gleichermaßen auch in den anderen Gebieten des Immaterialgüterrechts stellt. Da in dieser Hinsicht keine rechtsgebietspezifischen Besonderheiten bestehen, lassen sich unterschiedliche Ansätze innerhalb des Immaterialgüterrechts sachlich nicht rechtfertigen. Es sollte daher eine einheitliche Regelung für das Immaterialgüterrecht angestrebt werden, wenn man nicht Gefahr laufen

¹⁶ Anders SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), der seinen Aufsatz als Beitrag zur Klärung der Passivlegitimation von urheberrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen versteht und daher bei Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG ansetzt, was insofern keinen Mehrwert bringt, als diese Normen die Frage der Passivlegitimation bzw. der Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit des Verhaltens von Teilnehmern an Urheberrechtsverletzungen gar nicht regeln.

¹⁷ WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 256.

¹⁸ Selbst im persönlichkeitsrechtlichen Zusammenhang scheint das Bundesgericht eine Untergrenze der Erheblichkeit im Prinzip anzuerkennen; BGer vom 6. Mai 2015, 5A_658/2014, E. 4.2.

¹⁹ Siehe z.B. HESS-BLUMER (Fn. 5), 102 f.; FRANCEY (Fn. 3), N 313; Bundesrat (Fn. 12), 2, 31 f.; vgl. in patentrechtlichem Zusammenhang auch BGE 129 III 588 E. 4.1.

²⁰ Dazu bereits RIGAMONTI (Fn. 1), 119 f.

²¹ Siehe z.B. BGer vom 14. Januar 2013, 5A_792/2011, E. 6.2; BGer vom 6. Mai 2015,

5A_658/2014, E. 4.2; BGE 141 III 513 E. 5.3.1. Zu diesem Punkt bereits P. ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zürich 2004, 218.

²² Siehe z.B. für das Patentrecht: BGE 129 III 588 E. 4.1; BGer vom 31. Januar 2012, 4A_532/2011, E. 2.1.2; BGer vom 20. Oktober 2017, 4A_208/2017, E. 3.3.1; siehe für das allgemeine Haftpflichtrecht z.B. BGE 104 II 225 E. 4a; vgl. auch BGE 115 II 42 E. 1b.

²³ Siehe demgegenüber aber Y. BENHAMOU, Website Blocking Injunctions Under Swiss Law, Expert Focus 2017, 886, der im Interesse der Rechtssicherheit alle Rechtsverletzungen derselben Regel unterwerfen will und sich gegen subjektive Tatbestandselemente ausspricht, ohne jedoch für diese rechtspolitisch motivierte Präferenz eine Rechtsgrundlage anzugeben. Verfehlt auch A. LOHRI-KEREKES, Grenzen der Urheberrechtsdurchsetzung in der Schweiz mittels Filtern und Sperren im Internet, Zürich 2017, N 362, 372, die meint, die Anwendung von Art. 50 OR und Art. 28 ZGB führe inhaltlich zum gleichen Ergebnis.

will, durch die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Immaterialgüterrechtsinhaber das Rechtsgleichheitsgebot²⁴ zu missachten.

Diese Gleichbehandlung im Immaterialgüterrecht kann rechtsdogmatisch auf zwei Arten erreicht werden. Entweder richtet man sich nach einer allgemeinen Norm, die auf alle Immaterialgüterrechte anwendbar ist, oder man verallgemeinert eine Lösung, die in einem immaterialgüterrechtlichen Teilgebiet bereits gilt. Die erste Variante führt ins allgemeine Haftpflichtrecht und damit zu Art. 50 OR, und die zweite Variante verweist auf das Patentrecht und damit auf Art. 66 lit. d PatG²⁵. Beide Ansätze führen in der Sache zum selben Ergebnis, nämlich der Abhängigkeit der Widerrechtlichkeit des Teilnehmerverhaltens vom Vorliegen subjektiver Tatbestandselemente.

a) Allgemeines Haftpflichtrecht
(Art. 50 OR)

Dass man die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Teilnehmers an einer Urheberrechtsverletzung bisher primär in Art. 50 OR erblickt hat, überrascht insofern nicht, als Immaterialgüterrechtsverletzungen unerlaubte Handlungen im Sinne von Art. 41 ff. OR darstellen und sich dieser Bezugspunkt

²⁴ Art. 8 Abs. 1 BV.

²⁵ Die anderen Gebiete des Immaterialgüterrechts, namentlich das Marken- und Designrecht, sind gegenüber dem Patentrecht weniger ergiebig, obwohl unbestritten ist, dass sich Teilnehmer auch in diesen Gebieten zivilrechtlich verantwortlich machen können. Für das Designrecht ist dies in Art. 9 Abs. 2 und Art. 41 lit. b DesG explizit festgehalten. Im Markenrecht fehlt – wie im Urheberrecht – mittlerweile eine parallele Bestimmung, weil der altrechtliche Art. 24 lit. d aMSchG ersatzlos gestrichen wurde, ohne dass damit eine Rechtsänderung beabsichtigt war. Es fehlt in diesen Rechtsgebieten an einschlägiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, und auch die Materialien helfen nicht weiter.

rechtssystematisch auch aufgrund des nach der Lehre über den Wortlaut hinausgehenden Anwendungsbereichs von Art. 7 ZGB rechtfertigt²⁶. Zwar betrifft Art. 50 OR streng genommen nur die solidarische Haftung mehrerer Teilnehmer für einen gemeinsam verursachten und verschuldeten Schaden, doch setzt eine solche Schadenersatzpflicht die Widerrechtlichkeit des von dieser Norm erfassten Teilnehmerverhaltens voraus – und genau darum geht es hier²⁷. Wer als Anstifter oder Gehilfe auf der Grundlage von Art. 41 i.V.m. Art. 50 OR wegen Urheberrechtsverletzung schadenersatzrechtlich in die Pflicht genommen werden kann, handelt widerrechtlich und ist darum auch im Zusammenhang mit Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen grundsätzlich passivlegitimiert²⁸. Das ist gemeint, wenn man im Zusammenhang mit der Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen von der «analogen» Anwendbarkeit von Art. 50 OR spricht²⁹, zumal diese Norm klarmacht, dass nicht nur Haupttäter («Urheber»), sondern eben auch Anstifter und Gehilfen – also Teilneh-

²⁶ Siehe z.B. C. SCHMID-TSCHIRREN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012, ZGB 7 N 33 f., 49.

²⁷ Siehe dazu bereits RIGAMONTI (Fn. 1), 121. Grundsätzlich zur Unterscheidung von Rechtsverfolgung und Schadensausgleich, K. FEHR, Die Beziehungen zwischen den Ansprüchen auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, Unterlassung und Schadenersatz, ZBJV 80 (1944), 300 f.

²⁸ Freilich müssen auch etwaige anspruchsspezifische Voraussetzungen gegeben sein.

²⁹ Die Analogie bezieht sich hier darauf, dass eine *schadenersatzrechtliche* Norm im Kontext *negatorischer* Ansprüche fruchtbar gemacht wird. Der materielle Regelungsgehalt von Art. 50 OR ist jedoch an sich *direkt* auf das Urheberrecht anwendbar, auch wegen Art. 62 Abs. 2 URG; siehe dazu bereits WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 190, 259. Diese unterschiedlichen Bezugspunkte übersieht SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 451, Fn. 4, wenn er meint, bei WULLSCHLEGER auf einen «Widerspruch» gestossen zu sein.

mer – ins Recht gefasst werden können³⁰.

Die Anschlussfrage ist dann, unter welchen Voraussetzungen eine Person als Anstifter oder Gehilfe im Sinne von Art. 50 OR zu qualifizieren ist. In dieser Hinsicht setzt das Bundesgericht bekanntlich voraus, dass jeder Handelnde «vom Tatbeitrag des andern *Kenntnis hat* oder bei der erforderlichen Aufmerksamkeit *Kenntnis haben könnte*»³¹. Wer dieses subjektive Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt, ist weder Anstifter noch Gehilfe im Sinne von Art. 50 OR und handelt daher auch nicht widerrechtlich. Entsprechend besteht in diesem Fall auch keine Passivlegitimation für negatorische Ansprüche. Das in der Lehre bisweilen als «bewusstes Zusammenwirken»³² bezeichnete subjektive Tatbestandsmerkmal auf Stufe Widerrechtlichkeit ist dogmatisch nicht identisch mit der Frage, ob seitens des Teilnehmers ein schadenersatzrelevantes Verschulden vorliegt, auch wenn bestimmte subjektive Elemente in beiden Zusammenhängen relevant sein können³³. Wer in diesem Zusammenhang mit dem Verschuldensbegriff operiert, verstellt den Blick auf die zu beantwortende Frage und läuft Gefahr, die Ebene der Widerrechtlichkeit mit

³⁰ Vor diesem Hintergrund ist es unverständlich, wenn SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2) behauptet, die analoge Anwendung von Art. 50 OR zur Bestimmung der Passivlegitimation nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und lit. b URG sei «gar nicht möglich» (454) und «unzulässig» (454, Fn. 21), weil Art. 50 OR weder die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs noch Unterlassungsfragen regle. Dieser Einwand geht schon deshalb fehl, weil die Relevanz von Art. 50 OR im vorliegenden Zusammenhang darin liegt, *das widerrechtliche Teilnehmerverhalten zu definieren*, das Voraussetzung aller urheberrechtlichen Ansprüche ist.

³¹ BGE 104 II 225 E. 4a (Hervorhebung hinzugefügt); siehe auch H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008, N 1436; RIGAMONTI (Fn. 1), 121.

³² So z.B. WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 215 ff.

³³ WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 225 ff.

der Ebene des Verschuldens zu vermischen³⁴.

b) Teilnahme im Patentrecht
(Art. 66 lit. d PatG)

Innerhalb des Immaterialgüterrechts hat das Bundesgericht die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern in seinem Leitentscheid aus dem Jahr 2003³⁵ für das Patentrecht geklärt und damit eine verallgemeinerungsfähige Grundlage geschaffen, die auch im Urheberrecht nicht ignoriert werden kann.

In Übereinstimmung mit der soeben geschilderten Rechtslage nach Art. 50 OR verlangt das Bundesgericht auch unter dem Regime von Art. 66 lit. d PatG das Vorliegen subjektiver Tatbestandsmerkmale³⁶. Für die klassische Sachverhaltsvariante des Inverkehrbringens nicht allgemein im Handel erhältlicher Vorrichtungen zur Verwendung in einem patentierten Verfahren hat das Bundesgericht explizit festgehalten, dass sich der Lieferant zivilrechtlich nur verantwortlich macht, «wenn er weiss oder wissen muss, dass die von ihm angebotenen oder gelieferten Mittel geeignet und vom Empfänger des Angebots oder der Lieferung dazu bestimmt sind, für die Benützung der geschützten Erfindung verwendet zu werden»³⁷.

Die Erforderlichkeit dieser Wissenskomponente als Voraussetzung der Verantwortlichkeit als Teilnehmer im Patentrecht ist vom Bundesgericht seither wiederholt bestätigt worden³⁸ und kann daher nicht kleingeredet wer-

den, indem darauf hingewiesen wird, dass es im Leitentscheid von 2003 nicht nur um Unterlassungs-, sondern auch um Gewinnherausgabeansprüche ging³⁹, zumal in den neueren Entscheidungen reparatorische Ansprüche keine Rolle spielten⁴⁰. Es ist auch nicht etwa so, dass die Schweiz mit dieser Rechtsprechung rechtsvergleichend gesehen als Sonderfall zu betrachten wäre. Vielmehr gehören subjektive Elemente in ganz Europa zur Standardvoraussetzung der mittelbaren Patentverletzung⁴¹, die vom Bundesgericht in seinem Leitentscheid von 2003 mit Bezug auf das für Art. 66 lit. d PatG relevante «Täterverhalten» gerade übernommen wurden⁴².

Weshalb diese patentrechtliche Regelung nicht auch auf das Urheberrecht übertragen werden kann, ist nicht nachvollziehbar. Als Immaterialgüterrechtler fühlt man sich ins 19. Jahrhundert zurückversetzt⁴³, wenn SCHMIDT-

GABAIN meint, das Urheberrecht sei dem Persönlichkeitsrecht «verwandter» als dem Patentrecht⁴⁴. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich sowohl das Urheberrecht als auch das Patentrecht mit Rechten an geistigen Schöpfungen befassen, die vom Urheber oder Erfinder verschieden sind und entsprechend handelbare Wirtschaftsgüter darstellen, was auf traditionelle Persönlichkeitsgüter wie z.B. Ehre, Ruf, Ansehen, Privatsphäre, persönliche Freiheit oder physische und psychische Integrität⁴⁵ nicht in gleichem Masse zutrifft⁴⁶. Im Übrigen geht es im vorliegend interessierenden Zusammenhang der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern in der Praxis vor allem um die Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen der Urheberrechtsindustrie.

c) Zwischenfazit

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass es für eine widerrechtliche Teilnahme an einer drohenden oder

³⁹ So aber SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 457.

⁴⁰ Im Entscheid 4A_532/2011 ging es um vorsorgliche Beweisführung, im Urteil 4A_208/2017 um eine negative Feststellungsklage.

⁴¹ Siehe z.B. § 10 Abs. 1 dPatG: «Das Patent hat ferner die Wirkung, dass es jedem Dritten verboten ist, [...] Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, zur Benutzung der Erfindung [...] anzubieten oder zu liefern, wenn der Dritte weiss oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, dass diese Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden» (Hervorhebung hinzugefügt). Für andere europäische Rechtsordnungen, siehe z.B. die Übersicht bei A. KEUKENSCHRIJVER, Flügelradzähler, Kaffeetüte und Drehzahlermittlung – neue Entwicklungen bei der mittelbaren Patentverletzung, in: FS 50 Jahre VPP, München 2005, 331 ff. Diese subjektiven Voraussetzungen haben jüngst auch in das Unified Patent Court Agreement Eingang gefunden und werden daher bei Inkrafttreten dieses Abkommens paneuropäisch verfestigt; Art. 26 Abs. 1 UPCA (ABl. EU vom 20. Juni 2013, Nr. C 175, 1).

⁴² So explizit BGE 129 III 588 E. 4.1. Siehe dazu auch C.P. RIGAMONTI, Die Schweiz und das materielle Recht der Patentverletzung in Europa, sic! 2014, 242.

⁴³ Zur Entwicklung des Urheberrechtsverständnisses im 19. Jahrhundert, siehe z.B. C. P.

RIGAMONTI, Urheberpersönlichkeitsrechte, Bern 2013, 132 ff.

⁴⁴ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 457.

⁴⁵ Siehe z.B. H. HAUSHEER/R. E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 10.05.

⁴⁶ Der Hinweis auf den persönlichkeitsrechtlichen Sonderfall des Rechts am eigenen Bild (SCHMIDT-GABAIN [Fn. 2], 456, 457) bestätigt diesen Befund nur, denn die behauptete Ähnlichkeit zwischen Urheberrecht und dem Recht am eigenen Bild beruht – soweit sie denn besteht – gerade darauf, dass das Bundesgericht das Recht am eigenen Bild in seiner neueren Rechtsprechung den Immaterialgüterrechten angenähert hat (siehe insbesondere BGE 136 III 401 E. 5.2.2). Für den Rest der Persönlichkeitsgüter, auf die Art. 28 ff. ZGB primär zugeschnitten sind, gilt dies jedoch nicht in gleichem Masse. Dass Urheber neben den Verwertungsrechten auch Urheberpersönlichkeitsrechte haben, macht das urheberrechtliche Werk nicht zum Persönlichkeitsgut und das Urheberrecht auch nicht zum Persönlichkeitsrecht; vgl. auch R.M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, N 189.

³⁴ So z.B. SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 454 f.; FRANCEY (Fn. 3), N 302; BENHAMOU (Fn. 23), 886; LOHRI-KEREKES (Fn. 23), N 382.

³⁵ BGE 129 III 588.

³⁶ Siehe dazu bereits RIGAMONTI (Fn. 1), 122.

³⁷ BGE 129 III 588 E. 4.1 (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁸ Siehe z.B. BGer vom 31. Januar 2012, 4A_532/2011, E. 2.1.2; BGer vom 20. Oktober 2017, 4A_208/2017, E. 3.3.1.

bestehenden Urheberrechtsverletzung eines Dritten nicht genügt, dass der Teilnehmer die Handlung des Dritten objektiv fördert, sondern dass auf der Grundlage einer analogen Anwendung von Art. 50 OR bzw. Art. 66 lit. d PatG immer auch vorauszusetzen ist, dass der Teilnehmer *weiss oder wissen muss*, dass er mit seinem eigenen Verhalten die urheberrechtsverletzende Handlung des Dritten fördert. Soweit die als Teilnehmerin ins Recht gefasste Person ihr Angebot nicht bewusst darauf anlegt, Urheberrechtsverletzungen Dritter zu fördern, werden die betroffenen Urheberrechtshaber in der Praxis daher nicht um eine Abmahnung herumkommen, bevor sie zivilrechtliche Ansprüche gegen den Teilnehmer geltend machen können. Sie müssen mithin selbst nach Rechtsverletzern suchen und können diese Suche nicht auf Dritte wie z.B. Internet Service Provider abwälzen⁴⁷. Eine solche Suche ist ihnen auch durchaus zuzumuten, denn die Durchsetzung privater Rechte ist im Kern Sache der Rechtsinhaber⁴⁸.

3. Alternative Analogien?

Wenn man für die Frage der Voraussetzungen widerrechtlichen Teilnehmerverhaltens im Bereich des Urheberrechts auf eine allgemein anwendbare haftpflichtrechtliche Norm⁴⁹ und eine ohne weiteres analogiefähige patent-

rechtliche Regelung⁵⁰ samt einschlägiger Rechtsprechung⁵¹ zurückgreifen kann, die beide zum gleichen Ergebnis führen, das überdies von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵² und den Materialien zum URG⁵³ gestützt wird, dann besteht kein Anlass für die Umstellung auf alternative Analogien ausserhalb des Immaterialgüterrechts. In der Tat scheinen die Gründe der Befürworter einer solchen Umstellung denn auch weniger dogmatischer als rechtspolitischer Natur zu sein. Die juristischen Begründungen, die sich in der Literatur zugunsten einer analogen Anwendung des Persönlichkeitsrechts oder gar des Sachenrechts finden, vermögen jedenfalls nicht zu überzeugen, was insofern nicht überrascht, als sich das Urheberrecht historisch gerade in Abgrenzung zum Sachen- und Persönlichkeitsrecht entwickelt hat⁵⁴.

Dies gilt insbesondere für die von SCHMIDT-GABAIN vorgetragenen Argumente, dessen Präferenz für das Persönlichkeits- und Sachenrecht primär darauf beruht, dass es auch in diesen Rechtsgebieten negatorische Ansprüche gibt⁵⁵. Dies trifft zwar zu, sagt aber nichts darüber aus, unter welchen Voraussetzungen eine widerrechtliche Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung vorliegt. Es begründet auch nicht, weshalb die sachlich näher liegende immaterialgüterrechtliche Analogie zum Patentrecht einfach ignoriert wer-

den kann oder weshalb das allgemeine Haftpflichtrecht für die Frage der Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit einer Teilnahme nicht beigezogen werden soll. Dies wäre nur dann vertretbar, wenn nachgewiesen wäre, dass die im Persönlichkeits- und Sachenrecht getroffenen gesetzgeberischen Wertungen mit Bezug auf die Definition der Passivlegitimation auch für das Urheberrecht Geltung beanspruchen können. Dieser Nachweis wurde bisher jedoch nicht erbracht. Daher überzeugt auch das oft vorgetragene Argument nicht, dass eine einheitliche Regelung für *alle* Rechtsverletzungen wünschbar wäre⁵⁶. Dies mag als rechtspolitisches Desiderat zwar vertretbar sein, lässt sich aufgrund der offenkundig unterschiedlichen Ansätze im Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht aber nicht ohne Gesetzesänderung realisieren – ganz abgesehen davon, dass erst noch zu entscheiden wäre, ob sich eine einheitliche Norm an der persönlichkeitsrechtlichen oder der immaterialgüterrechtlichen Regelung orientieren sollte.

Die von SCHMIDT-GABAIN angerufene Gleichsetzung der Rechtswirkungen von urheberrechtlichen Schranken und persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigungsgründen⁵⁷ führt in diesem Zusammenhang nicht weiter. Dogmatisch sind die Schranken des Urheberrechts nämlich insofern nicht mit den Rechtfertigungsgründen des Persönlichkeitsrechts vergleichbar, als die Schranken des Urheberrechts Teil der Definition des Inhalts der Rechte der Urheber sind, während die persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe grundsätzlich⁵⁸ die Widerrechtlichkeit einer an sich bestehenden Persönlich-

⁵⁰ Art. 66 lit. d PatG.

⁵¹ BGE 129 III 588.

⁵² BGE 107 II 82 E. 9a.

⁵³ Erläuterungen zum Vorentwurf der I. Expertenkommission von 1971 zu einem Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht, 117.

⁵⁴ Dazu allgemein C.P. RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001, 51 ff.; siehe auch J. KOHLER, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907, 1 ff. (zur Abgrenzung vom Persönlichkeitsrecht); E. E. HIRSCH, Die Werkherrschaft, UFITA 36 (1962), 42, 51 (zur Abgrenzung vom Sachenrecht).

⁵⁵ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 455 (zu Art. 28 ZGB), 457 (zu Art. 641 ZGB).

⁵⁶ So jüngst wieder BENHAMOU (Fn. 23), 886.

⁵⁷ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 456.

⁵⁸ Zur umstrittenen Rechtsnatur der Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung, siehe R. E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, N 182; siehe auch BGE 136 III 401 E. 5.2.1.

⁴⁷ Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden; WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 232.

⁴⁸ Anders SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 456, der dies für «mühselig» hält, weil sich der Teilnehmer der Abmahnung entziehen könne. Dieser Einwand überzeugt nicht, denn in der Praxis wird man sich vor allem dann an potenzielle Teilnehmer halten, wenn diese einfacher zu greifen sind als die direkten Verletzer. Im Online-Bereich scheint die Selbstregulierung der Branche mittels «Notice and Notice» bzw. «Notice and Takedown» Verfahren im Grossen und Ganzen auch durchaus zu funktionieren.

⁴⁹ Art. 50 OR.

keitsverletzung aufheben. Wer eine Schranke des Urheberrechts wahrnimmt, greift folglich schon gar nicht in die ausschliesslichen Rechte des Urhebers ein. Es ist deshalb irreführend, diese Schranken als «Rechtfertigungsgründe» zu bezeichnen⁵⁹. Auch in der Sache besteht keine Kongruenz zwischen Urheberrechtsschranken und persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigungsgründen. Die Urheberrechtsschranken basieren auf einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung, die von den Gerichten durch Anwendung der vorgegebenen Tatbestandsvoraussetzungen umzusetzen ist. Demgegenüber ermöglichen es die persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigungsgründe dem urteilenden Gericht, im konkreten Einzelfall ad hoc eine Interessenabwägung vorzunehmen, die vom Gesetzgeber gerade nicht vorgegeben ist und für die der Gesetzgeber auch keine Kriterien bereitstellt. Die materielle Flexibilität ist für die Gerichte im Persönlichkeitsrecht daher wesentlich grösser als im Urheberrecht, was es ihnen ermöglicht, überschüssende Verantwortlichkeiten, die aufgrund des potenziell uferlosen Mitwirkungsbegriffs gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB drohen können⁶⁰, im Einzelfall bereits auf Tatbestandsseite zu korrigie-

ren⁶¹, und zwar mit der Folge, dass entsprechend auch kein Unterlassungsanspruch besteht. Diese Möglichkeit besteht im Urheberrecht nicht in gleichem Masse, weil es urheberrechtlich nicht zulässig ist, eine Urheberrechtsverletzung gestützt auf eine Interessenabwägung im Einzelfall zu rechtfertigen. Insofern kann man sich im Persönlichkeitsrecht eine (zu) weit gefasste Definition der erfassten Teilnahmehandlungen auf Verletzungsstufe eher leisten als im Urheberrecht, wo potenziell überschüssende Verantwortlichkeiten bereits im Rahmen der Festlegung des Tatbestands des widerrechtlichen Teilnehmerverhaltens zu berücksichtigen sind. Diese Funktion kommt den erwähnten subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu.

Wer vor diesem Hintergrund dennoch mit alternativen Analogien liebäugelt, tut dies vor allem aus Unzufriedenheit mit der geltenden Rechtslage, also primär aus rechtspolitischen Gründen⁶². In der Tat wird der Schlüssel zu einer effizienteren Rechtsdurchsetzung im Internet ganz allgemein bei den Internet Service Providern gesehen, die stärker in die Pflicht genommen werden sollen. Zu diesem Zweck hätten die Vertreter der Urheberrechtsindustrie gerne eine an der deutschen Störerhaftung orientierte Anspruchsgrundlage, denn dies würde es ihnen unter Umständen ermöglichen, die Internet Service Provider dazu zu bringen, auf einmalige Meldung einer Rechtsverletzung hin ihre Plattformen von sich aus nach problematischen Dateien abzusuchen und den Upload solcher Dateien proaktiv zu

verhindern⁶³. Die subjektiven Tatbestandselemente von Art. 50 OR und Art. 66 lit. d PatG stehen diesem Ansinnen allerdings im Wege, sodass man hofft, mit einer Umstellung auf eine Analogie zu Art. 28 ZGB die Ausgangslage für eine materielle Übernahme der deutschen Störerhaftung de lege lata verbessern zu können⁶⁴. Insofern erstaunt es nicht, dass – wohl nicht ganz zufällig – nun auch noch Art. 641 ZGB ins Spiel gebracht wird⁶⁵, denn dabei handelt es sich um die schweizerische Parallelnorm zum deutschen § 1004 BGB, der formal die Grundlage für die Störerhaftung bildet. Ohne eine solche – nicht nur dogmatisch fragwürdige – Umstellung auf alternative Analogien lässt sich die von den Vertretern der Urheberrechtsindustrie geforderte Erweiterung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Internet Service Provider nur durch eine Gesetzesänderung erreichen. Wenig überraschend wird im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision unter dem Titel der Pflicht zum «Staydown» genau auf eine solche Gesetzesänderung hingearbeitet.

4. Urheberrechtsrevision

Der Bundesrat hat am 22. November 2017 seinen zweiten Entwurf zur «Modernisierung des Urheberrechts» vorgelegt. Im Bereich der Massnahmen zur «Pirateriebekämpfung» hat man sich dabei insofern als kritikfähig gezeigt, als von den relativ weit reichenden urheberverwaltungsrechtlichen Pflichten des ersten Bundesratsentwurfs von 2015⁶⁶ nicht mehr viel übrig geblieben

⁵⁹ Unzutreffend bereits F. SCHMIDT-GABAIN, Social Media und Inhalte, in: O. Staffelbach/C. Keller (Hg.), Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, N 2.72.

⁶⁰ Nach BBl 1982 II 656 f. muss Art. 28 Abs. 1 ZGB «so weit wie möglich ausgelegt werden». Die potenziellen Folgen der weiten Auslegung des Mitwirkungsbegriffs zeigen sich besonders akzentuiert im Datenschutzrecht: «Unter den Bedingungen der Informatik heisst dies, dass die verletzte Person nicht nur den Inhaber einer Datensammlung, sondern auch dessen Hilfspersonen und Beauftragte belangen kann. Sie mag beispielsweise die Betreiber eines Rechenzentrums oder eines Datenübermittlungsnetzes oder auch Personen, die Software oder Hardware für die verletzende Bearbeitung zur Verfügung gestellt haben, ins Recht fassen, sofern deren Handeln oder Unterlassen für die Verletzung ursächlich ist»; BBl 1988 II 464 f.

⁶¹ Zur Möglichkeit der Korrektur überschüssender Verantwortlichkeiten auf der Rechtsfolgeseite, siehe RIGAMONTI (Fn. 1), 119, Fn. 25.

⁶² So sieht etwa SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 455 f., den einzigen materiellen Grund für die Vorzugswürdigkeit einer persönlichkeitsrechtlichen Analogie ergebnisorientiert in der angeblichen Unzumutbarkeit einer Abmahnung durch die Rechtsinhaber.

⁶³ RIGAMONTI (Fn. 1), 126 f.

⁶⁴ Siehe dazu RIGAMONTI (Fn. 1), 127, Fn. 108.

⁶⁵ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 457 f.

⁶⁶ Siehe Art. 66b ff. des Entwurfes zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 11. Dezember 2015, <www.tinyurl.com/E-URG-2015-pdf> (hiernach «E-URG 2015»); Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes

ist. Namentlich wurde auf die urheberrechtliche Regulierung der Access Provider und damit auch auf Netzsperrern verzichtet⁶⁷, und anstelle des umständlichen Identifizierungsverfahrens zur Rechtsdurchsetzung in P2P-Netzwerken ist man zur alten, strafrechtsbasierten Vorgehensweise zurückgekehrt⁶⁸ und hat zu diesem Zweck die seit dem Logistep-Entscheid des Bundesgerichtshofs⁶⁹ bestehenden datenschutzrechtlichen Hürden aus dem Weg geräumt⁷⁰. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Datenbearbeitung zwecks Rechtsdurchsetzung ist grundsätzlich zu begrüssen⁷¹.

Mit Bezug auf Hosting Provider will der Bundesrat im Hinblick auf die schwarzen Schafe der Branche an der bereits im ersten Entwurf⁷² enthaltenen Pflicht zum «Staydown» festhalten, wenn auch in modifizierter Form⁷³. Wenn ein urheberrechtlich geschütztes Werk über einen Hosting Provider widerrechtlich zugänglich gemacht und dies dem Provider gemeldet wird, dann soll er – zusätzlich zu allenfalls bestehenden Selbstregulierungsmassnahmen – alle technisch und wirtschaftlich zumutbaren Massnahmen ergreifen müssen, um zu verhindern, dass dasselbe Werk erneut widerrechtlich zugänglich gemacht wird. Diese Pflicht soll jedoch nur dann bestehen, wenn der Provider eine besondere Gefahr solcher Rechtsverletzungen geschaffen hat, indem er seinen Dienst technisch

oder wirtschaftlich so ausrichtet, dass solche Rechtsverletzungen begünstigt werden. Rechtstechnisch soll dies so durchgesetzt werden, dass die von dieser Regel erfassten Hosting Provider, welche die ihnen obliegenden Massnahmen nicht treffen, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können, indem fingiert wird, dass das Nichtergreifen dieser Massnahmen Urheberrechte gefährdet⁷⁴. Den betroffenen Hosting Providern könnte so gerichtlich verboten werden, ihre Dienste weiter zu betreiben, ohne die erforderlichen Massnahmen getroffen zu haben. Die Bedeutung dieser Regelung wird in der Praxis primär davon abhängen, (i) wie das Erfordernis der Schaffung einer «besonderen Gefahr» von Urheberrechtsverletzungen ausgelegt wird und (ii) welche Massnahmen für «technisch und wirtschaftlich zumutbar» gehalten werden.

Die neue Pflicht zum «Staydown» soll nach dem Willen des Bundesrats nicht auf alle Hosting Provider gleichermaßen Anwendung finden. Nachdem im ersten Entwurf danach differenziert wurde, ob ein Provider Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation ist oder nicht⁷⁵, kommt es im aktuellen Entwurf darauf an, ob der Hosting Provider «eine besondere Gefahr» für Urheberrechtsverletzungen durch die Nutzer seiner Dienste schafft⁷⁶. Damit wird – wie auch schon im ersten Entwurf – beabsichtigt, die Spreu vom Weizen zu trennen und nur diejenigen Hosting Provider mit einer neuen Pflicht zu belasten, die Urheberrechtsverletzungen «zu ihrem Geschäftsmodell» machen⁷⁷. Entsprechend geht der Bundesrat davon aus, dass die erforderliche «erhebliche» Gefahr nur von einigen wenigen Hosting Providern geschaffen wird, die man

in der Branche offenbar bereits positiv als schwarze Schafe identifiziert hat und die sogar auf «ca. fünf» beziffert werden können⁷⁸. Die damit verfolgte Zielsetzung verdient grundsätzlich Zustimmung, denn dass Geschäftsmodelle von Hosting Providern, die zu ihrem eigenen kommerziellen Vorteil gezielt auf Urheberrechtsverletzungen Dritter aufbauen, von der Rechtsordnung nicht toleriert werden können, liegt auf der Hand. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung ist es jedoch nicht nachvollziehbar, wenn der Bundesrat im Rahmen der Erläuterung der allenfalls zu treffenden Massnahmen auch «Kleinstanbieterinnen und Kleinstanbieter» einbezieht, die private Server «zum Austausch von Fotos und anderen Dateien in der Familie» betreiben, und in diesem Zusammenhang davon spricht, dass ihnen «keine umfangreichen Pflichten aufgebürdet» würden⁷⁹. Wenn man schon vorgibt, mit dem Begriff der «besonderen Gefahr» nur die etwa fünf schwarzen Schafe der Branche treffen zu wollen, die mit ihrem urheberrechtsverletzenden «Piraterieplattformen»⁸⁰ auf Kosten der Rechteinhaber das grosse Geld machen, dann können die beschriebenen «Kleinstanbieterinnen» damit wohl kaum gemeint sein, zumal schon fraglich ist, ob in solchen Fällen überhaupt von «Betreibern eines Internet-Hosting-Dienstes» gesprochen werden kann. Auf sie kann die neue Pflicht zum «Staydown» nach dem Gesagten jedenfalls nicht anwendbar sein. Vielmehr unterliegen sie nach wie vor einzig und allein den oben beschriebenen allgemeinen Regeln über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Teilnehmern.

Handelt es sich beim fraglichen Hosting Provider tatsächlich um einen der wenigen, auf den die Pflicht zum «Staydown» anwendbar ist, wird weiter

vom 11. Dezember 2015, <www.tinyurl.com/Erl-E-URG-pdf> (hiernach «Erl. E-URG 2015»), 73 ff. Siehe dazu bereits ausführlich RIGAMONTI (Fn. 1), 123 ff.

⁶⁷ Botschaft E-URG 2017, 23.

⁶⁸ Botschaft E-URG 2017, 11, 25, 57 ff. Zur Kritik an der ineffizienten Identifizierung im Strafverfahren, siehe WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 137 ff., 442 ff., 460.

⁶⁹ BGE 136 II 508.

⁷⁰ Art. 77i E-URG 2017.

⁷¹ So schon WULLSCHLEGER (Fn. 1), N 458; RIGAMONTI (Fn. 1), 132.

⁷² Art. 66b Abs. 4 E-URG 2015; dazu RIGAMONTI (Fn. 1), 126.

⁷³ Art. 39d E-URG 2017.

⁷⁴ Art. 62 Abs. 1^{bis} E-URG 2017.

⁷⁵ Art. 66b Abs. 4 i.V.m. Art. 66c Abs. 2 Satz 2 E-URG 2015 e contrario.

⁷⁶ Art. 39d Abs. 1 lit. c E-URG 2017.

⁷⁷ Botschaft E-URG 2017, 10; vgl. auch Art. 66c Abs. 1 Satz 2 E-URG 2015.

⁷⁸ Botschaft E-URG 2017, 83.

⁷⁹ Botschaft E-URG 2017, 47.

⁸⁰ Botschaft E-URG 2017, 47.

zu entscheiden sein, welche Massnahmen ihm «technisch und wirtschaftlich zuzumuten sind»⁸¹. Bei der teleologischen Auslegung dieses Begriffes ist primär der Regelungssachverhalt zu berücksichtigen, wie er dem Bundesrat vorschwebt. Er sieht die Funktion des «Staydown» nämlich darin, «das für Piraterieangebote typische Katz-und-Maus-Spiel» zu verunmöglichen⁸². Es soll also verhindert werden, dass urheberrechtsverletzende Computerdateien, die von einem Hosting Provider nach Hinweis durch den Rechtsinhaber von seinen Servern gelöscht wurden, «unmittelbar nach ihrer Entfernung wieder auf den entsprechenden Servern aufgeschaltet werden»⁸³. Dieses Ziel kann z.B. durch die Verwendung eines Filters erreicht werden, der beim Hochladen neuer Dateien den Hashwert der Datei mit demjenigen der zuvor als rechtsverletzend identifizierten Datei vergleicht und allenfalls das erneute Hochladen dieser Datei technisch verunmöglicht⁸⁴. Mit Blick auf diesen Regelungszusammenhang ist der in Art. 39d Abs. 1 E-URG 2017 vorgesehene Ausdruck «Werk oder ein anderes Schutzobjekt», das «erneut widerrechtlich zugänglich gemacht wird», so zu verstehen, dass damit eine Kopie der konkreten Datei gemeint ist, die ein bestimmtes Werk oder anderes Schutzobjekt verkörpert und die nach einem Hinweis auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung vom Hosting Provider bereits einmal gelöscht wurde. Dies genügt auch, um zu erreichen, «dass einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte auch entfernt bleiben»⁸⁵, denn was entfernt wird, ist ja nicht das «Werk

oder ein anderes Schutzobjekt» als ubiquitäres Immaterialgut, sondern stets eine ganz bestimmte rechtsverletzende Verkörperung des Werks oder anderen Schutzobjekts.

Vor diesem Hintergrund kann es bei der Pflicht zum «Staydown» nämlich nicht darum gehen, dass betroffene Hosting Provider – über die Verhinderung des Wiederhochladens einer gelöschten Datei hinaus – manuelle Kontrollen von Link-Ressourcen vorzunehmen oder gar nach anderen, zusätzlichen Dateien zu suchen haben, die das fragliche Schutzobjekt ebenfalls verkörpern könnten. Es fällt denn auch auf, dass der Bundesrat in der Botschaft zu seinem zweiten Entwurf die noch in den Erläuterungen zum ersten Entwurf⁸⁶ vorgeschlagenen umfassenden Kontrollpflichten im Anschluss an den (zu) weit gehenden «Alone in the Dark» Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs⁸⁷ bei der Erklärung des geplanten Art. 39d E-URG 2017 nicht mehr wiederholt. Vielmehr hält er die explizit als «eingeschränkt»⁸⁸ bezeichnete Pflicht zum «Staydown» bereits dann für erfüllt, wenn die vom betroffenen Hosting Provider getroffenen Massnahmen «geeignet» sind⁸⁹. So will der Bundesrat dem «Alone in the Dark» Entscheid denn auch nicht mehr bedingungslos folgen, sondern führt aus, dass die Regelung in der EU «uneinheitlich» sei und dass die neue Vorlage «einen Mittelweg» beschreite, «der den Argumenten der Befürworterinnen und Befürworter sowie der Gegnerinnen und Gegner gleichermassen» Rechnung trage⁹⁰. In offenem Widerspruch dazu steht der – allerdings einzig im Rahmen der Darstellung der «Grundzüge» enthaltene – Passus, dass die betroffenen

Hosting Provider «manuell oder mit Hilfe von Software prüfen, ob im Internet die betreffenden Inhalte über Links, die auf ihre Server führen, angeboten werden»⁹¹. Dies ist nach der – vom Bundesrat angeblich aufgenommenen – Kritik im Vernehmlassungsverfahren und der anschliessenden Überarbeitung des ersten Entwurfs nicht mehr haltbar. Wird die neue Pflicht zum «Staydown» von den Gerichten jedoch unter Berücksichtigung der vorstehenden Punkte mit Augenmass angewendet, kann sie durchaus zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung im Internet beitragen, ohne die Internet Service Provider über Gebühr zu belasten.

Abschliessend ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die neue Pflicht zum «Staydown» die allgemeinen Regeln von Art. 50 OR und Art. 66 lit. d PatG nicht ersetzen, sondern ergänzen würde. Dies bedeutet, dass die Widerrechtlichkeit der Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung nach wie vor das Vorliegen subjektiver Tatbestandsmerkmale voraussetzt und dass ein potenzieller Teilnehmer auch künftig nur dann *ohne* Vorliegen dieser Merkmale ins Recht gefasst werden kann, wenn dies – wie im geplanten Art. 39d E-URG 2017 – gesetzlich explizit so vorgeschrieben wird. Umgekehrt heisst dies, dass die Rechtsinhaber dem Treiben von widerrechtlich handelnden Teilnehmern nicht etwa tatenlos zusehen müssen, wenn die speziellen Voraussetzungen von Art. 39d E-URG 2017 nicht erfüllt sind, denn sie können sich weiterhin auf die allgemeinen Regeln der Teilnahmehaftung berufen.

IV. Fazit

Die vorstehende Analyse hat gezeigt, dass die Frage nach den Voraussetzungen einer widerrechtlichen Teilnah-

⁸¹ Art. 39d Abs. 2 E-URG 2017.

⁸² Botschaft E-URG 2017, 46; vgl. auch Botschaft E-URG 2017, 10.

⁸³ Botschaft E-URG 2017, 45.

⁸⁴ Vgl. auch Botschaft E-URG 2017, 22 («eingeschränkte Überwachung oder [...] Filterung»).

⁸⁵ Botschaft E-URG 2017, 83; ebenso Botschaft E-URG 2017, 10 f.

⁸⁶ Erl. E-URG 2015, 75; kritisch dazu bereits RIGAMONTI (Fn. 1), 126.

⁸⁷ BGH, GRUR 2013, 370; Erl. E-URG 2015, 73.

⁸⁸ Botschaft E-URG 2017, 22.

⁸⁹ Botschaft E-URG 2017, 47.

⁹⁰ Botschaft E-URG 2017, 21 f.

⁹¹ Botschaft E-URG 2017, 11 (Sternchenverweis weggelassen).

mehandlung im Bereich des Urheberrechts auf der Grundlage der materiellen Vorgaben von Art. 50 OR und Art. 66 lit. d PatG zu beantworten ist. Für eine Umstellung auf alternative Analogien, etwa aus dem Gebiet des Persönlichkeits- oder Sachenrechts, besteht weder ein Anlass noch eine überzeugende juristische Begründung. Dies bedeutet im Ergebnis, dass die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Teilnehmern im Urheberrecht das Vorliegen subjektiver Tatbestandsmerkmale bedingt, sodass die Rechtsdurchsetzung gegenüber potenziellen Teilnehmern wie z.B. Internet Service Providern eine Abmahnung seitens der Rechtsinhaber voraussetzt. Wer die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Teilnehmern über den Status quo hinaus erweitern will, kann dies nur auf dem Wege der Gesetzgebung erreichen, wie dies derzeit für einen kleinen Teilbereich im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision vorgesehen ist.

Zusammenfassung

Das geltende Urheberrechtsgesetz äussert sich nicht zur Frage, inwieweit Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Herrschende Lehre und Rechtsprechung knüpfen zur Beurteilung dieser Frage an der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Bestimmung von Art. 50 OR an, die auch im Urheberrecht

zu berücksichtigen ist. Darüber hinaus lässt sich unter dem Gesichtspunkt der Einheit des Immaterialgüterrechts auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 66 lit. d PatG heranziehen. Die Analyse beider Rechtsgrundlagen zeigt, dass die Widerrechtlichkeit als Tatbestandsvoraussetzung ein subjektives Element enthält, wonach der Teilnehmer weiss oder wissen muss, dass er mit seinem eigenen Verhalten die urheberrechtsverletzende Handlung des Dritten fördert. Es besteht kein Grund dafür, diese bewährten und praxiserprobten Grundlagen durch alternative Analogien zum Persönlichkeitsrecht oder gar zum Sachenrecht zu ersetzen. Die Absicht hinter solchen Vorschlägen ist primär rechtspolitischer Natur, denn man will damit bewusst eine Erweiterung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern erwirken, was indes nur durch eine Gesetzesänderung zu erreichen ist. Für einen kleinen Teilbereich, der bestimmte Hosting Provider betrifft, schlägt der Bundesrat im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision eine ergänzende Rechtspflicht zum «Staydown» vor, die bei zurückhaltender Auslegung ihrer Voraussetzungen in rechtspolitischer Hinsicht grundsätzlich vertretbar ist.

Résumé

Le droit d'auteur en vigueur ne s'exprime pas l'engagement de la responsabilité civile des personnes participant à une vio-

lation du droit d'auteur. La doctrine dominante et la jurisprudence traitent cette question en appliquant les principes généraux de responsabilité de l'art. 50 CO qui s'appliquent également le droit d'auteur. Au regard de l'unité au droit de la propriété intellectuelle, on peut de plus se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en lien avec l'art. 66 let. d LBI. L'analyse de ces deux bases légales montre que l'illicéité en tant que condition de l'état de fait constitutif comprend un élément subjectif en vertu duquel l'auteur sait ou aurait dû savoir qu'il encourage par son propre comportement l'acte délictueux du tiers incriminé. Il n'existe aucune raison de remplacer ces principes éprouvés et adoptés par la pratique par des applications par analogie du droit de la personnalité et même des droits réels. Les intentions à l'origine de telles propositions sont avant tout de nature politique dans la mesure où l'on veut élargir à dessein la responsabilité civile des participants à une infraction, élargissement qui ne peut toutefois avoir lieu que par une modification de la loi. Pour un domaine restreint qui ne concerne que certains fournisseurs de service d'hébergement, le Conseil fédéral propose, dans le cadre de la révision du droit d'auteur, une obligation complémentaire de recourir au «Staydown» qui, moyennant une interprétation restrictive des conditions qui lui sont applicables, peut en principe être justifiée sur le plan politique.