

Urteilstkopf

145 III 72

12. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_433/2018 vom 8. Februar 2019

Regeste (de):

Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG, Art. 50 Abs. 1 OR; Passivlegitimation des Access Providers bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen.

Haftung des Access Providers (Anbieter von Internetzugang) als Teilnehmer an Urheberrechtsverletzungen Dritter verneint, die urheberrechtlich geschützte Filme illegal im Internet zugänglich machen; entsprechend keine Passivlegitimation des Access Providers für Unterlassungsansprüche des Rechtsinhabers, die darauf abzielen, den Zugriff auf Internetseiten mit solchem Inhalt zu sperren (E. 2).

Regeste (fr):

Art. 62 al. 1 let. a et b LDA, art. 50 al. 1 CO; qualité pour défendre de l'Access Provider à l'action en interdiction et en cessation du trouble.

L'Access Provider (fournisseur d'accès Internet) ne répond pas, en tant que participant, de la violation du droit d'auteur par des tiers qui rendent accessibles illégalement sur Internet des films protégés par ce droit; l'Access Provider n'a pas la qualité pour défendre à l'action en interdiction du titulaire du droit visant à bloquer l'accès aux pages Internet renfermant de tels contenus (consid. 2).

Regesto (it):

Art. 62 cpv. 1 lett. a e b LDA, art. 50 cpv. 1 CO; legittimazione passiva dell'access provider con riferimento a pretese di proibizione e cessazione.

L'access provider (fornitore d'accesso a Internet) non risponde, in qualità di partecipante, per violazioni del diritto d'autore commesse da terzi che rendono illegalmente disponibili su Internet film protetti da tale diritto; non vi è di conseguenza una legittimazione passiva dell'access provider riferita a pretese di cessazione del titolare del diritto tese ad ottenere un blocco dell'accesso alle pagine Internet con tali contenuti (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 72

BGE 145 III 72 S. 72

A.

A.a A. AG (Klägerin, Beschwerdeführerin) bezweckt die Produktion und den Verleih von Grossfilmen und Beiprogrammen sowie den An- und Verkauf solcher Filme. Sie ist Mitglied der Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie (SAFE).

BGE 145 III 72 S. 73

Die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) bezweckt die Erbringung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten, Informatikdienstleistungen und von Beratungsleistungen sowie das Anbieten von damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen. Insbesondere bietet sie über ihre technische Infrastruktur als sog. Access Provider Kunden in der ganzen Schweiz Internetzugang an. Unter den Access Providern in der Schweiz verfügt sie über den höchsten Marktanteil.

A.b Im Internet finden sich unter www.cineblog-01.net und ähnlichen Domains Portale, die in benutzerfreundlicher Art (mit Suchfunktionen usw.) Verweisungen (Links) auf andere Internetseiten

(sog. Hoster) publizieren, auf denen der Nutzer - von sog. Uploadern hochgeladene - Filme direkt abspielen (Streaming) oder herunterladen kann (Download). Diese Portale sind in italienischer Sprache abgefasst und richten sich entsprechend an ein italienischsprechendes Publikum. Die Portale generieren ihre Einnahmen insbesondere aus Abschlussprovisionen für Premium-Abonnements der Hoster sowie aus Provisionen für Werbungen. Die Klägerin behauptet, dass auf diesen Portalen tausende von Filmen ausschliesslich unrechtmässig zugänglich gemacht würden, darunter auch Filme, an denen die Klägerin für das Gebiet der Schweiz Exklusivlizenznehmerin der Urheberrechte sei. Sie hat deshalb die Beklagte aufgefordert, den Zugang zu diesen Portalen zu sperren, was die Beklagte jedoch verweigerte.

B.

B.a Mit Klage vom 22. September 2015 beantragte die Klägerin dem Handelsgericht des Kantons Bern, es sei die Beklagte zu verpflichten, durch dazu geeignete technische Massnahmen (z.B. IP-Sperre, DNS-Sperre oder URL-Sperre) ihren Kunden im Internet den Zugang zu den Domains www.cineblog-01.net, www.cineblog01.li, www.cb01.eu, www.cb01.org, www.cb01.biz und verschiedenen weiteren (einzeln aufgeführten) ähnlichen Internetseiten zu sperren. Die Beklagte widersetzte sich der Klage und beantragte, auf diese sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen.

B.b Mit Entscheid vom 16. August 2017 wies das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage ab, soweit es darauf eintrat (Dispositiv-Ziffer 1). Die Gerichtskosten setzte es auf Fr. 38'000.- fest und auferlegte sie der Klägerin (Dispositiv-Ziffer 2). Diese wurde zudem verurteilt, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 42'000.- zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 3). (...)

BGE 145 III 72 S. 74

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, es sei der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 16. August 2017 aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Passivlegitimation der Beschwerdegegnerin zu Unrecht verneint.

2.1 Die Vorinstanz führte aus, damit die Beschwerdegegnerin als Teilnehmerin einer Urheberrechtsverletzung gelte, müsse erstens eine Urheberrechtsverletzung eines Dritten vorliegen, und zweitens müsse die Beschwerdegegnerin einen rechtlich relevanten Beitrag dazu leisten. Die Beschwerdeführerin verlange von der Beschwerdegegnerin die Sperrung der streitgegenständlichen Domains. Sie suche damit zu verhindern, dass Kunden der Beschwerdegegnerin diese Internetseiten aufrufen und die streitgegenständlichen Filme konsumieren könnten. Nicht unmittelbar erfasst von ihrem Rechtsbegehren und ihren Vorbringen seien hingegen die Hoster, d.h. diejenigen Personen, welche die Filme im Internet zur Verfügung stellten. Dies zeige sich insbesondere daran, dass eine Gutheissung ihres Rechtsbegehrens auf diese Personen keinen (unmittelbaren) Einfluss hätten. Es sei folglich zu prüfen, ob Nutzer mit dem Aufrufen und Konsumieren der streitgegenständlichen Domains und deren Inhalt Urheberrechtsverletzungen begingen. Nach dem Wertungsentscheid des schweizerischen Gesetzgebers dürften veröffentlichte Werke nach Art. 19 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes (URG; SR 231.1) zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gelte nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG namentlich jede Werkverwendung im persönlichen Bereich; dies gelte unabhängig davon, ob die verwendete Quelle legal oder illegal sei. Gerade die Tätigkeit des Nutzers, der die streitgegenständlichen Domains aufrufe und die streitgegenständlichen Filme konsumiere, sei deswegen nicht widerrechtlich, sondern rechtskonform. Ob ein positiver Anspruch der Nutzer auf diese Art von Eigengebrauch bestehe, sei folglich nicht die Frage; dieser Eigengebrauch könne jedenfalls nicht als Verletzung eines Urheber- oder verwandten Schutzrechts bezeichnet

BGE 145 III 72 S. 75

werden. Es liege damit keine Urheberrechtsverletzung durch die Kunden der Beschwerdegegnerin vor, womit es bereits an der ersten Voraussetzung einer Haftung der Beschwerdegegnerin fehle. Selbst wenn eine Urheberrechtsverletzung vorliegen würde, wäre zudem zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin dazu einen rechtlich relevanten Beitrag leisten würde. Damit ein solcher

vorliege, werde etwa verlangt, dass das Verhalten des Access Providers die direkte Rechtsverletzung des Dritten zumindest objektiv fördern müsse oder dass die Handlung allgemein geeignet sein müsse, die widerrechtliche Urheberrechtsverletzung zu begünstigen; nicht jede Handlung, die nicht in direktem Zusammenhang zur Tat stehe, diese aber irgendwie begünstige, genüge. Die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin beschränke sich auf das (automatisierte) Anbieten eines Internetzugangs. Sie stehe nach derjenigen Person, die sich eine Kopie eines urheberrechtlich geschützten Films beschaffe, derjenigen Person, die diese auf einem Server speichere, derjenigen Person, die den entsprechenden Platz auf dem Rechner zur Verfügung stelle, derjenigen Person, die das Portal betreibe, welches das Auffinden dieses Films erleichtere, und derjenigen Person, die dieses Portal aufrufe und urheberrechtlich geschützte Werke konsumiere, sehr weit hinten in dieser "Handlungskette". Die Beschwerdegegnerin befinde sich folglich nicht sehr nahe bei der widerrechtlichen Ursprungshandlung. Auch im Übrigen sei die Dienstleistung, welche die Beschwerdegegnerin erbringe, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet, die betreffende Rechtsverletzung zu fördern, und sei deshalb nicht adäquat kausal für die widerrechtliche Haupttat. Selbst wenn also von einer Urheberrechtsverletzung eines Dritten ausgegangen würde, läge kein rechtlich relevanter Beitrag der Beschwerdegegnerin dazu vor. Sie sei folglich nicht Teilnehmerin einer Urheberrechtsverletzung.

2.2

2.2.1 Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht unter anderem verlangen, eine drohende Verletzung zu verbieten oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG). Die Passivlegitimation wird jedoch im Urheberrechtsgesetz nicht eigens geregelt. Insbesondere kennt das Urheberrechtsgesetz - im Gegensatz zum Patentgesetz (Art. 66 lit. d PatG [SR 232.14]) oder dem Designgesetz (Art. 9 Abs. 2 DesG [SR 232.12]) - keine eigenen Bestimmungen, die Teilnahmehandlungen regeln. Nach bundesgerichtlicher
BGE 145 III 72 S. 76

Rechtsprechung stellen auch die spezialgesetzlichen Regelungen zur Teilnahme keine unabhängigen Gefährdungstatbestände dar (wie beispielsweise die mittelbare Patentverletzung nach § 10 dPatG), sondern sind in der Weise akzessorisch, dass sie eine rechtswidrige Haupttat voraussetzen, wobei für einen Unterlassungsanspruch gegen den Teilnehmer genügt, dass eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung droht (vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1 S. 591). Dies kommt in der Bestimmung von Art. 9 Abs. 2 DesG zum Ausdruck, nach der die Rechtsinhaberin Dritten auch verbieten kann, "bei einer widerrechtlichen Gebrauchshandlung mitzuwirken, deren Begehung zu begünstigen oder zu erleichtern". Nach Art. 66 lit. d PatG kann zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wer zu den Handlungen nach lit. a-c anstiftet, bei ihnen mitwirkt, ihre Begehung begünstigt oder erleichtert. Letztere Bestimmung entspricht nach der Rechtsprechung inhaltlich der Regelung zur Teilnahme nach Art. 50 OR (BGE 129 III 588 E. 4.1 S. 590). Dieser ordnet zwar streng genommen lediglich die solidarische Haftung mehrerer Teilnehmer für einen gemeinsam verursachten Schaden an, wird aber dennoch als gesetzliche Anerkennung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmern verstanden. Die solidarische Haftung von Teilnehmern für Schadenersatz setzt eine solche Verantwortlichkeit und damit auch die Widerrechtlichkeit des Teilnehmerverhaltens voraus. Die Bestimmung kann nicht nur für reparatorische, sondern auch für negatorische Ansprüche gegenüber Teilnehmern an Rechtsverletzungen herangezogen werden: Wer als Haftpflichtiger in Frage kommt, weil die Rechtsordnung die Teilnahme an einer Drittrechte verletzenden Handlung als verantwortlichsbegründend definiert, muss auch für den Unterlassungsanspruch passivlegitimiert sein (ANDRI HESS-BLUMER, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2/2003 S. 99 f.; Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, S. 40 Ziff. 3.2.5). Bereits unter dem alten Urheberrechtsgesetz, das - wie das geltende URG - keine besondere Teilnahmevorschrift kannte, hatte das Bundesgericht erwogen, dass derjenige, der als Gehilfe an der Rechtsverletzung teilhat, aber selber keinen gesetzlichen Verletzungstatbestand erfüllt, nach Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch für die unerlaubte Handlung haftet; entsprechend hiess es gestützt auf diese Bestimmung ein gegen den Gehilfen gerichtetes Unterlassungsbegehren gut (BGE 107 II 82 E. 9a).

BGE 145 III 72 S. 77

Angesichts der für die Frage der Voraussetzungen widerrechtlichen Teilnehmerverhaltens auch im Bereich des Urheberrechts anwendbaren haftpflichtrechtlichen Bestimmung besteht kein Anlass für Analogien zu Bestimmungen anderer Rechtsgebiete, wie etwa des Persönlichkeits- (Art. 28 Abs. 1 ZGB) oder des Sachenrechts (so zutreffend RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an

Urheberrechtsverletzungen, sic! 2/2018 S. 52; CYRILL P. RIGAMONTI, Providerhaftung - auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht? [nachfolgend: Providerhaftung], sic! 3/2016 S. 120 f.; MARC WULLSCHLEGER, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, 2015, Rz. 212; vgl. auch HESS-BLUMER, a.a.O., S. 99 f.; IVAN CHERPILLOD, Violation de droits de propriété intellectuelle: complicité et instigation [nachfolgend: Violation], in: Quelques facettes du droit de l'internet, Nathalie Tissot [Hrsg.], Bd. 6, 2005, S. 64 ff.; JULIEN FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, 2017, Rz. 305 und 308; SCHOCH/SCHÜEPP, Provider-Haftung "de près ou de loin"?, Jusletter 13. Mai 2014 Rz. 28 f.; a.M. FLORIAN SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG [nachfolgend: Passivlegitimation], sic! 9/2017 S. 451 ff.; derselbe, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen [nachfolgend: Noch einmal zur Passivlegitimation], sic! 6/2018 S. 302; YANIV BENHAMOU, Blocage de sites web en droit suisse, in: Droit d'auteur 4.0, Jacques de Werra [Hrsg.], 2018, S. 7 f., 26). Die Vorinstanz hat daher eine Anlehnung an Art. 28 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und die Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht (so insbesondere Urteil 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013 E. 6.3), wie sie auch in der Beschwerde verlangt wird, ohne Verletzung von Bundesrecht abgelehnt. Ohnehin geht die Beschwerdeführerin davon aus, dass die dogmatische Herleitung der Passivlegitimation für deren Voraussetzungen und Reichweite im Ergebnis unerheblich ist und diese auch bei einer Anwendung von Art. 50 OR nicht anders zu bestimmen sind (vgl. auch FRANCEY, a.a.O., Rz. 304; ANDREA LOHRI-KEREKES, Grenzen der Urheberrechtsdurchsetzung in der Schweiz mittels Filtern und Sperren im Internet, 2017, Rz. 362, wonach die Anwendung der Bestimmungen von Art. 50 Abs. 1 OR und Art. 28 ff. ZGB inhaltlich zum gleichen Ergebnis führen, weshalb der Meinungsstreit unerheblich sei). Anstifter ist, wer einen anderen schuldhaft zu einer objektiv rechtswidrigen Handlung veranlasst, beispielsweise dadurch, dass er
BGE 145 III 72 S. 78

Gegenstände, die unter kein Schutzrecht fallen, ausdrücklich für eine schutzrechtsverletzende Verwendung anpreist. Eine Begünstigung oder Erleichterung liegt vor, wenn der Dritte der Schutzrechtsverletzung Vorschub leistet, sie fördert (vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1 S. 590). Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht in Frage, dass nicht nur der Schadenersatzanspruch (Art. 41 i.V.m. Art. 50 OR), sondern auch der Unterlassungsanspruch gegen den Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung voraussetzt, dass diese adäquat kausale Folge seines Beitrags ist (vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1 S. 591 f.; FRANCEY, a.a.O., Rz. 310 ff.; HESS-BLUMER, a.a.O., S. 103; DOMINIK P. RUBLI, Das Verbot der Umgehung technischer Massnahmen zum Schutz digitaler Datenangebote, 2009, Rz. 114 f. und 119; ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, 2. Aufl. 2010, S. 509 f.; DAVID ROSENTHAL, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern für Unrecht Dritter, sic! 7/8/2006 S. 514; RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, a.a.O., S. 49, die von einer "Untergrenze der Erheblichkeit" der Förderung ausgehen; SCHOCH/SCHÜEPP, a.a.O., Rz. 32; SCHMIDT-GABAIN, Passivlegitimation, a.a.O., S. 452 ff.; derselbe, Noch einmal zur Passivlegitimation, a.a.O., S. 303 Fn. 12; Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, S. 97 Ziff. 7.1.1; kritisch LOHRI-KEREKES, a.a.O., Rz. 376 ff.; vgl. auch CHERPILLOD, Violation, a.a.O., S. 69).

2.2.2 Setzt ein Unterlassungsanspruch gegenüber der Beschwerdegegnerin als Teilnehmerin eine rechtswidrige Haupttat voraus, hat die Vorinstanz zutreffend geprüft, ob eine Urheberrechtsverletzung eines Dritten vorliegt bzw. eine unmittelbare Immaterialgüterrechtsverletzung droht (vgl. BGE 129 III 588 E. 4.1 S. 591). Sie hat daher nachvollziehbar untersucht, ob die Nutzer, gegenüber denen die Beschwerdegegnerin ihre Dienstleistung erbringt, indem sie ihnen den Zugang zum weltweiten Internet zur Verfügung stellt, mit dem Aufrufen und Konsumieren der streitgegenständlichen Domains und deren Inhalte Urheberrechtsverletzungen begehen. Dabei ist sie ohne Verletzung von Bundesrecht zum Ergebnis gelangt, dass die Tätigkeit des Nutzers, der die streitgegenständlichen Internetseiten aufruft und die streitgegenständlichen Filme konsumiert, von der Eigengebrauchsschranke gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG gedeckt ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine rechtmässig oder eine widerrechtlich zugänglich gemachte Quelle handelt.

BGE 145 III 72 S. 79

Der Gesetzgeber hat es anlässlich der Revision des Urheberrechts abgelehnt, eine Bestimmung einzuführen, die eine Vervielfältigung zum Eigengebrauch von Werken aus illegaler Quelle untersagt hätte (vgl. AB 2007 N 1202 ff.; Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3430 zu Art. 24 E-URG). Werden urheberrechtlich geschützte Werke aus dem Internet zum Eigengebrauch heruntergeladen, liegt daher nach Art. 19 URG auch

dann keine Verletzung durch den Nutzer vor, wenn die betreffende (abgespeicherte) Kopiervorlage unrechtmässig im Internet zugänglich gemacht wurde (IVAN CHERPILLOD, *Lutte contre la piraterie et mesures de blocage d'accès* [nachfolgend: *Lutte contre la piraterie*], sic! 9/2018 S. 466; derselbe, *Schranken des Urheberrechts*, in: *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, von Büren/David [Hrsg.], SIWR Bd. II/1, 3. Aufl. 2014, Rz. 770 f.; LOHRI-KEREKES, a.a.O., Rz. 60; FLORENT THOUVENIN UND ANDERE, *Keine Netzsperrern im Urheberrecht*, sic! 12/2017 S. 720; WULLSCHLEGER, a.a.O., Rz. 245; PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, in: *Commentaire romand, Propriété intellectuelle*, 2013, N. 55 zu Art. 19 URG; DANIEL HÜRLIMANN, *Suchmaschinenhaftung*, 2012, S. 43; CYRIL P. RIGAMONTI, *Eigengebrauch oder Hehlerei?*, *Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet*, GRUR International 2004 S. 286; FLORENT THOUVENIN, *Durchsetzung von Urheberrechten und Datenschutz*, in: *Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?*, Weber/Thouvenin[Hrsg.], 2012, S. 112 f.; BARRELET/EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 3. Aufl. 2008, N. 7b zu Art. 19 URG; vgl. auch CHRISTOPH GASSER, in: *Urheberrechtsgesetz [URG]*, Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 10a ff. zu Art. 19 URG; RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, Rz. 220, 223; a.M. REHBINDER/VIGANÒ, URG, 3. Aufl. 2008, N. 19 zu Art. 19 URG). Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, hat die Vorinstanz aus der Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 URG nicht etwa allgemein einen gesetzgeberischen Wertungsentscheid, geschweige denn einen Anspruch auf entsprechende Nutzungen (gegen den Rechtsinhaber oder gegen Dritte) abgeleitet, die einer Abwehrklage gegen Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung entgegenstehen würden. Vielmehr hat sie zutreffend erwogen, dass im Herunterladen der fraglichen Filme im Rahmen der Schutzschranke des Eigengebrauchs nach Art. 19 URG keine Urheberrechtsverletzung

BGE 145 III 72 S. 80

liegt, an der die Beschwerdegegnerin hätte teilnehmen können; die Frage, ob ein positiver Anspruch der Nutzer auf diese Art von Eigengebrauch besteht, hat die Vorinstanz ausdrücklich offengelassen. Dass eine Nutzung der urheberrechtlich geschützten Filme ausserhalb der Schutzschranke von Art. 19 URG vorliegen bzw. drohen würde, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Vorinstanz ist daher folgerichtig davon ausgegangen, mangels aufgezeigter Urheberrechtsverletzung durch die Kunden falle diesbezüglich auch eine Haftung der Beschwerdegegnerin als Teilnehmerin ausser Betracht.

2.2.3 Urheberrechtsverletzungen anderer Beteiligten - so insbesondere der Portalbetreiber bzw. der Hoster - hat die Vorinstanz nicht geprüft. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, sie habe ihre Rechtsbegehren gar nicht mit Rechtsverletzungen durch Kunden begründet, sondern damit, dass ihre Filme auf den Portalen unrechtmässig zugänglich gemacht würden. Die Erwägungen im angefochtenen Entscheid erscheinen insoweit widersprüchlich, als einerseits festgehalten wird, diejenigen Personen, welche die Filme im Internet zur Verfügung stellen, seien von den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht erfasst, an anderer Stelle jedoch erwähnt wird, sie behaupte, dass auf den fraglichen Portalen zahlreiche Filme - so unter anderem zwanzig namentlich genannte - ausschliesslich unrechtmässig zugänglich gemacht würden. Die Vorinstanz geht in anderem Zusammenhang zudem selber ausdrücklich davon aus, dass ein Grossteil der angebotenen Filme unrechtmässig zugänglich gemacht werden. In Betracht kommt demnach eine Urheberrechtsverletzung durch die (unbekannten) Portalbetreiber, Hoster und Uploader, indem sie die Filme auch in der Schweiz - für die der Schutz beansprucht wird (Art. 110 Abs. 1 IPRG [SR 291]) - ohne Zustimmung der Rechtsinhaberin zugänglich machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c und Art. 36 lit. b URG). Die Beschwerdeführerin weist dabei zu Recht darauf hin, dass sich der Schutz des URG auch auf Handlungen erstrecken kann, die zwar von Personen im Ausland begangen werden, aber in der Schweiz Wirkungen zeitigen (IVAN CHERPILLOD, in: *Urheberrechtsgesetz [URG]*, Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 1 URG; vgl. auch FRANÇOIS DESSEMONTET, in: *Commentaire romand, Propriété intellectuelle*, 2013, N. 18 f. zu Art. 1 URG). Dass den Portalbetreibern und Hostern, welche die fraglichen Filme auf dem Internet zugänglich machen, eine Urheberrechtsverletzung vorzuwerfen ist, stellt auch die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede.

BGE 145 III 72 S. 81

2.3

2.3.1 Zu beurteilen ist demnach, ob die Beschwerdegegnerin nach Art. 50 Abs. 1 OR haftet, indem ihr als Access Provider eine Teilnahmehandlung am urheberrechtlich unzulässigen Zugänglichmachen der fraglichen Filme (Art. 10 Abs. 2 lit. c und Art. 36 lit. b URG) durch die Portale bzw. die dahinterstehenden Hoster und Uploader als Direktverletzer vorzuwerfen wäre, die ihr von der Beschwerdeführerin als ausschliessliche Lizenznehmerin (Art. 62 Abs. 3 URG) verboten werden

könnte. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, entgegen dem angefochtenen Entscheid habe die Beschwerdegegnerin einen rechtlich relevanten Beitrag zur Urheberrechtsverletzung geleistet, womit sie als Teilnehmerin hafte, indem ihr Kausalbeitrag zum Verletzungserfolg als adäquat kausal zu beurteilen sei. 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 142 III 433 E. 4.5 S. 438 mit Hinweisen). Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist eine Begrenzung der Haftung (BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 438 f.; BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; BGE 117 V 369 E. 4a S. 382; BGE 115 V 133 E. 7 S. 142; BGE 96 II 392 E. 2 S. 397). Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein (BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 439; BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; BGE 107 II 269 E. 3 S. 276; BGE 122 V 415 E. 2c). Beim adäquaten Kausalzusammenhang im Sinne der genannten Umschreibung handelt es sich um eine Generalklausel, die im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit konkretisiert werden muss. Die Beantwortung der Adäquanzfrage beruht somit auf einem Werturteil. Es muss entschieden werden, ob ein Verletzungserfolg billigerweise noch dem Haftpflichtigen zugerechnet werden darf (BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 439; BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; BGE 109 II 4 E. 3 S. 7; BGE 96 II 392 E. 2 S. 397). Ein Teilnahmeverhalten kann im vorliegenden Kontext demnach nur unter der Voraussetzung einen Unterlassungsanspruch begründen, dass es allgemein geeignet ist, die Urheberrechtsverletzung des Direktverletzers zu begünstigen. Dabei genügt nicht jede beliebige
BGE 145 III 72 S. 82

Teilnahmehandlung, die lediglich "irgendwie" von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst steht, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat (HESS-BLUMER, a.a.O., S. 103).

2.3.2 Access Provider sind Zugangsdienstleister: Sie vermitteln Endnutzern den Zugang ins weltweite Internet. In der Regel weisen sie ihren Nutzern hierzu dynamisch stets eine wechselnde Internetadresse zu; dieser Prozess läuft automatisch ab, d.h. ohne weitere manuelle Intervention der Access Provider (Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, S. 17 f.; vgl. etwa auch PHILIPP FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, 2009, S. 7 f.; PATRICK ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, 2004, S. 32 ff.). Dadurch wird dem Kunden der Abruf fremder Daten aus und das Hochladen eigener Daten ins Internet ermöglicht (ROHN, a.a.O., S. 33). Die Frage der Adäquanz des Beitrags reiner Access Provider an Urheberrechtsverletzungen und damit ihre Passivlegitimation für negatorische Ansprüche wird kontrovers beurteilt: Nach einer Ansicht fallen negatorische Ansprüche in der Regel mangels adäquat kausalem Beitrag zu einer Rechtsverletzung ausser Betracht (THOUVENIN UND ANDERE, a.a.O., S. 719 f.; RIGAMONTI, Providerhaftung, a.a.O., S. 123; ROSENTHAL, a.a.O., S. 517; WULLSCHLEGER, a.a.O., Rz. 238; WEBER, a.a.O., S. 509 f.; Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, S. 98 Ziff. 7.1.1). Nach anderer Meinung ist von einem adäquat kausalem Teilnahmeverhalten auch des Zugangsdienstleisters auszugehen, das einen Unterlassungsanspruch gegen diesen begründet (ROHN, a.a.O., S. 260 f.; FRANCEY, a.a.O., Rz. 291 f.; BENHAMOU, a.a.O., S. 8; wohl auch FRANZ WERRO, Les services Internet et la responsabilité civile, *Medialex* 13/2008 S. 131; CHERPILLOD, Lutte contre la piraterie, a.a.O., S. 466; PHILIPPE GILLIÉRON, La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, *ZSR* 121/2002 I S. 432 f.; vgl. auch LOHRI-KEREKES, a.a.O., Rz. 377, wobei sich ihre Ausführungen auf die Urheberrechtsverletzungen der Nutzer der Dienstleistungen des Access Providers beziehen). Die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin beschränkt sich nach den Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid auf das (automatisierte) Anbieten eines Zugangs zum weltweiten Internet in seiner Gesamtheit. Wie die Beschwerdeführerin bestätigt, werden die
BGE 145 III 72 S. 83

abrufbaren Filme in Form von Datensätzen nicht etwa durch die Beschwerdegegnerin selbst, sondern durch Dritte an unbekanntem Ort im Ausland zum Abruf freigegeben. Nachdem sich keine Urheberrechtsverletzung der Kunden der Beschwerdegegnerin nachweisen liess, kann sich ein adäquat kausaler Tatbeitrag einzig auf die Direktverletzer beziehen, welche die fraglichen Filme (an einem unbekanntem Ort) im Internet zugänglich machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c und Art. 36 lit. b URG). Die Beschwerdeführerin sieht den Beitrag der Beschwerdegegnerin an den Verletzungserfolg darin begründet, dass sie darauf beharrt, den Zugang zu allen Internet-Angeboten zu vermitteln, anstatt die

rechtsverletzenden Angebote zu sperren. Als Access Provider bietet die Beschwerdegegnerin ihren Kunden keine bestimmten Inhalte an, sondern eröffnet diesen einzig den Zugang zum weltweiten Internet, indem sie ihnen technisch den wechselseitigen Datenverkehr ermöglicht. Sie übermittelt über ihre Infrastruktur in automatisierter Form Daten zwischen ihren Nutzern und einer Unzahl potentieller Kommunikationspartner weltweit, ohne dass ein Bezug zu den übermittelten Inhalten vorliegen würde (vgl. ROHN, a.a.O., S. 33; FRANCEY, a.a.O., Ziff. 49). Der in der Beschwerdeschrift herangezogene Vergleich mit sog. Mehrwertdienstleistungen der PTT, die über deren "Telekiosk 156" angeboten wurden (BGE 121 IV 109), vermag daher nicht zu überzeugen. Die Datenübertragung geschieht auf Abruf der Endkunden, die - im Rahmen der Eigengebrauchsschranke (Art. 19 URG) - keine Urheberrechte der Beschwerdeführerin verletzen. Die mit der Datenübertragung über die technische Infrastruktur der Beschwerdegegnerin einhergehende vorübergehende Vervielfältigung der fraglichen Filme ist zudem nach der ausdrücklichen Bestimmung von Art. 24a URG zulässig. Die Bestimmung trägt den Erfordernissen der modernen Kommunikationstechnologie Rechnung und zielt gerade auf Access Provider ab, indem sie bestimmte technisch bedingte Vervielfältigungshandlungen, die vorübergehend und begleitend sind, vom Schutz ausnimmt (Botschaft, a.a.O., BBl 2006 3430 zu Art. 24a E-URG). Gemäss der sog. Vereinbarten Erklärung zu Art. 8 des WIPO- Urheberrechtsvertrags vom 20. Dezember 1996 (SR 0.231.151) ist zudem die "Bereitstellung der materiellen Voraussetzungen", die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, vom Tatbestand des öffentlichen Zugänglichmachens ausgenommen; die Bestimmung schliesst jedoch lediglich die Verantwortlichkeit der Provider als Haupttäter, nicht jedoch als Teilnehmer aus (Die zivilrechtliche

BGE 145 III 72 S. 84

Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, S. 42). Weder die Portale, über die im Internet auf die fraglichen Filme zugegriffen werden kann, noch die Hosts, ab deren Internetseiten die Filme direkt abgespielt werden, geschweige denn die Uploader, welche die Filme hochgeladen haben, sind Kunden der Beschwerdegegnerin oder stehen sonst in einer Beziehung zu ihr (dies im Gegensatz zu den von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Entscheiden BGE 121 IV 109 und BGE 107 II 82, in denen jeweils gegenüber dem Haupttäter unmittelbar eine Dienstleistung erbracht wurde). Der Beschwerdeführerin kann im Hinblick auf die Frage der Verantwortlichkeit für die Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, die Beschwerdegegnerin habe den unbekanntem Rechtsbrechern ihre Infrastrukturdienstleistungen zur Verfügung gestellt. Die Rechtsverletzung in Form des Zugänglichmachens der geschützten Filme (Art. 10 Abs. 2 lit. c und Art. 36 lit. b URG) wird erfüllt, indem die Filme im Internet derart bereitgestellt werden, dass sie auch von der Schweiz aus abgerufen werden können. Dies trifft zu, sobald die Werke auf dem Internet verfügbar gemacht werden.

Am entsprechenden Zugänglichmachen auf den (ausländischen) Rechnern liefert die Beschwerdegegnerin keinen konkreten Tatbeitrag. Ihre Beteiligung liegt einzig darin begründet, dass sie - zusammen mit zahlreichen weiteren Access Providern (dazu FRANCEY, a.a.O., Ziff. 49) - die technische Infrastruktur bereitstellt, damit ein Zugang zum weltweiten Internet von der Schweiz aus überhaupt möglich ist. Dies reicht für eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit als Teilnehmerin an den zur Diskussion stehenden Urheberrechtsverletzungen unbekannter Dritter nicht aus. Der in der Beschwerde vertretene Ansatz würde gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OR eine Verantwortlichkeit sämtlicher der zahlreichen Access Provider in der Schweiz für alle auf dem weltweiten Internet urheberrechtswidrig zur Verfügung gestellten Inhalte begründen. Eine derartige "Systemhaftung" mit entsprechenden Überprüfungs- und Unterlassungspflichten in Form technischer Zugangssperren lässt sich nicht auf die zivilrechtliche Teilnehmerhaftung stützen, die einen konkreten Beitrag zur direkten Urheberrechtsverletzung voraussetzt (so zutreffend auch THOUVENIN UND ANDERE, a.a.O., S. 720). Ein adäquater Kausalzusammenhang zur fraglichen Urheberrechtsverletzung, der einen Unterlassungsanspruch gegen die Beschwerdegegnerin begründen könnte, liegt nicht

BGE 145 III 72 S. 85

vor. Eine Regelung zur Einbindung der Access Provider zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Internet mit geeigneten Verfahren und technischen Sperrmassnahmen wäre durch den Gesetzgeber zu treffen. Auf die Einführung entsprechender regulatorischer Massnahmen gegenüber Access Providern wurde jedoch bisher verzichtet (vgl. zur laufenden Gesetzesrevision die Botschaft vom 22. November 2017 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, BBl 2018 607). Der Vorinstanz ist keine Bundesrechtsverletzung vorzuwerfen, wenn sie die Beschwerdegegnerin nicht als Teilnehmerin einer Urheberrechtsverletzung betrachtete und die

Klage entsprechend abwies.