

Florian Schmidt-Gabain

# On Demand Streaming Plattformen im Schweizer (Urheber-)Recht – Eine Entgegnung auf den Beitrag von Auf der Maur/Mühlemann

Mit Art. 13a und 35a URG ist in der Schweiz eine Abgabe für die Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken eingeführt worden. Schuldner dieser Abgabe sind diejenigen Personen, die ein audiovisuelles Werk zugänglich machen. Dazu gehören auch Sharing-Dienste wie YouTube, Facebook und Instagram, wie dieser Artikel zeigt.

Les art. 13a et art. 35a LDA ont introduit une redevance pour la mise à disposition d'œuvres audiovisuelles en Suisse. Toute personne qui met à disposition une œuvre audiovisuelle a l'obligation de s'acquitter de cette redevance. Comme le montre cet article, cette obligation concerne également les services de partage tels que YouTube, Facebook et Instagram.

- 
- I. Einleitung
  - II. Sharing-Dienste machen die auf ihnen abrufbaren Werke zugänglich
    1. Allgemeines
    2. «Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinedienstleistern»
  - III. Erlaubterweise Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken durch Sharing-Dienste
  - IV. Schluss
- 

## I. Einleitung

In der sic! 5/2021 haben sich AUF DER MAUR/MÜHLEMANN<sup>1</sup> mit der Frage auseinandergesetzt, wer Schuldner der durch Art. 13a URG und Art. 35a URG neu eingeführten Vergütung für die Zugänglichmachung audiovisueller Werke (VOD<sup>2</sup>-Abgabe) ist. Nach Abs. 1 dieser Bestimmungen «[schuldet derjenige, der] ein audiovisuelles Werk erlaubterweise so zugänglich macht, dass Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl Zugang dazu haben, [...] den Urhebern und Urheberinnen, die das audiovisuelle Werk geschaffen haben,<sup>3</sup> und den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen, die an einer darin enthaltenen Darbietung mitgewirkt haben,<sup>4</sup> hierfür eine Vergütung». AUF DER MAUR/MÜHLEMANN haben sich also damit auseinandergesetzt, wer ein Werk (erlaubterweise) zugänglich<sup>5</sup> macht.

Die erste Schlussfolgerung, die AUF DER MAUR/MÜHLEMANN in ihrem Artikel ziehen, ist, dass «nur der Vergütungspflicht [unterliegt], wer vom originären Urheber das [Online-Recht] vertraglich übertragen erhalten hat».<sup>6</sup> Art. 13a URG und Art. 35a URG setzten nämlich voraus, dass die Zugänglichmachung «erlaubterweise» erfolge.<sup>7</sup> Es ist davon auszugehen, dass sich AUF DER MAUR/MÜHLEMANN hier ungenau ausgedrückt haben. Selbstverständlich kann auch jemand, der das Online-Recht nicht vom originären Urheber, sondern von einem derivativen Rechteinhaber oder von einem Lizenznehmer erworben hat, ein Werk erlaubterweise zugänglich machen. Diese Klarstellung vorangestellt gehen AUF DER MAUR/MÜHLEMANN somit davon aus, dass nur vergütungspflichtig ist, wer das Online-Recht am zugänglich gemachten audiovisuellen Werk erworben hat. So weit, so einleuchtend.

Im Anschluss an diese Schlussfolgerung stellen die Autoren die (gewagte) These auf, «Sharing-Dienste», worunter im Verständnis von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN vor allem Social-Media-Dienste wie Facebook und YouTube fallen,<sup>8</sup>

---

FLORIAN SCHMIDT-GABAIN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich, Mitglied des Vorstands des Schweizer Verbands der Musikverlage.

- 
- 1 R. AUF DER MAUR/E. MÜHLEMANN, On Demand Streaming Plattformen im Schweizer (Urheber-)Recht, sic! 5/2021, 228 ff.
  - 2 Video-on-Demand.
  - 3 Variante nach Art. 13a Abs. 1 URG.
  - 4 Variante nach Art. 35a Abs. 1 URG.
  - 5 Das Recht, ein Werk zugänglich zu machen, wird im weiteren Online-Recht genannt.
  - 6 AUF DER MAUR/MÜHLEMANN (Fn. 1), 232.
  - 7 AUF DER MAUR/MÜHLEMANN (Fn. 1), 232.
  - 8 AUF DER MAUR/MÜHLEMANN (Fn. 1), 230, definieren einen Sharing-Dienst wie folgt: «Der Betreiber eines Sharing-Dienstes ermöglicht es Nutzern, Inhalte (darunter auch audiovisuelle Werke) so zugänglich zu machen, dass andere Nutzer auf diese Inhalte zugreifen und sie streamen oder auf ein eigenes Gerät kopieren können. Die bekanntesten Anbieter im Bereich des Teilens von audiovisuellen Inhalten sind Social-Media-Betreiber wie Youtube und Facebook oder auch die Plattform Vimeo. [...]».

würden die über ihre Plattformen abrufbaren Werke nicht zugänglich machen. Nur diejenigen, die sie auf die Plattform des Sharing-Dienstes hochgeladen haben, machten sie zugänglich. Die Konsequenz dieser These sei es, so AUF DER MAUR/MÜHLEMANN, dass Sharing-Dienste nicht Schuldner der VOD-Abgabe sind.

Die von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN aufgestellte These ist unzutreffend. Sharing-Dienste machen die über ihre Plattformen abrufbaren Werke sehr wohl zugänglich und sind somit, sofern die Zugänglichmachung erlaubterweise geschieht, Schuldner der VOD-Abgabe.<sup>9</sup> Hat ein Sharing-Dienst ein Werk unerlaubterweise zugänglich gemacht, also ohne entsprechende Rechteeinräumung, muss er die dadurch erlangte ungerechtfertigte Bereicherung und allfällige Gewinne sowie (bei Verschulden) Schadenersatz leisten.

Dass Sharing-Dienste bei der erlaubten Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken Schuldner der VOD-Abgabe sind, muss sich in den sich in Ausarbeitung befindlichen Tarifen betreffend die VOD-Abgabe widerspiegeln.

Im Weiteren ist nun zu begründen, weshalb Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren Werke erlaubterweise zugänglich machen.

Doch bevor wir uns dieser Begründung zuwenden, noch ein Wort zum Titel des Artikels von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN: «On Demand Streaming Plattformen im Schweizer (Urheber-)Recht». Der Titelbegriff «On Demand Streaming Plattform» kommt im Artikel selbst nämlich kein einziges Mal vor. Dies ist etwas verwirrend. Aber es ist zu mutmassen, dass eine On Demand Streaming Plattform im Verständnis von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN nichts anderes als ein Sharing-Dienst ist. In dieser Entgegnung wird der Terminologie des Texts des Artikels von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN gefolgt und der Begriff On Demand Streaming Plattform ebenfalls nicht verwendet.

## II. Sharing-Dienste machen die auf ihnen abrufbaren Werke zugänglich

### 1. Allgemeines

Es ist nun dazulegen, dass Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren Werke zugänglich machen. Dabei wird so vorgegangen, dass die von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN ins Feld geführten Argumente, weshalb dem nicht so sei, widerlegt werden und gleichzeitig positiv dargetan wird, weshalb dem eben sehr wohl so ist.

Wie AUF DER MAUR/MÜHLEMANN ihre These, wonach Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren Werke nicht zugänglich machen, begründen, ist gar nicht so einfach zu erkennen. Unter dem Titel «IV./2. Wer ist vergütungspflichtig?», wo sie ihre These aufstellen, liest man nämlich nur, dass «Meinungen in der Lehre, wonach auch Social-Media-Dienste [als Beispiel eines Sharing-Dienstes] *per se* der Vergütungspflicht zu unterstellen sind, falls deren Nutzer Werke hochladen und zugänglich machen, [...] die Rolle und Verantwortlichkeit der einzelnen Anbieter aus[blenden], bzw. [...] sich mit diesen nicht hinreichend

auseinander[setzen]». Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den «Meinungen in der Lehre» führen jedoch auch AUF DER MAUR/MÜHLEMANN ihrerseits nicht. Dafür findet sich ein Absatz darüber, dass sich aus dem EU-Recht nicht ableiten lasse, dass Sharing-Dienste Werke zugänglich machen würden. Das ist ein doch eher schwaches Argument. Sind Bestimmungen des Schweizer URG doch in erster Linie aus dem Schweizer Recht heraus auszulegen.

Die Auseinandersetzung mit dem Schweizer Recht geschieht denn auch, einfach nicht unter dem Titel «IV./2. Wer ist vergütungspflichtig?», sondern unter dem Titel «III. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinediensten». Freilich machen AUF DER MAUR/MÜHLEMANN nicht restlos deutlich, dass die unter diesem Titel gemachten Ausführungen begründen sollen, dass Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren Werke nicht zugänglich machen, doch darf dies wohl unterstellt werden. Die fehlende Deutlichkeit des Verweises ist aber so oder so nicht entscheidend, weil der sich unter dem Titel «Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinediensten» findende Inhalt einer näheren Überprüfung nicht standhält. Dies ist im Einzelnen darzulegen.

### 2. «Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinedienstleistern»

#### a) Ausführungen von AUF DER MAUR/MÜHLEMANN

AUF DER MAUR/MÜHLEMANN äussern sich zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Onlinediensten<sup>10</sup> wie folgt:

«Die Anwendung der allgemeinen Regelung der Haftpflicht für Teilnehmehandlungen gemäss Art. 50 OR hat sich im Bereich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bewährt. Ein Anbieter leistet erst dann einen relevanten Tatbeitrag zu einer Urheberrechtsverletzung, wenn ein bewusstes Zusammenwirken mit dem Verletzer entsteht. Dafür muss er eine hinreichend konkrete Kenntnis vom rechtsverletzenden Verhalten seines Kunden haben und trotzdem untätig bleiben, sodass das widerrechtliche Angebot weiterhin besteht. [...]

<sup>9</sup> Ebenso E. BREHM, Die neuen Vergütungsansprüche für das Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken und von Darbietungen in audiovisuellen Werken, sic! 2020, 609: «Adressiert werden [mit der VOD-Abgabe] [...] die Betreiber von Online-Angeboten, über die das Schweizer Publikum Filme und dergleichen abrufen kann. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn [...] wenn die online zugänglich gemachten Werke von Dritten hochgeladen wurden, wie dies insbesondere im Bereich Social Media der Fall ist.» Auch für V. SALVADÉ, La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur, Jusletter 25. Mai 2020, Rz. 40 f., gibt es «bonnes raisons» dafür, dass Sharing-Dienste Schuldner der VOD-Abgabe sind. Die Frage offen lässt K. UHLIG, Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken (Art. 13 a URG) und Zugänglichmachen von Darbietungen in audiovisuellen Werken (Art. 35 a URG), in: P. Mosimann (Hg.), Das revidierte Urheberrecht, Basel 2020.

<sup>10</sup> Auch wenn AUF DER MAUR/MÜHLEMANN (Fn. 1), 231, annehmen, man solle im Bereich der Analyse der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit keine «interpretationsbedürftigen Begriffe» verwenden, definieren sie selbst den Begriff «Onlinedienstleister» nicht (als Synonyme dafür benutzen sie mancherorts auch «Onlinedienstanbieter» oder nur «Anbieter»). Es ist wohl aber anzunehmen, dass unter einem Sharing-Dienst eine Unterform eines Onlinedienstleisters zu verstehen ist.

Wenn es darum geht, die Verantwortlichkeit eines einzelnen Akteurs zu bestimmen, gilt es somit, seinen «Tatbeitrag» zur rechtsverletzenden Handlung zu analysieren. Keine Teilnahmehandlung liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn der Beitrag «lediglich (irgendwie) von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichendem Zusammenhang mit der Tat selber steht.» [...] Die vorstehend zitierten Erwägungen des Bundesgerichts beziehen sich zwar auf die Verantwortlichkeit von Access Providern für rechtsverletzende Handlungen, doch lassen sie sich auch auf eine anspruchsbegründende Handlung anwenden. Der Lebenssachverhalt ist derselbe: es geht um den Akt des Zugänglichmachens, ob dieser nun auf vertraglicher Basis erfolgt, also mit Zustimmung des Rechteinhabers (und damit gemäss der neuen Regelung des Urheberrechts eine Zahlungspflicht unter dem GT 14 auslöst) oder auf ausservertraglicher Basis ohne Zustimmung des Rechteinhabers (in diesem Falle liegt eine Rechtsverletzung vor).»

Diese Ausführungen gilt es nun zu analysieren.

b) Keine Voraussetzung der Kenntnis einer Urheberrechtsverletzung, um als Teilnehmer zu gelten

Mit ihren Ausführungen zur Kenntnis einer (Urheber-) Rechtsverletzung als Voraussetzung einer Teilnahme daran wollen AUF DER MAUR/MÜHLEMANN wohl aussagen, dass nur diejenigen Personen, die ein Werk auf eine Plattform von Sharing-Diensten hochladen, das Werk zugänglich machen, nicht aber die Sharing-Dienste selbst. Weil die Sharing-Dienste nicht wissen würden und auch nicht wissen müssten, ob und was für Werke auf ihre Plattform hochgeladen werden, sollen die Sharing-Dienste nicht als Teilnehmer der die Werke hochladenden Personen gelten können. Anders gesagt sei den Sharing-Diensten die Zugänglichmachung der Werke über ihre Plattformen durch die hochladenden Personen rechtlich nicht zurechenbar.

Schon mit ihrer Grundannahme, dass eine Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung das Wissen oder Wissenmüssen um die Verletzung voraussetze, streuen einem AUF DER MAUR/MÜHLEMANN Sand in die Augen. Was sie nämlich so darstellen, als würde es der absolut herrschenden Meinung entsprechen, ist im besten Fall umstritten. Wohl vorwiegend ist nämlich die Ansicht, dass es keine «hinreichend konkrete Kenntnis» von der Rechtsverletzung braucht, um daran teilzunehmen.<sup>11</sup> Es reicht, dass objektiv betrachtet eine Teilnahmehandlung vorliegt. Auch der Verfasser dieser Entgegnung hat diese Ansicht in der sic! schon zwei Mal pointiert vertreten.<sup>12</sup> Die subjektive Komponente des Wissens oder Wissenmüssens wird erst bei der Frage nach möglichen Schadenersatzansprüchen relevant. «Mit Bezug auf das Verschulden gelten», so bringt es HESS-BLUMER zutreffend auf den Punkt, «die allgemeinen Grundsätze, wonach [...] Unterlassung auch vom gutgläubig Handelnden gefordert werden kann».<sup>13</sup>

Das Bundesgericht hat die Frage, ob eine Verletzung eines Urheberrechts voraussetzt, dass der Verletzer wissentlich oder zumindest fahrlässig unwissend handelt, bisher nicht entschieden. In BGE 145 III 72, in welchem es darum

ging, ob Access-Provider an Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden teilnehmen, hat sich das Bundesgericht nur mit der Kausalität des Tatbeitrags der Access-Provider auseinandergesetzt.<sup>14</sup> Weil es diese verneint hat, musste es keine weiteren Prüfungen vornehmen.

Dass Sharing-Dienste nicht wissen würden oder zumindest nicht wissen müssten, was für Werke über ihre Plattformen abrufbar sind, taugt also nicht als Argument, dass Sharing-Dienste diese Werke nicht zugänglich machen. Diesbezügliches Wissen oder Wissenmüssen ist nämlich nach überwiegender Meinung gar nicht vorausgesetzt. Auch wer nicht weiss, dass auf seiner Plattform ein Werk abrufbar ist, macht dieses zugänglich, sofern die Zurverfügungstellung der Plattform einen rechtlich relevanten Beitrag dafür darstellt.

Im Übrigen sei erwähnt, dass Sharing-Dienste sehr häufig ganz genau wissen, was für (audiovisuelle) Werke über ihre Plattformen abrufbar sind. Schon heute setzen nämlich viele Sharing-Dienste Upload-Filter ein, die ihnen eine Identifikation der hochgeladenen Werke erlauben.

c) Zurverfügungstellung einer Plattform als rechtlich relevanter Beitrag

aa) Allgemeines

Im zweiten oben zitierten Absatz geben AUF DER MAUR/MÜHLEMANN die bundesgerichtliche Rechtsprechung korrekt wieder und es ist auch zutreffend, dass diese Rechtsprechung, wonach für eine Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung ein kausaler Beitrag dazu verlangt wird, auf Sharing-Dienste anzuwenden ist. Eine solche Anwendung nehmen AUF DER MAUR/MÜHLEMANN jedoch nicht vor. Sie lassen es offen, ob Sharing-Dienste an der Zugänglichmachung der über ihre Plattformen abrufbaren Werke teilnehmen. Weil AUF DER MAUR/MÜHLEMANNS These lautet, dass Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren Werke nicht zugänglich machen, ist jedoch nicht auszuschliessen, dass AUF DER MAUR/MÜHLEMANN einen rechtlich relevanten Beitrag der Sharing-Dienste in Bezug auf die Zugänglichmachung ausschliessen. Dies wäre unzutreffend, wie nun aufzuzeigen ist.

- 11 Betrachtet man die Kommentarliteratur zum URG, MSchG und DesG, spricht sich einzig B. MÜLLER, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Stämpflis Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, URG 62 N 3 f., für eine Beachtlichkeit des Wissens oder Wissenmüssens der Rechtsverletzung aus. Für die Beachtlichkeit des Wissens oder Wissenmüssens treten weiter C. RIGAMONTI/M. WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018, 47 ff., ein.
- 12 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., und DERS., Noch einmal zur Passivlegitimation bei Urheberrechtsverletzungen – eine kurze Entgegnung auf den Beitrag von RIGAMONTI/WULLSCHLEGER in sic! 2018, 302 ff.
- 13 A. HESS-BLUMER, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2003, 104.
- 14 BGE 145 III 72 ff. E. 2.3.



bb) Vorbemerkung zum Recht der Vornahme urheberrechtlich relevanter Verwendungen

Das Strafrecht kennt unter dem Titel «Täterschaft und Teilnahme» eine ausgeklügelte und bewährte Dogmatik zur Frage, wer eine Straftat begeht und daran teilnimmt. Die Literatur dazu füllt Bibliotheken. Das Zivilrecht hingegen verfügt über keine etablierte Lehre zur Frage, wer bei einer Mehrheit von in Frage kommenden Personen an einer Handlung beteiligt ist, die eigentlich dem Rechteinhaber vorbehalten ist.<sup>15</sup> Insbesondere ist im Zivilrecht wenig geklärt, wo die Grenze zwischen einem Hauptverletzer<sup>16</sup> und einem blossen Teilnehmer an einer Rechtsverletzung<sup>17</sup> verläuft.<sup>18</sup>

Die fehlende dogmatische Aufarbeitung wird hier deshalb erwähnt, weil AUF DER MAUR/MÜHLEMANN stillschweigend davon ausgehen, dass Sharing-Dienste, wenn überhaupt, höchstens Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung sein können, aber niemals Hauptverletzer. Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Es ist in jedem Einzelfall zu überprüfen, welchen Personen, die an einer Urheberrechtsverletzung beteiligt sind, die Stellung als Hauptverletzer und welchen die Stellung als Teilnehmer zukommt.<sup>19</sup> Selbstverständlich kann es sein, dass es mehrere Hauptverletzer gibt.<sup>20</sup>

Vorliegend kann darauf verzichtet werden, zu entscheiden, ob Sharing-Dienste in Hinblick auf die Zugänglichmachung von Werken als Hauptverletzer oder Teilnehmer gelten. Für die Frage, ob Sharing-Dienste Schuldner der VOD-Abgabe sind, reicht es aus, wenn sie das eine oder andere sind. Da der rechtlich relevante Beitrag sowohl vom Hauptverletzer als auch vom Teilnehmer verlangt wird, kann man sich auf die bereits angekündigte Prüfung, ob ein Sharing-Dienst einen rechtlich relevanten Beitrag zur Zugänglichmachung leistet, beschränken. Dennoch ist es schon rein psychologisch geboten, im Hinterkopf zu behalten, dass auch Sharing-Dienste ohne Weiteres Hauptverletzer sein können, wenn es um Eingriffe in Urheberrechte geht.<sup>21</sup>

cc) Subsumtion

Ein rechtlich relevanter Beitrag zu einem Eingriff in ein Urheberrecht liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn der Beitrag für den Eingriffserfolg sowohl natürlich als auch adäquat kausal ist.<sup>22</sup> Die natürliche Kausalität ist gegeben, wenn ein Erfolg ohne den Beitrag nicht eintritt (*conditio sine qua non*). Die adäquate Kausalität hat das Bundesgericht im Access-Provider-Entscheid wie folgt umschrieben:

«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. Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist eine Begrenzung der Haftung.

Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein. 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.

Ein Teilnahmeverhalten kann [...] 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 [...].»

Dass der Beitrag der Sharing-Dienste natürlich kausal dafür ist, dass Werke über ihre Plattformen zugänglich sind, ist offensichtlich. Gäbe es die Plattformen nicht, wären die Werke nicht zugänglich.<sup>23</sup>

Auch die adäquate Kausalität ist ohne Weiteres zu bejahen. Die Plattformen der Sharing-Dienste sind nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht nur an sich geeignet, Werke zugänglich zu machen, sondern es ist die eigentliche Zweckbestimmung dieser Plattformen. Sharing-Dienste haben es also sogar darauf angelegt, dass Werke über ihre Plattformen zugänglich gemacht werden. Es wäre geradezu abstrus, die Zurverfügungstellung der Plattformen an Dritte, die darüber Werke zugänglich machen, nicht als adäquat kausalen Beitrag der Zugänglichmachung der Werke zu betrachten.

15 Siehe schon F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (Fn. 12), 453 (mit weiteren Hinweisen).

16 Im Strafrecht entspräche dies dem Mittäter.

17 Im Strafrecht entspräche dies dem Gehilfen.

18 Für den Versuch der Identifizierung von ersten urheberrechtsspezifischer Abgrenzungskriterien siehe F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (Fn. 12), 453.

19 F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (Fn. 12), 453. Anderer Ansicht V. SALVADÉ (Fn. 9), Rz. 40 ff., der – ohne Begründung – davon ausgeht, dass Plattformen wie YouTube stets nur Teilnehmer, aber nicht Hauptverletzer sein können.

20 F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (Fn. 12), 453.

21 F. SCHMIDT-GABAIN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet (Fn. 12), 460 ff.

22 BGE 145 III 72 ff. E. 2.2 und 2.3.

23 Auch V. SALVADÉ (Fn. 9), Rz. 13, geht davon aus, dass Plattformen wie YouTube einen kausalen Beitrag zur Zugänglichmachung leisten, unterscheidet aber nicht zwischen natürlicher und adäquater Kausalität.

## d) Fazit

Nach dem Gesagten ist klar, dass Sharing-Dienste die über ihre Plattformen abrufbaren audiovisuellen Werke zugänglich machen. Abschliessend ist nun darzulegen, dass Sharing-Dienste audiovisuelle Werke (auch) erlaubterweise zugänglich machen.

### III. Erlaubterweise Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken durch Sharing-Dienste

Wie gesehen ist nur Schuldner der VOD-Abgabe, wer audiovisuelle Werke erlaubterweise zugänglich macht. Zu präzisieren ist, dass es für die Schuldner-eigenschaft nicht notwendig ist, dass *ausschliesslich* erlaubterweise audiovisuelle Werke zugänglich gemacht werden. Mit anderen Worten ist auch derjenige Schuldner der VOD-Abgabe, der audiovisuelle Werke gleichzeitig erlaubterweise und unerlaubterweise zugänglich macht.

Ein Werk erlaubterweise zugänglich machen heisst wie gesehen, dass derjenige, der das Werk zugänglich macht, entweder Inhaber des Online-Rechts ist oder eine Lizenz zur Zugänglichmachung besitzt.

Dass Sharing-Dienste sämtliche der über ihre Plattformen abrufbaren audiovisuellen Werke erlaubterweise zugänglich machen, ist unwahrscheinlich. Selbst wenn das Hochladen von Werken durch Upload-Filter überprüft wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich auf den Plattformen der Sharing-Dienste audiovisuelle Werke befinden, an denen die Sharing-Dienste nicht berechtigt sind. Das heisst aber wie gesehen nicht, dass Sharing-Dienste keine VOD-Abgabe schulden. Auch wenn nur ein Teil der durch die Sharing-Dienste zugänglich gemachten audiovisuellen Werke erlaubterweise zugänglich gemacht werden, ist die VOD-Abgabe geschuldet. Dass bei den allermeisten Sharing-Diensten zumindest ein Teil der zugänglich gemachten audiovisuellen Werke erlaubterweise zugänglich gemacht werden, ist nun aufzuzeigen.

Eine Form des erlaubterweise Zugänglichmachens liegt etwa vor, wenn die Rechteinhaber selbst ihre audiovisuellen Werke auf die Plattform eines Sharing-Dienstes hochladen.<sup>24</sup> Durch den Akt des Hochladens und der damit verbundenen Zugänglichmachung ist nämlich zumindest eine stillschweigende Lizenz zu erblicken, die der Rechteinhaber dem Sharing-Dienst an seinem Online-Recht einräumt. Möchte man eine stillschweigende Lizenz einräumung verneinen, würde man sich in den Widerspruch eines *venire contra factum proprium* verstricken: Wer sein Werk auf die Plattform eines Sharing-Dienstes lädt, setzt sich in Widerspruch zu seinem Handeln, wenn er dem Sharing-Dienst das Recht vorenthalten will, das Werk zugänglichzumachen. Ist doch die Zugänglichmachung durch den Sharing-Dienst zwingende Folge des Hochladevorgangs. Häufig wird aber eine stillschweigende Lizenzerteilung gar nicht nötig sein, weil sich der Sharing-Dienst die Lizenz am Online-Recht bereits durch seine AGB vom hochladenden Rechteinhaber einräumen lässt.

Eine weitere Form des erlaubterweise Zugänglichmachens liegt vor, wenn die Rechteinhaber dem Sharing-Dienst durch Verträge Globallizenzen an den Online-Rechten einräumen lassen und im Anschluss ein von der Globallizenz abgedecktes audiovisuelles Werk zugänglich gemacht wird. Beispiele für solche Verträge sind diejenigen, die Filmstudios mit Social-Media-Plattformen abgeschlossen haben. Auch der Vertrag, den die SUIISA mit YouTube abgeschlossen hat, gehört grundsätzlich zu dieser Art von Verträgen, auch wenn die in audiovisuellen Werken enthaltene Musik von der VOD-Abgabe ausgenommen ist.<sup>25</sup>

### IV. Schluss

Es konnte aufgezeigt werden, dass Sharing-Dienste Schuldner der VOD-Abgabe nach Art. 13a URG und Art. 35a URG sind. Bei der Ausarbeitung des Tarifs zur VOD-Abgabe gilt es dies zu berücksichtigen.

Mit der Feststellung, dass Sharing-Dienste Schuldner der VOD-Abgabe sind, ist nichts über die Sinnhaftigkeit oder Sinnlosigkeit dieser Abgabe gesagt. Dass letztere dem Verfasser grösser scheint als erstere, sei hier nicht verschwiegen – vor allem aufgrund der mit der VOD-Abgabe einhergehenden teilweisen Aufhebung der Vertragsfreiheit. Der Verfasser ist der Ansicht, dass Kulturförderung nicht über das URG, sondern die eidgenössischen und kantonalen Kulturfördergesetze erfolgen sollte.

Anstatt eine komplizierte, schwierig umzusetzende und die Freiheit beschneidende VOD-Abgabe ins URG aufzunehmen, hätte der Gesetzgeber besser eine gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, dass die Rechte an in User-generated-Content enthaltenen Werke kollektiv verwertet werden. Das würde den Rechteinhabern nicht nur finanziell mehr bringen als die VOD-Abgabe, sondern hätte aufgrund der Öffentlichkeit der Tarife auch einen beträchtlichen Transparenzgewinn zur Folge. Heute hütet zum Beispiel die SUIISA ihre Verträge, die sie mit Sharing-Diensten schliesst, wie Gollum seinen Ring, so dass nicht einmal die Auftraggeber – also die Urheberinnen und Urheber – wissen, was deren Inhalt ist.

Dass die VOD-Abgabe nicht die einzige wenig durchdachte Regelung der URG-Reform ist, spendet nur wenig Trost. Den findet man nur in der Philosophie: «Haben wir nicht auch bei den Alten schon vor der Zeit unseres Platon oft einen gewaltigen Kampf mit der Frechheit der Toren gekämpft?»<sup>26</sup>

24 Eine (sehr seltene) Ausnahme besteht, wenn die nicht einer Verwertungsgesellschaft angeschlossenen Urheber oder ihre Erben das audiovisuelle Werk hochladen. In diesem Fall ist nach Art. 13a Abs. 2 lit. a URG von vornherein keine VOD-Abgabe geschuldet.

25 Art. 13a Abs. 5 URG.

26 BOETHIUS, in: E. Gegenschatz/O. Gigon (Hg.), *Trost der Philosophie*, Erstes Buch, Zürich 1952, 11, Übersetzung von E. Gegenschatz/O. Gigon (im lateinischen Original: «Nonne apud veteres quoque ante nostri Platonis aetatem magnum saepe certamen cum stultitiae temeritate certavimus?»).

## Zusammenfassung

Nach den am 1. April 2020 eingeführten Art. 13a URG und Art. 35a URG schuldet derjenige, der ein audiovisuelles Werk erlaubterweise zugänglich macht, eine Vergütung (VOD-Abgabe). Die Ansicht, dass Sharing-Dienste (wozu vor allem Social-Media-Dienste gehören) nicht Schuldner der VOD-Abgabe seien, weil sie die über ihre Plattformen abrufbaren Werke nicht zugänglich machten, ist unzutreffend. Durch die Zurverfügungstellung ihrer Plattformen leisten Sharing-Dienste einen adäquat kausalen Beitrag dafür, dass die über diese Plattformen abrufbaren Werke zugänglich sind, selbst wenn die Werke durch Dritte hochgeladen wurden. Die Zugänglichmachung der hochgeladenen Werke ist daher nicht nur den hochladenden Personen zuzurechnen, sondern auch den Sharing-Diensten. Ob diese wissen oder wissen müssen, was für Werke über ihre Plattformen abrufbar sind, spielt für die Frage, ob die Sharing-Dienste die Werke zugänglich machen, keine Rolle. Dass manche über die Plattformen von Sharing-Diensten abrufbaren audiovisuellen Werke unerlaubterweise zugänglich gemacht wurden, spielt ebenfalls keine Rolle. Es reicht, um Schuldner der VOD-Abgabe zu sein, wenn ein Teil der über die Plattformen von Sharing-Diensten abrufbaren audiovisuellen Werke erlaubterweise zugänglich gemacht wurde.

## Résumé

Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> avril 2020, des nouveaux art. 13a LDA et art. 35a LDA, quiconque met licitement à disposition une œuvre audiovisuelle doit verser une rémunération (redevance VOD). L'avis selon lequel les services de partage (qui comprennent principalement les réseaux sociaux) ne sont pas débiteurs de la redevance VOD parce qu'ils ne mettent pas à disposition eux-mêmes les œuvres qui sont accessibles sur leur plateforme est inexact. Le fait que les services de partage mettent à disposition leurs plateformes constitue un lien de causalité suffisant avec la mise à disposition des œuvres accessibles via ces plateformes – ceci même lorsque les œuvres sont mises en ligne par un tiers. La mise à disposition des œuvres publiées ne relève donc pas uniquement de la responsabilité de la personne les ayant mises en ligne, mais également des services de partage. La question de savoir si les services de partage savent ou doivent savoir quelles œuvres sont accessibles via leurs plateformes n'est pas décisive pour déterminer si ces services mettent les œuvres à disposition. Le fait que certaines œuvres audiovisuelles accessibles via les plateformes des services de partage aient été mises à disposition de manière illicite ne joue pas non plus de rôle: pour que le service de partage soit soumis à la redevance VOD, il suffit qu'une partie des œuvres audiovisuelles accessibles via ses plateformes aient été mises à disposition licitement.