

# **BGer 4A\_433/2018 vom 8. Februar 2019**

Bundesgericht, 2019-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_433\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_433_2018)

FR: TF 4A\_433/2018 du 8 février 2019

IT: TF 4A\_433/2018 del 8 febbraio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 141 III 395 E. 2.1).

#### **E. 1.1**

Es geht um eine Zivilrechtsstreitigkeit in Anwendung des Urheberrechtsgesetzes (URG; SR 231.1). Dafür sieht das Bundesrecht ( Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO ) eine einzige kantonale Instanz vor ( Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen, die sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) richtet, ist demnach unabhängig vom Streitwert zulässig ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ). Der Beschwerdeführerin, die mit ihren Anträgen unterlegen ist, kann zudem ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des Entscheids ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ) entgegen der in der Beschwerdeantwort vertretenen Ansicht nicht abgesprochen werden.

Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

#### **E. 1.2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten ( BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368 mit Verweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4 S. 44).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren

eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus.

### **E. 1.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

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

#### **E. 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 Hosts, 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 URG 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 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.

#### **E. 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 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 Teilnehmergehaltens 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 verantwortlichkeitbegründend definiert, muss auch für den Unterlassungsanspruch passivlegitimiert sein (ANDRI HESS-BLUMER, Teilnehmehandlungen 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).

Angesichts der für die Frage der Voraussetzungen widerrechtlichen Teilnehmergehaltens 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 CYRILL P. RIGAMONTI/MARC WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2/2018 S. 52; CYRILL P. RIGAMONTI, Providerhaftung - auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, 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, in: Nathalie Tissot [Hrsg.], Quelques facettes du droit de l'internet, Vol. 6, 2005, S. 64 ff.; JULIEN FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, 2017, Rz. 305 und 308; NIK SCHOCH/MICHAEL SCHÜEPP, Provider-Haftung "de près ou de loin"?, in: Jusletter vom 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 , sic! 9/2017 S. 451 ff.; DERSELBE, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen, sic! 6/2018 S. 302; YANIV BENHAMOU, Blocage de sites web en droit suisse, in: Jacques de Werra [Hrsg.], Droit d'auteur 4.0, 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 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 bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, a.a.O., S. 452 ff.; DERSELBE, Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen, 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).

### **E. 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.

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, sic ! 9/2018 S. 466; DERSELBE, Schranken des Urheberrechts, in: von Büren/David [Hrsg.], Urheberrecht, 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; CYRILL P. RIGAMONTI, Eigengebrauch oder Hehlerei?, Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet, GRUR Int. 2004 S. 286; FLORENT THOUVENIN, Durchsetzung von Urheberrechten und Datenschutz, in: Weber/Thouvenin [Hrsg.], Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, 2012, S. 112 f.; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 7b zu Art. 19 URG ; vgl. auch CHRISTOPH GASSER, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Kommentar zum Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, N. 10a ff. zu Art. 19 URG ; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, Rz. 220, 223; a.M. MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Kommentar 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 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.

### **E. 2.2.3**

Urheberrechtsverletzungen anderer Beteiligter - 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 ) - 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: Müller/Oertli [Hrsg.], Kommentar zum Urheberrechtsgesetz [URG], 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.

### **E. 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 Uplodader 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 Adäquanzt ist eine Begrenzung der Haftung ( BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 438 f.; 123 III 110 E. 3a S. 112; 117 V 369 E. 4a S. 382; 115 V 133 E. 7 S. 142; 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; 123 III 110 E. 3a S. 112; 107 II 269 E. 3 S. 276; 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 Adäquanztfrage 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; 123 III 110 E. 3a S. 112; 109 II 4 E. 3 S. 7; 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 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).

### **E. 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, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, 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 abrufbaren Filme in Form von Datensätzen nicht etwa durch die Beschwerdegegnerin selbst, sondern durch Dritte an unbekanntem Orten 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 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 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.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung zu hoch angesetzt und damit das ihr eingeräumte Ermessen missbraucht bzw. die kantonalen Verfahrensbestimmungen willkürlich angewendet.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, die Entscheidgebühr bemesse sich anhand des Streitwerts ( Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 42 des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD BE; BSG 161.12]). Die Beschwerdeführerin gehe von einem Streitwert von Fr. 75'000.-- aus; die Beschwerdegegnerin erkläre, sie bestreite diese Schätzung nicht. Die Angabe erscheine jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig, weshalb nach Art. 91 Abs. 2 ZPO von diesem Streitwert auszugehen sei. Die Entscheidgebühr liege bei einem Streitwert von Fr. 75'000.-- nach dem kantonalen Gebührentarif zwischen Fr. 2'000.-- und Fr. 22'000.--.

Innerhalb dieses Rahmens bemesse sich die Entscheidgebühr nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostspflichtigen (Art. 5 VKD BE). In besonders umfangreichen und zeitraubenden Geschäften, bei querulatorischer Prozessführung sowie in Geschäften mit sehr hohem Streitwert könne eine Gebühr bis zum doppelten Betrag des Höchstansatzes erhoben werden (Art. 6 Abs. 1 VKD BE). Im durchgeführten ordentlichen Verfahren sei nicht nur ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden, sondern beide Parteien hätten noch mehrere zusätzliche Eingaben (teilweise mit Klageänderung und neuen Tatsachen und Beweismitteln) eingereicht. Die Rechtsschriften beider Parteien seien überdurchschnittlich umfangreich gewesen (Klage: 73 Seiten, Klageantwort: 70 Seiten, Replik: 114 Seiten, Duplik: 83 Seiten). Die eingereichten Urkunden hätten mehr als acht Bundesordner umfasst. Der Sachverhalt sei technisch kompliziert, die rechtlichen Fragestellungen zahlreich und komplex gewesen. Zeit- und Arbeitsaufwand, die Bedeutung des Geschäfts und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin seien als überdurchschnittlich zu werten, und das Geschäft sei als besonders umfangreich und zeitraubend zu qualifizieren. Insgesamt erscheine es als angemessen, die Entscheidgebühr auf Fr. 38'000.-- festzulegen (vollständige Ausschöpfung des streitwertbasierten Rahmens zuzüglich eines "Zuschlags" von 75 %).

Hinsichtlich der Parteientschädigung erwog die Vorinstanz, angesichts des Streitwerts von Fr. 75'000.-- liege das Honorar nach Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG BE; BSG 168.11) zwischen Fr. 3'900.-- und Fr. 23'700.--. Unter Berücksichtigung des technisch komplizierten Sachverhalts und der zahlreichen komplexen rechtlichen Fragestellungen erscheine es angemessen, den streitwertbasierten Tarif vollständig auszuschöpfen. Da zudem das Aktenmaterial gross und die Eingaben umfangreich gewesen seien, rechtfertige sich nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV BE; BSG 168.811) ein Zuschlag von rund 75 %. Insgesamt sei das Honorar auf Fr. 42'000.-- zu bestimmen.

#### **E. 3.2.1**

Willkür liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1, 564 E. 4.1 S. 566). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid zudem nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist ( BGE 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen). Dabei greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide, zu denen Entscheide über die Höhe der Gerichtsgebühr gehören, nur mit grösster Zurückhaltung ein ( BGE 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339).

### **E. 3.2.2**

Eine missbräuchliche Ermessensausübung kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht im Umstand erblickt werden, dass Art. 42 VKD BE für Streitwerte zwischen Fr. 50'000.-- und Fr. 100'000.-- einen relativ breiten Rahmen (von Fr. 2'000.-- bis Fr. 22'000.--) vorsieht und der Normaltarif mit Fr. 22'000.-- vollumfänglich ausgeschöpft wurde, obwohl der Streitwert mit Fr. 75'000.-- in der Mitte des zugrunde liegenden Streitwertbands liegt. Die Bestimmung soll es gerade ermöglichen, den Umständen des konkreten Falls Rechnung zu tragen, weshalb das Gericht innerhalb des vorgesehenen Rahmens nicht in erster Linie auf den Streitwert abzustellen hat. Zwar trifft zu, dass die Vorinstanz nicht näher begründet hat, weshalb die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin als überdurchschnittlich zu werten sei. Die Beschwerdeführerin macht aber zu Recht nicht geltend, dass nach Art. 5 VKD BE der Gebührenrahmen nur dann ausgeschöpft werden könnte, wenn auch dieses Kriterium erfüllt ist. Bereits aufgrund der Kriterien des Zeit- und Arbeitsaufwands sowie der Bedeutung des Verfahrens, das neben einem komplizierten technischen Sachverhalt auch schwierige Rechtsfragen grundsätzlicher Natur zum Gegenstand hatte, erscheint die Festsetzung der Entscheidungsgebühr beim Höchstbetrag der Bandbreite mit Fr. 22'000.-- nicht missbräuchlich. Ebenso wenig ist der Vorinstanz angesichts des grossen Umfangs der Rechtsschriften und der besonderen Schwierigkeit des Falls ein Ermessensmissbrauch oder Willkür vorzuwerfen, indem sie in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 VKD BE eine Erhöhung um 75 % vornahm. Inwiefern die konkret festgesetzten Gerichtskosten gegen das Äquivalenzprinzip (dazu BGE 139 III 334 E. 3.2.4 S. 337 f.) bzw. Art. 29 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossen sollen, zeigt die Beschwerdeführerin nicht hinreichend auf ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

Der Vorinstanz ist zudem weder ein Ermessensmissbrauch noch eine willkürliche Anwendung kantonaler Bestimmungen vorzuwerfen, wenn sie einerseits bei der Festsetzung des Honorars nach Art. 41 Abs. 3 KAG BE innerhalb des Rahmentarifs auf den in der Sache gebotenen Zeitaufwand (lit. a) sowie auf die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses (lit. b) abstellte und andererseits im Hinblick auf den Zuschlag nach Art. 9 PKV BE berücksichtigte, dass das Verfahren (aufgrund der komplexen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sowie der umfangreichen Eingaben) "besonders viel Zeit und Arbeit" beanspruchte. Eine verfassungswidrige Anwendung der Bemessungskriterien ist darin nicht zu erblicken. Auch hinsichtlich der Festsetzung der Parteientschädigung führt die Beschwerdeführerin Art. 29 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ins Feld, zeigt jedoch nicht hinreichend auf, inwiefern eine Verletzung dieser

Verfassungsbestimmungen vorliegen soll ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

**E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.