

Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen – eine kurze Entgegnung auf den Beitrag von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER in sic! 2/2018

FLORIAN SCHMIDT-GABAIN *

In sic! 2/2018 haben CYRILL RIGAMONTI und MARC WULLSCHLEGER auf einen Artikel des Verfassers in sic! 9/2017 reagiert. Im Kern geht es bei RIGAMONTI / WULLSCHLEGER um die Frage, ob ein Teilnehmer an einer Urheberrechtsverletzung von der Verletzung weiss oder wissen muss, damit er passivlegitimiert für negatorische Ansprüche ist. Der Verfasser nimmt den Ball noch einmal auf und legt dar, dass die (neuen) Argumente von RIGAMONTI / WULLSCHLEGER für die Bejahung dieser Frage nicht überzeugen, dass also das Wissen oder Wissenmüssen um die Urheberrechtsverletzung keine Voraussetzung der Passivlegitimation des Teilnehmers für negatorische Ansprüche ist.

Dans la sic! 2/2018, CYRILL RIGAMONTI et MARC WULLSCHLEGER ont réagi à un article de l'auteur paru dans la sic! 9/2017. RIGAMONTI / WULLSCHLEGER traitent en substance de la question de savoir si le participant à la violation d'un droit d'auteur connaît ou doit connaître la violation pour avoir la légitimation passive dans les actions en interdiction et en cessation de trouble. L'auteur reprend la balle au bond et expose que les (nouveaux) arguments de RIGAMONTI / WULLSCHLEGER en faveur d'une réponse positive ne sont pas convaincants, c'est-à-dire que la connaissance ou l'obligation de connaître la violation du droit d'auteur n'est pas une condition de la légitimation passive du participant dans les actions en interdiction et en cessation de trouble.

- I. Einleitung
 - II. Unzutreffende Fragestellung
 - III. Einheit des Immaterialgüterrechts
 - IV. Analoge Anwendung des Art. 50 OR
 - V. Patentrechtliche Rechtsprechung des BGer zu Art. 66 lit. d PatG und dessen analoge Anwendung
 - VI. Analoge Anwendung des Art. 28 ZGB
 - VII. Fazit
- Zusammenfassung | Résumé

I. Einleitung

RIGAMONTI/WULLSCHLEGER haben sich in sic! 2/2018 nach ihren eigenen Worten damit auseinandergesetzt, unter welchen Voraussetzungen «eine Person wegen Urheberrechtsverletzung ins Recht gefasst werden kann, wenn sie selbst keinen urheberrechtlichen Verletzungstatbestand erfüllt»¹. Auslöser des Beitrags von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER war ein Artikel des Verfassers, der unter dem Titel «Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet» in sic! 8/2017 erschienen war². RIGAMONTI/WULLSCHLEGER haben insbesondere die vom Verfasser und zuvor von anderen Autoren vorgeschlagene analoge Anwendung von Art. 28 ZGB zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation (des Teilnehmers) nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – mit anderen Worten das Abstellen auf den verschuldensunabhängigen Begriff des Mitwirkens an einer Urheberrechtsverletzung – abgelehnt und stattdessen eine analoge Anwendung von Art. 50 OR bzw. Art.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich, Lehrbeauftragter für Kunstrecht an den Universitäten Basel und Zürich.

¹ C. RIGAMONTI/M. WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2/2018, 47 ff. Hierbei handelt es sich, wie sogleich aufzuzeigen ist, um eine fehlerhafte Fragestellung.

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.

66 lit. d PatG propagiert. RIGAMONTI/WULLSCHLEGER sind der Ansicht, die negatorische Passivlegitimation (des Teilnehmers) aufgrund einer analogen Anwendung des Art. 28 ZGB zu bestimmen, beruhe auf «Fehlüberlegungen»³. Im Ergebnis kommen RIGAMONTI/WULLSCHLEGER zum Schluss, dass ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen einen Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung nur besteht, wenn der Teilnehmer wusste oder wissen musste, dass er an einer Urheberrechtsverletzung teilnimmt. Es ist nun aufzuzeigen, dass dieses Ergebnis unzutreffend ist und dass es RIGAMONTI/WULLSCHLEGER selbst sind, die von Fehlüberlegungen ausgehen. Damit ein Teilnehmer Passivlegitimierter eines urheberrechtlichen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs sein kann, kommt es nicht darauf an, ob ihm seine Rechtsverletzung bewusst ist.

II. Unzutreffende Fragestellung

Zwei Fehlüberlegungen grundsätzlicher Art sind bereits in der Fragestellung von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER angelegt, die wie folgt lautet:

«Bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Teilnehmenden an Urheberrechtsverletzungen geht es um die unter verschiedenen Titeln 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 erfüllt»⁴.

Die erste Fehlüberlegung liegt darin, dass mit dem Begriff der «rechtlichen Verantwortung [des Teilnehmers]» operiert wird, ohne diesen näher zu erläutern. Rechtliche Verantwortung zeigt sich nämlich auf verschiedene Weisen. So kann man die rechtliche Verantwortung für finanzielle Verschiebungen übernehmen müssen, z.B. indem man schadenersatzpflichtig wird oder eine ungerechtfertigte Bereicherung bzw. einen Gewinn herausgeben muss. Man kann aber auch nur in dem Sinne rechtlich verantwortlich sein, dass man eine Handlung unterlassen oder beseitigen muss, ohne dass eine Pflicht besteht, finanzielle Leistungen zu erbringen. Die Voraussetzungen für diese verschiedenen rechtlichen Verantwortlichkeiten sind auch für Teilnehmer unterschiedlich und können nicht, wie RIGAMONTI/WULLSCHLEGER dies meinen, «anspruchsübergreifend» beantwortet werden⁵. Inhaltlich äussern sich RIGAMONTI/WULLSCHLEGER denn auch tatsächlich nur zu einer Art der rechtlichen Verantwortung des Teilnehmers, nämlich zu dessen Unterlassungs- und Beseitigungspflicht.

Die zweite in der Fragestellung angelegte Fehlüberlegung liegt in der Annahme, ein Teilnehmer sei jemand, der ein Urheberrecht nicht verletze, aber trotzdem für die Urheberrechtsverletzung rechtlich verantwortlich sei. Dies ist zwar eine nicht selten geäusserte⁶, aber unzutreffende oder zumindest terminologisch unpräzise Ansicht. Im allgemeinen Zivilrecht versteht man nämlich unter einem Teilnehmer jemanden, der das durch den Hauptverletzer verletzte Recht auch in eigener Person verletzt. Dies ergibt sich aus Art. 50 Abs. 1 OR – hier ist ein Rückgriff auf diese Bestimmung zulässig und geboten –, der implizit voraussetzt, dass die Haftungsvoraussetzungen nach Art. 41 OR «bei jedem Solidarschuldner⁷ erfüllt [sind]»⁸. Und zu diesen Haftungsvoraussetzungen gehört natürlich die Widerrechtlichkeit. Man nennt – wie dies übrigens auch RIGAMONTI/WULLSCHLEGER tun – den Teilnehmer deshalb auch mittelbaren Verletzer, aber eben einen Verletzer⁹.

³ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 47.

⁴ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 47 f.

⁵ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 49.

⁶ Siehe z.B. A. HESS-BLUMER, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2003, 95 ff.; im Markenrecht etwa R. STUTZ/S. BEUTLER/M. KÜNZI, SHK DesG, Bern 2006, DesG 9 N 100.

⁷ Gemeint sind damit der Hauptverletzer (= Urheber in der Terminologie des OR), der Anstifter und der Gehilfe.

⁸ C. GRABER, Basler Kommentar OR I, 6. Aufl., Basel 2016, OR 50 N 8.

⁹ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 48.

Derjenige, der allenfalls tatsächlich kein Urheberrecht verletzt hat und trotzdem rechtlich verantwortlich dafür sein kann, ist der sogenannte Begünstigte¹⁰. Dieser findet sowohl in Art. 50 Abs. 3 OR als auch in einigen immaterialgüterrechtlichen Erlassen (Art. 66 Abs. lit. d PatG und Art. 9 Abs. 2 DesG) ausdrückliche Erwähnung¹¹, und zwar immer in Abgrenzung zum Dritten, der an der Verletzung «mitwirkt» und sie nicht nur begünstigt.

Dass RIGAMONTI/WULLSCHLEGER aufgrund dieser fehlerhaften bzw. unpräzisen Fragestellung zum Schluss kommen, «dass es für eine widerrechtliche Teilnahme an einer drohenden oder bestehenden Urheberrechtsverletzung eines Dritten nicht genügt, dass der Teilnehmer die Handlungen des Dritten objektiv fördert, sondern [...] immer auch vorauszusetzen ist, dass der Teilnehmer *weiss oder wissen muss*, dass er mit seinem eigenen Verhalten die urheberrechtsverletzende Handlung des Dritten fördert», ist zumindest nicht erstaunlich. Kann man sich doch tatsächlich zumindest fragen, ob es richtig sei, einer Person die Verantwortung für die Rechtsverletzung eines Dritten zu übertragen, wenn diese Person das Recht selbst nicht verletzt hat und auch nichts von der Rechtsverletzung des Dritten wusste. Ein Teilnehmer ist nun aber wie gesehen nicht jemand, der keine Rechtsverletzung begeht, sondern der Teilnehmer ist genauso ein Rechtsverletzer wie der Hauptverletzer auch¹². Und jemandem der ein Recht verletzt, muss befohlen werden können, diese Verletzung zu unterlassen oder zu beseitigen, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst weiss, dass er das Recht verletzt, oder ob er Kenntnis davon hat, dass weitere Personen an der Rechtsverletzung beteiligt sind. Zutreffend könnte die Ansicht von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER bloss sein, wenn man ihren Teilnehmer durch den Begünstigter ersetzte, da dieser im zivilrechtlichen Verständnis tatsächlich nicht dasselbe Recht verletzt wie der Hauptverletzer oder die Teilnehmer. Doch hierzu sollen vorliegend keine weiteren Überlegungen angestellt werden.

Auch die Einzelargumente, weshalb ein Teilnehmer nur zur Unterlassung oder Beseitigung seiner Teilnahmehandlung verpflichtet werden könne, wenn ihm bewusst sei, dass er ein Urheberrecht verletze, vermögen nicht zu überzeugen und beruhen auf Fehlüberlegungen, wie nun aufzuzeigen ist.

III. Einheit des Immaterialgüterrechts

RIGAMONTI/WULLSCHLEGER gehen davon aus, dass es eine «Einheit des Immaterialgüterrechts» gebe, und leiten daraus ab, dass die Frage der Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen durch Teilnehmer für sämtliche Bereiche des Immaterialgüterrechts zwingend gleich beantwortet werden müsse und dass andere Rechtsgebiete wie das Persönlichkeitsrecht nicht konsultiert werden dürfen, um die Frage zu beantworten¹³. RIGAMONTI/WULLSCHLEGER befürchten sogar, bei einer nicht für alle Gebiete gleichlautenden Antwort komme es zu einer Verletzung des verfassungsmässigen Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 BV¹⁴. Da RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (zu Unrecht)¹⁵ meinen, das BGer habe für das Patentrecht entschieden, ein Teilnehmer könne nur zur Unterlassung der Teilnahmehandlung verpflichtet werden, wenn er wisse oder wissen müsse, dass dadurch ein Patent verletzt werde, schlies-

¹⁰ Vgl. GRABER (Fn. 8), OR 50 N 30 ff.

¹¹ Art. 66 lit. d PatG lautet wie folgt: «Wer zu diesen Handlungen anstiftet, bei ihnen mitwirkt, ihre Begehung begünstigt oder erleichtert, kann gemäss den nachfolgenden Bestimmungen zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.» Art. 9 Abs. 2 DesG lautet wie folgt: «Die Rechtsinhaberin kann Dritten auch verbieten, bei einer widerrechtlichen Gebrauchshandlung mitzuwirken, deren Begehung zu begünstigen oder zu erleichtern.»

¹² Ob eine Rechtsverletzung gegeben ist, ist sowohl für den Hauptverletzer als auch für den Teilnehmer auf dieselbe Art und Weise zu prüfen, nämlich durch einen Kausalitätstest. Jede Ursache, die sich als adäquat-kausal für eine Rechtsverletzung erweist, ist rechtsverletzend.

¹³ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 1, 49 f.

¹⁴ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 49 f.

¹⁵ Siehe hinten V.

sen sie aus der Einheit des Immaterialgüterrechts, dass auch im Urheberrecht dem Teilnehmer die Teilnahmehandlung nur untersagt werden könne, wenn er wisse oder wissen müsse, dass er ein Urheberrecht verletze¹⁶.

Geht man tatsächlich davon aus, dass es eine Einheit des Immaterialgüterrechts gibt, müsste man wohl gerade zum umgekehrten Schluss kommen, dass sich das Patentrecht – geht man unzutreffenderweise davon aus, dass dort wirklich stets ein Wissenserfordernis des Teilnehmers besteht – den anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts anpassen müsste. Für diese Bereiche wird nämlich, soweit dies der Verfasser zu überblicken vermag, kaum behauptet, der Teilnehmer müsse von der durch ihn begangenen Rechtsverletzung Kenntnis haben¹⁷. Vielmehr gilt, was HESS-BLUMER feststellt: «Mit Bezug auf das Verschulden gelten die allgemeinen Grundsätze, wonach [...] Unterlassung auch vom gutgläubig Handelnden gefordert werden kann»¹⁸.

Allerdings ist bereits die Idee einer zwingenden Einheit des Immaterialgüterrechts nicht überzeugend. Natürlich bestehen zwischen den Bereichen, die traditionell dem Immaterialgüterrecht zugeordnet werden, zahlreiche und grosse Ähnlichkeiten. Dennoch ist ein Patent kein Werk, ein Werk kein Design und ein Design keine Marke. Es besteht deshalb kein Anlass, rein aus dem Umstand, dass die Frage der Passivlegitimation bei einer Rechtsverletzung in einem Gebiet des Immaterialgüterrechts auf eine bestimmte Weise gelöst wird, diese Weise zwingend auf die anderen Gebiete zu übertragen. Ebenso wenig besteht Anlass, andere Rechtsgebiete als Analogiegrundlage für ungeklärte Fragen einzelner Gebiete des Immaterialgüterrechts auszuschliessen. Gerade was das Persönlichkeitsrecht anbelangt, wäre ein solcher Ausschluss willkürlich. Auch die Persönlichkeit – mit Ausnahme der körperlichen Integrität – ist ein immaterielles Gut und könnte demnach als Bereich des Immaterialgüterrechts gelten. Dass es dies nicht tut, hat vor allem damit zu tun, dass das Persönlichkeitsrecht seit jeher als Teil des allgemeinen Zivilrechts gilt und das Immaterialgüterrecht als Disziplinenkonvolut erst vor relativ kurzer Zeit entstand. Gerade weil es dem allgemeinen Zivilrecht zugeordnet wird, ist es besonders unverständlich, weshalb man das Persönlichkeitsrecht als Analogiegrundlage für die Disziplinen des Immaterialgüterrechts ausschliessen will. Nicht zu vergessen ist schliesslich auch, dass die Frage der Passivlegitimation des Teilnehmers bei Persönlichkeitsverletzungen gerichtlich weitaus besser geklärt ist, als dies für sämtliche Bereiche des Immaterialgüterrechts der Fall ist.

IV. Analoge Anwendung des Art. 50 OR

RIGAMONTI/WULLSCHLEGER bekräftigen ihre bereits an anderer Stelle¹⁹ geäusserte Ansicht, dass die Frage der Passivlegitimation des Teilnehmers bei Urheberrechtsverletzungen (sowie bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten im Allgemeinen) durch eine analoge Anwendung des Art. 50 OR zu beantworten sei. Auf die vom Verfasser geäusserte Kritik²⁰ an diesem Vorgehen gehen sie jedoch nicht ein. Zwar anerkennen sie, dass Art. 50 OR eigentlich gar nicht den Sachverhalt regelt, dass jemand verlangt, eine Person müsse eine Handlung unterlassen, sondern die Statuierung des Grundsatzes der Solidarität für den Fall, dass mehrere Personen einen Schaden gemeinsam verursacht haben²¹. Doch wollen sie nicht einsehen, dass eine Norm nur als Analogiegrundlage hinzugezogen werden kann, wenn sie

¹⁶ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 51.

¹⁷ Betrachtet man die Kommentarliteratur zum URG, MSchG und DesG, spricht sich einzig B. MÜLLER, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Kommentar URG, 2. Aufl., Bern 2012, URG 62 N 3 f., für eine Beachtlichkeit des Wissens oder Wissenmüssens der Rechtsverletzung aus.

¹⁸ HESS-BLUMER (Fn. 6), 104.

¹⁹ C. RIGAMONTI, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, sic! 2016, 117 ff.; M. WULLSCHLEGER, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015, N 209 ff.

²⁰ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 455 ff.

²¹ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 51.

einen Sachverhalt regelt, der vergleichbar ist mit dem Sachverhalt, für den man eine Regelung sucht²². In Verkenennung dieser Grundregel erklären sie stattdessen die Voraussetzung, die für das Bestehen echter Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen erfüllt sein muss – das «bewusste Zusammenwirken»²³ –, auch als für die Passivlegitimation des Teilnehmers an Urheberrechtsverletzungen entscheidend. Sie übersehen dabei unverständlicherweise, dass das «bewusste Zusammenwirken» nicht ein haftungsbegründendes und auch nicht einmal ein widerrechtlichkeitsbegründendes Merkmal ist, sondern einzig der Unterscheidung von echter Solidarität nach Art. 50 OR und unechter Solidarität nach Art. 51 OR dient. Damit, ob ein Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe in der Terminologie des OR) haftpflichtig ist oder nicht, und damit, ob ein Teilnehmer widerrechtlich handelt oder nicht, hat das «bewusste Zusammenwirken» nichts zu tun. Ist das «bewusste Zusammenwirken» zwischen zwei Personen zu verneinen, heisst das einzig, dass die Regeln der echten Solidarität nicht zur Anwendung gelangen. Dass die Personen haftbar (rechtlich verantwortlich in den Worten von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER) sind, ändert sich dadurch nicht. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wie RIGAMONTI/WULLSCHLEGER behaupten können, das «bewusste Zusammenwirken» sei Voraussetzung für die Passivlegitimation des Teilnehmers.

V. Patentrechtliche Rechtsprechung des BGer zu Art. 66 lit. d PatG und dessen analoge Anwendung

RIGAMONTI/WULLSCHLEGER bekräftigen in ihrem Artikel RIGAMONTIS Ansicht²⁴, das BGer habe im Entscheid BGE 129 III 588 entschieden, dass in patentrechtlichen Angelegenheiten der Teilnehmer nach Art. 66 lit. d PatG seine Handlung nur unterlassen oder beseitigen müsse, wenn er wisse oder wissen müsse, dass sie patentverletzend ist. Der so verstandene Art. 66 lit. d PatG sei als Analogiegrundlage zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation des Teilnehmers bei Urheberrechtsverletzungen heranzuziehen. RIGAMONTI/WULLSCHLEGER übersehen aber, dass es im erwähnten Entscheid um eine Vorrichtung ging, die «sowohl in einem patentverletzenden Verfahren als auch in einem nicht patentverletzenden Verfahren eingesetzt werden kann»²⁵. Bei Vorrichtungen, die nur in patentverletzender Weise verwendet werden können, verlangt das BGer für die Bejahung der Passivlegitimation des Teilnehmers keine Voraussetzung des Wissens oder Wissenmüssens der Patentverletzung, wie sich aus einem Urteil des BGer vom 31. Januar 2012 ergibt:

«[E]in Tatbestand nach Art. 66 lit. d PatG [ist] nur gegeben, wenn sich die gelieferte Vorrichtung zu keinem anderen Zweck eignet als zur patentgemässen Verwendung oder wenn diese ausdrücklich für eine patentgemässe Verwendung angepriesen wird. Handelt es sich um spezielle, d.h. nicht allgemein im Handel erhältliche Vorrichtungen, wird anstelle der Anpreisung vorausgesetzt, dass der Lieferant weiss oder wissen muss, dass die von ihm angebotenen oder gelieferten Mittel geeignet und vom Empfänger der Lieferung dazu bestimmt sind, für die Benützung des geschützten Patents verwendet zu werden»²⁶.

Somit ist auch für das Patentrecht klar, dass dem Grundsatz nach keine Kenntnis des Teilnehmers seiner Rechtsverletzung verlangt wird, damit dieser verpflichtet werden kann, seine Handlung zu unterlassen oder zu beseitigen, sondern dass nur im Spezialfall einer Vorrichtung, die verletzend oder nicht verletzend eingesetzt werden kann, die Kenntnis der Rechtsverletzung für die Passivlegitimation von Belang ist²⁷. Ist eine Vorrichtung nur patentverletzend einsetzbar, spielt das Wissen oder Wissenmüssen einer Person, die in irgendeiner Weise in den Vertrieb dieser Vorrichtung involviert ist, über den patentverletzenden Zweck

²² Vgl. E. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2013, 205 f.

²³ BGE 82 II 544, 547. RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 50, reklamieren diese Wortschöpfung unzutreffenderweise für M. WULLSCHLEGER (Fn. 19), N 215 ff.

²⁴ RIGAMONTI (Fn. 19), 122.

²⁵ BGE 129 III 588 E. 4.1.

²⁶ BGer vom 31. Januar 2012, 4A_532/2011, E. 2.1.2, «Schlammzuführung».

²⁷ Noch zu ungenau SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 456 f.

keine Rolle. Selbst wenn man Art. 66 lit. d PatG also als Analogiegrundlage zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation des Teilnehmers bei Urheberrechtsverletzungen heranziehen würde, hätte dies nicht zur Folge, dass der Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung stets nur passivlegitimiert wäre, wenn er von der verletzenden Wirkung seiner Handlung wüsste oder wissen müsste. Nur für Sachverhalte, die demjenigen der auf zwei verschiedene Weisen verwendbaren Vorrichtung entsprechen, könnte unter Umständen ein Wissen oder Wissenmüssen als Voraussetzung gefordert werden.

Allgemein ist zu bemerken, dass das BGER in seiner wenigen bisherigen Rechtsprechung zu Art. 66 lit. d PatG mit terminologischer Lockerheit gegläntzt hat. Obwohl Art. 66 lit. d PatG ausdrücklich zwischen Personen unterscheidet, die zu einer patentverletzenden Handlung anstiften, die bei ihnen mitwirken oder die ihre Begehung begünstigen oder erleichtern, hat sich das BGER bisher nicht mit der zu erwartenden begrifflichen Schärfe dieser unterschiedlichen Begriffe angenommen. Insbesondere hat es sich nicht damit auseinandergesetzt, was die Mitwirkung von der Begünstigung und Erleichterung unterscheidet²⁸. Eine solch praktisch wenig erprobte Bestimmung zur Analogiegrundlage zur Erhebung, ist nicht angezeigt.

VI. Analoge Anwendung des Art. 28 ZGB

RIGAMONTI/WULLSCHLEGER behaupten, eine analoge Anwendung des Art. 28 ZGB zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation (des Teilnehmers) bei Urheberrechtsverletzungen sei politisch begründet und nicht rechtlich. Dies ist unzutreffend.

An dieser Stelle sei noch einmal auf den Grund hingewiesen, weshalb es überhaupt nötig ist, für die Bestimmung der Passivlegitimation nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG auf einen Analogieschluss zurückzugreifen. Es ist dies die fehlende ausdrückliche Regelung der Passivlegitimation im URG selbst²⁹. Macht man sich nun auf, geeignete Analogiegrundlagen zu finden, muss man nach Normen suchen, die den Sachverhalt der Passivlegitimation in einem anderen Rechtsgebiet regeln. Art. 28 ZGB stellt eine solche Norm dar, Art. 50 Abs. 1 OR (und auch Art. 41 OR) hingegen nicht³⁰. Dass sich das Persönlichkeitsrecht grundsätzlich als Analogiegrundlage für offene Fragen immaterialgüterrechtlicher Disziplinen eignet, wurde bereits erwähnt. Hinzuzufügen ist, dass zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem Urheberrecht eine besonders hohe Ähnlichkeit besteht, weil auch das Urheberrecht Urheberpersönlichkeitsrechte kennt³¹.

Als weitere mögliche Analogiegrundlagen würden sich theoretisch auch Art. 66 PatG (für den Teilnehmer lit. d) und Art. 9 DesG (für den Teilnehmer Abs. 3) anbieten. Dass sich Art. 66 PatG wegen mangelnder Praxis insbesondere zu lit. d nicht als Analogiegrundlage aufdrängt, ist bereits erwähnt worden. Dasselbe gilt für Art. 9 DesG.

Hingewiesen sei auch darauf, dass man selbst bei einer analogen Anwendung des Art. 66 lit. d PatG oder des Art. 9 DesG zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation des Teilnehmers bei Urheberrechtsverletzungen Art. 28 ZGB nicht entgehen könnte. Denn es wäre angezeigt, das Verständnis des sowohl in Art. 66 lit. d PatG als auch in Art. 9 Abs. 3 DesG verwendeten Begriffs der Mitwirkung unter Zuhilfenahme des Art. 28 ZGB zu bestimmen, der ebenfalls mit diesem Begriff operiert³².

Abschliessend sei kurz auf das Argument von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER eingegangen, Art. 28 ZGB eigne sich nicht als Analogiegrundlage, weil es im Urheberrecht nicht möglich sei,

²⁸ Auch in BGE 129 III 25, E. 2.3, wo es um die Frage des Mitwirkens im Sinne des Art. 66 lit. d PatG ging, hat es sich nicht allgemein dazu geäußert.

²⁹ Übrigens findet sich nicht nur zur Passivlegitimation des Teilnehmers keine Regelung im URG, sondern allgemein zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen.

³⁰ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 455 ff.

³¹ Siehe schon SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 455 ff.

³² Art. 28 Abs. 1 ZGB lautet wie folgt: «Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.»

eine Interessenabwägung vorzunehmen, um die Rechtswidrigkeit der Verletzung eines Urheberrechts zu verneinen. Grundsätzlich ist diese Argumentation vom Verfasser bereits widerlegt worden: Es ist nicht die Aufgabe einer Interessenabwägung, «überschiessende Verantwortlichkeiten»³³ für Rechtsverletzungen zu verhindern, sondern festzustellen, ob überhaupt eine Rechtsverletzung vorliegt; liegt sie vor, muss sich der Rechteinhaber dagegen wehren können³⁴. Erwähnt sei hier zusätzlich, dass über die Anwendung des Art. 28 ZGB zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen aber durchaus eine Möglichkeit besteht, «überschiessende Verantwortlichkeiten» zu verhindern. Nämlich durch eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Diese dogmatische Figur besagt, dass eine Handlung, die eigentlich kausal für die Verletzung eines Rechts ist, als nichtkausal fingiert wird, wenn die vom Rechtsverletzer «gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint»³⁵. Ergibt es sich also, dass es als unbillig erschiene, einen Teilnehmer zur Unterlassung oder Beseitigung seiner Handlung zu verpflichten, kann dies dadurch verhindert werden, dass man seine Teilnahmehandlung als nichtkausal für die Rechtsverletzung und somit im Resultat nicht als Rechtsverletzung fingiert.

VII. Fazit

Art. 28 ZGB stellt die brauchbarste Analogiegrundlage zur Bestimmung der Voraussetzungen der Passivlegitimation (des Teilnehmers) bei Urheberrechtsverletzungen dar. Ob von einem Teilnehmer die Unterlassung oder Beseitigung einer urheberrechtsverletzenden Handlung verlangt werden kann, ist also unabhängig davon, ob der Teilnehmer weiss oder wissen muss, dass er eine Urheberrechtsverletzung begeht. Entscheidend ist gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB nur, dass er an der Urheberrechtsverletzung mitwirkt, also eine kausale Ursache für sie gesetzt hat.

Zusammenfassung

Der Verfasser zeigt auf, dass die Frage der Passivlegitimation (des Teilnehmers) nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG aufgrund einer analogen Anwendung des Art. 28 ZGB zu beantworten ist. Dies bedeutet, dass das Wissen oder Wissenmüssen einer Verletzung keine Voraussetzung der Passivlegitimation des Teilnehmers ist, sondern es nur darauf ankommt, ob er einen kausalen Beitrag zu einer Rechtsverletzung geleistet hat. Im Einzelnen zeigt der Verfasser auf, dass ein Teilnehmer nicht jemand ist, der keine Urheberrechtsverletzung begeht, aber trotzdem dafür verantwortlich ist, sondern dass ein Teilnehmer – wie der Hauptverletzer auch – ein Urheberrecht verletzt. Zudem erläutert der Verfasser, wieso weder die Figur der «Einheit des Immaterialgüterrechts» noch ein Rückgriff auf Art. 50 OR hilfreich sind, um die Frage der Passivlegitimation nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG zu beantworten. Schliesslich legt er dar, dass eine analoge Anwendung des Patentrechts zu keinem anderen Resultat führen würde als eine analoge Anwendung des Art. 28 ZGB.

Résumé

Pour l'auteur, il convient de répondre à la question de la légitimation passive (du participant) selon l'art. 62 al. 1 let. a et b LDA par le biais d'une application par analogie de l'art. 28 CC. Dès lors, la connaissance ou l'obligation de connaître la violation n'est pas une condition de la légitimation passive, mais cette dernière dépend uniquement de la question de savoir si le participant a contribué de manière causale à l'atteinte. Plus précisément, n'a pas qualité de participante la personne qui répond de la violation d'un droit d'auteur sans l'avoir commise mais celle qui, comme l'auteur principal, porte atteinte à un droit d'auteur. En outre, l'auteur explique pourquoi ni le concept de l'«unité de la propriété intellectuelle» ni le recours à l'art. 50 CO ne permettent de répondre à la question de la légitimation

³³ RIGAMONTI/WULLSCHLEGER (Fn. 1), 53.

³⁴ SCHMIDT-GABAIN (Fn. 2), 456 f.

³⁵ BGE 130 III 182, E. 5.4.

passive selon l'art. 62 al. 1 let. a et b LDA. Enfin, selon lui, appliquer par analogie le droit des brevets ou l'art. 28 CC ne présenterait aucune différence quant au résultat.