

## «Swissmule.com»

**Kantonsgericht Graubünden vom 27. Juli 2006***Strafbarkeit des Herunterladens urheberrechtlich geschützter Dateien mittels Hash-Links*

Auslöser des vorliegend wiedergegebenen Entscheides waren Strafanträge gegen den Betreiber und gegen die Nutzer der Webseite «www.swissmule.com». Diese Webseite war in Foren unterteilt, die Beiträge zu verschiedenen Themen enthielten; u. a. enthielt eines der Foren Beiträge über Filme und sogenannte Hash-Links zu den entsprechenden Filmdateien in Peer-to-Peer-Netzwerken (P2P-Netzwerken). Die Hash-Links ermöglichten das Herunterladen der Filme aus dem Internet.

Hausdurchsuchungen beim Betreiber der Webseite und die Auswertung beschlagnahmter Datenträger identifizierten X. als einen der Nutzer der genannten Webseite. X. war geständig, über P2P-Netzwerke Filme aus dem Internet heruntergeladen und auf der Webseite selber Hash-Links aufgeschaltet zu haben. In einem Fall ergaben die Ermittlungen, dass X. für das Herunterladen einen Hash-Link auf der Webseite benutzt hatte, weitere Fälle gab X. zu. Während des Herunterladens waren die bereits heruntergeladenen Dateifragmente für den Upload verfügbar, was X. ebenfalls zugab gewusst zu haben.

**Aus den Erwägungen:**

[...]

3. *alaa*) Gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. e URG macht sich strafbar, wer vorsätzlich und unrechtmässig auf irgendeine Weise Werkexemplare herstellt. Herstellen bedeutet Vielfältigen eines Werkexemplares, wozu auch der Download im Internet gehört (D. BARRELET / W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutz-

rechte, 2. Aufl., Bern 2000, URG 10 N 2). Wer nämlich eine urheberrechtlich geschützte Datei via P2P-Netzwerk auf seine Festplatte herunterlädt und dort speichert, stellt eine identische Kopie dieser Datei und damit ein Werkexemplar her (C. SCHWARZENEGGER, Urheberrecht und Filesharing in P2P-Netzwerken. Die Strafbarkeit der Anbieter, Downloader, Verbreiter von Filesharing-Software und Hash-Link-Setzer, in: C. Schwarzenegger / O. Arter / F. S. Jörg (Hg.), Internet-Recht und Strafrecht, Bern 2005, 211). Das objektive Tatbestandsmerkmal der Unrechtmässigkeit der Herstellung ist mangels Einverständnis des Rechteinhabers in den Download beim Filesharing in P2P-Netzwerken regelmässig erfüllt. Zu beachten bleibt aber, dass gemäss Art. 19 Abs. 1 URG veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch zwar verwendet werden dürfen, jedoch der Download von urheberrechtlich geschützten Dateien nur dann unter den rechtmässigen Eigengebrauch fällt, wenn der P2P-Nutzer seine Sharing-Software so konfiguriert, dass ein gleichzeitiges Weitergeben der Datei bzw. der Datenpakete an weitere P2P-Nutzer unmöglich ist. Hinsichtlich des verlangten Vorsatzes genügt bei Art. 67 Abs. 1 lit. e URG Eventualvorsatz (A. GLARNER, Musikpiraterie im Internet. Urheberstrafrechtliche Betrachtungen, Bern 2002, 87).

*bb*) Nach Art. 67 Abs. 1 lit. f URG macht sich strafbar, wer vorsätzlich und unrechtmässig Werkexemplare anbietet, veräussert oder sonstwie verbreitet. Als Täter kommt hier also jeder P2P-User in Betracht, der eine Musik-, Film- oder Computerspieldatei oder Teile einer solchen auf seinem eigenen Rechner zum Down-

*URG 10 II a, 19 I a, 67 I e, f. Das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Dateien über ein P2P-Netzwerk stellt nur dann rechtmässigen Eigengebrauch dar, wenn die dazu verwendete Software so eingestellt ist, dass die gleichzeitige Weitergabe an andere P2P-Nutzer nicht möglich ist. Andernfalls erfüllt das Herunterladen sowohl den Tatbestand des unrechtmässigen Herstellens von Werkexemplaren als auch den Tatbestand des unrechtmässigen Anbietens, Veräusserns oder sonstwie Verbreitens von Werkexemplaren (E. 3a, b).*

*URG 67 I e, f; aStGB 25. Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e und f URG setzt in objektiver Hinsicht als Haupttat ein – mindestens versuchtes – unrechtmässiges Herunterladen oder unrechtmässiges Anbieten urheberrechtlich geschützter Dateien durch Dritte und eine diese Haupttat fördernde Gehilfenschaft voraus (E. 4a).*

*URG 67 I e, f; aStGB 21. Das Aktivieren eines Hash-Links löst automatisch das unrechtmässige Herunterladen urheberrechtlich geschützter Dateien aus und kann keinem anderen Zweck dienen, weshalb bereits das Anklicken eines solchen Links den Versuch zu einem unrechtmässigen Herunterladen darstellt (E. 4b).*

*URG 67 I e, f; aStGB 18 II, 25. Werden Hash-Links durch Dritte angeklickt, stellt das Setzen solcher Links bereits eine Gehilfenschaft sowohl zur Widerhandlung gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e als auch lit. f URG dar. Weil diese Links keinem*

*anderen Zweck als dem Herunterladen von Dateien dienen, ist auch der Vorsatz gegeben (E. 4c-e).*

*LDA 10 II a, 19 I a, 67 I e, f. Le téléchargement de données protégées par le droit d'auteur au moyen d'un réseau P2P ne constitue un usage licite à des fins privées que lorsque le logiciel employé à cette fin est programmé de telle manière que les données ne soient pas simultanément mises en partage avec d'autres utilisateurs du réseau P2P. Sinon, le téléchargement réaliserait les éléments constitutifs de la confection d'exemplaires d'une œuvre et de l'offre au public, de l'aliénation ou de la mise en circulation de quelque autre manière des exemplaires d'une œuvre (consid. 3a, b).*

*LDA 67 I e, f; aCP 25. La complicité de violation de l'art. 67 al. 1 let. e et f LDA suppose objectivement qu'il y ait une infraction principale, réalisée par un tiers, ou à tout le moins une tentative, consistant dans le téléchargement illicite ou l'offre illicite de données protégées par le droit d'auteur, et une activité complice favorisant la commission de cette infraction principale (consid. 4a).*

*LDA 67 I e, f; aCP 21. L'activation d'un lien hash déclenche automatiquement le téléchargement de données protégées par le droit d'auteur et ne peut servir à d'autres fins, raison pour laquelle le fait de cliquer sur un tel lien constitue une tentative de télécharger illicitement les données (consid. 4b).*

*LDA 67 I e, f; aCP 18 II, 25. Lorsque des tiers cliquent sur des liens hash, la mise à disposition de tels liens constitue un acte de complicité à la commission de l'infraction sanctionnée tant par la let. e que par la let. f de l'art. 67 al. 1 LDA. L'infraction est intentionnelle, dans la mesure où ces liens n'ont pas d'autre fonction que de permettre le téléchargement de données (consid. 4c-e).*

load Dritten bereitstellt (SCHWARZENEGGER, 216). Demnach erfüllt ein User, wenn er die Kopie eines Werkexemplars im Sharing-Bereich seines Rechners ablegt oder belässt, die objektive Tathandlung des Anbietens eines Werkexemplars, sobald er den Computer an das P2P-Netzwerk angeschlossen und die Sharing-Software aktiviert hat. Dabei kann das Bereitstellen zum Download auch als Sonstwie-Verbreiten im Sinne der Norm angesehen werden. Die Variante des Sonstwie-Verbreitens unterscheidet sich zur Variante des Anbietens im Kontext der P2P-Netzwerkkommunikation nur darin, dass das Sonstwie-Verbreiten neben dem blossen Bereitstellen zum Abruf noch zusätzlich mindestens eine aktive Datenübertragung durch den Täter voraussetzt (SCHWARZENEGGER, 220 f.). Das objektive Tatbestandsmerkmal der Unrechtmässigkeit ist auch diesfalls mangels Einverständnis des Rechteinhabers in den Download beim Filesharing in P2P-Netzwerken regelmässig erfüllt. Ausserdem kann beim Anbieten von Filmen in einem P2P-Netzwerk keine Rede mehr von einem rechtmässigen Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 URG sein, da das Anbieten von Dateien im Internet zum Abruf für jedermann klar darüber hinausgeht (SCHWARZENEGGER, 219). Hinsichtlich des verlangten Vorsatzes genügt bei Art. 67 Abs. 1 lit. f URG ebenfalls Eventualvorsatz.

b) X. ist geständig, wiederholt über das Programm «eMule» Filme aus dem Internet heruntergeladen und auf der Seite [«www.swissmule.com»] selber verschiedene Hash-Links gesetzt zu haben. In einem Fall wurde ausserdem ermittelt, dass er für den Download einen Hash-Link auf der Seite [«www.swissmule.com»] benutzt hatte. Weitere Downloads über Hash-Links auf der Seite [«www.swissmule.com»] wurden von X. zudem zugegeben. Ein Einverständnis des Berechtigten lag nie vor.

Während des Downloads waren die Dateifragmente automatisch auch für den Upload verfügbar, weshalb Eigengebrauch ausser Betracht fällt. X. wollte die Filme herunterladen, wobei er angab, gewusst zu haben, dass die Dateien während des Downloads Dritten zugänglich waren und dass das Herunterladen von Filmen bei gleichzeitigem Anbieten an Dritte nicht erlaubt ist. Insofern handelte er auch vorsätzlich, musste er doch auch damit rechnen, dass ein Download zum rechtmässigen Eigengebrauch bei offener Sharing-Funktion praktisch ausgeschlossen ist.

Folglich hat er durch sein Verhalten mehrfach gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e URG verstossen und sich strafbar gemacht, indem er Werkexemplare unrechtmässig und vorsätzlich hergestellt hat. Ebenso hat sich X. im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. f URG mehrfach strafbar gemacht, indem er durch sein Verhalten, wie eingestanden, Werkexemplare unrechtmässig und vorsätzlich angeboten oder sonstwie verbreitet hat.

4 a) Weiter ist zu prüfen, ob sich X. der mehrfachen Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e und f URG in Verbindung mit [a]Art. 25 StGB strafbar gemacht hat. Die Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e und f URG setzt in objektiver Hinsicht eine tatbestandsmässige Haupttat, d.h. einen illegalen Download bzw. ein unrechtmässiges Anbieten der Daten durch Dritte, sowie eine diese Haupttat fördernde Gehilfenschaft voraus. Als Hilfeleistung gilt jeder kausale Beitrag, der die Haupttat fördert, sodass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte (SCHWARZENEGGER, 232). Dabei genügt es nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für die Strafbarkeit des Gehilfen, wenn die Haupttat in strafbarer Weise versucht worden ist. Ein Anbieter, der um den illegalen Verwen-

dungszweck des von ihm Angebotenen weiss, macht sich folglich der Gehilfenschaft schuldig, sobald der Haupttäter in strafbarer Weise versucht, dessen Angebot zu nutzen (BGE 114 IV 114). In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz, wobei sich der Vorsatz des Gehilfen sowohl auf die Verwirklichung der Haupttat wie auch auf die eigene Beihilfehandlung beziehen muss.

b) Vorliegend wurden die Drittpersonen – Haupttäter hinsichtlich Art. 67 Abs. 1 lit. e URG – und die mittelbar durch diese über Hash-Links heruntergeladenen Filmdateien zwar nicht ermittelt. Immerhin hat die Auswertung der bei X. beschlagnahmten Datenträger aber gezeigt, dass die von ihm gesetzten Links angeklickt wurden. Dabei ist im Gegensatz zu anderen Arten von Links im Internet hier entscheidend, dass das Aktivieren eines Hash-Links automatisch den illegalen Download einer Filmdatei in einem P2P-Netzwerk auslöst und keinen anderen Zweck erfüllen kann. Insofern liegt schon im Anklicken der Hash-Links durch die User ein Versuch des unrechtmässigen Downloads. Es stellt die erste zielgerichtete Handlung und den entscheidenden Schritt auf dem Weg zur Deliktsverwirklichung dar, von dem es normalerweise kein Zurück mehr gibt (BGE 114 IV 114). X. ist auch geständig, selber Hash-Links gesetzt zu haben. Die Hash-Links hat er von anderen, illegalen Anbietern – Haupttäter hinsichtlich Art. 67 Abs. 1 lit. f URG – übernommen.

Somit ist die Voraussetzung der – mindestens versuchten – Haupttat sowohl hinsichtlich einer Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e URG wie auch hinsichtlich lit. f erfüllt.

c) Zu prüfen bleibt damit, worin die Hilfeleistung von X. lag. Wie soeben ausgeführt, ist dieser geständig, selber die erwähnten Hash-Links gesetzt zu haben. Damit hat X. Beihilfe

zum Download durch Dritte P2P-User geleistet. Dass die P2P-User den illegalen Download auch anderswo oder auf andere Art und Weise realisieren könnten, ist dabei irrelevant (SCHWARZENEGGER, 241 ff.). Das Setzen dieser Links fördert mittelbar auch das unrechtmässige Anbieten von Werkexemplaren durch die eigentlichen Anbieter, da die Hash-Links wie Verstärker der eigentlichen, illegalen Angebote wirken (SCHWARZENEGGER, 245). Hinzu kommt, dass die Dateien während des illegalen Downloads durch X. zugleich auch Dritten zugänglich waren.

d) Das Handeln des X. war auch vorsätzlich. So wusste er nicht nur, dass er durch das Setzen von Hash-Links illegale Downloads fördert. Vielmehr war es geradezu seine Absicht dadurch möglichst vielen P2P-Usern Downloads zu ermöglichen. Dafür spricht auch, dass die von ihm gesetzten Links gar keinen anderen Zweck verfolgten, als Datendownloads zu ermöglichen. Zudem will X. auch die jeweilige Vollendung der Haupttaten durch die Downloader, d.h. er will, dass durch die von ihm gesetzten Hash-Links Downloads getätigt werden. Er muss hierfür weder die genauen Umstände noch unbedingt die Haupttäter kennen.

e) Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass sich X. auch der mehrfachen Gehilfenschaft zur unrechtmässigen Herstellung von Werkexemplaren sowie der mehrfachen Gehilfenschaft zum unrechtmässigen Anbieten eines Werkexemplars gemäss Art. 67 Abs. 1 lit. e und f URG in Verbindung mit [a]Art. 25 StGB strafbar gemacht hat. [...]

Kü

#### Anmerkung:

*Das vorliegende Strafmandat ist einer der ersten Entscheide, der sich in der Schweiz mit dem Begriff des Hash-*

*Links, dem Herunterladen von Dateien mittels Hash-Links und dem Aufschalten solcher Links auf einer Internetseite auseinandersetzt (bekannt ist dem Autor ein weiterer, neuerer Entscheid in Sachen «Bittorrents24»; dieser Entscheid war dem Autor jedoch bislang im Wortlaut nicht zugänglich). Das Strafmandat gibt deshalb – aber nicht nur deshalb – zu verschiedenen Bemerkungen Anlass:*

1. *Der Begriff des Hash-Links ist im rechtlichen Umfeld relativ neu. Er hat seine Bedeutung vor allem im Zusammenhang mit Filesharing in solchen P2P-Netzwerken, die auf dem BitTorrent-Protokoll beruhen. Es handelt sich dabei um einen einfachen Link, der auf eine Datei mit sogenannten Hash-Werten verweist. Hash-Werte sind mathematisch errechnete Zahlenfolgen, die es u. a. erlauben, eine herunterzuladende Datei oder Dateifragmente auf fremden Rechnern zu identifizieren. Nach dem Anklicken des Links wird die Hash-Werte-Datei auf den Rechner heruntergeladen und ermöglicht es der Filesharing-Software, die eigentlich gewünschte Datei im Internet aufzufinden und herunterzuladen. Ein weiteres Merkmal des Filesharing über BitTorrent-Netzwerke besteht darin, dass die Filesharing-Software – soweit nicht anders konfiguriert – die bereits heruntergeladenen Dateifragmente schon während des Herunterladens der restlichen Dateifragmente wieder zum Upload bereitstellt. Damit unterscheiden sich solche P2P-Netzwerke von älteren Netzwerken, die vor einem Upload das Herunterladen der ganzen Datei erforderten.*

2. *Mittlerweile ist es in der Schweiz wohl herrschende Lehre, dass das bloss Herunterladen von veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werken (mit Ausnahme von Software; Art. 19 Abs. 4 URG) durch Einzelpersonen für die eigene Verwendung erlaubten Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG darstellt (vgl. nur SCHWARZENEGGER, 226 f.; Botschaft zur URG-Revision, BBl 2006, 3429f.).*

Dies unabhängig davon, ob das zu kopierende Werkexemplar seinerseits rechtmässig hergestellt worden ist. Das ist konsequent, besteht doch das Recht des Urhebers nicht an einem bestimmten Werkexemplar, sondern am unkörperlichen, abstrakten Werk an sich. Urheberrechtlich ist es deshalb ohne Bedeutung, auf welchem Werkexemplar eine weitere Kopie des Werks beruht.

Werden aber Dateien oder Dateifragmente bereits während des Herunterladens wieder zum Upload bereitgestellt (oft wird in diesem Zusammenhang auch von «gleichzeitigem Weitergeben» gesprochen), stellt dies grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1 lit. f URG (unrechtmässiges Anbieten, Veräussern oder sonstwie Verbreiten von Werkexemplaren) dar. Durch dieses gleichzeitige Weitergeben, so nun das Bündner KGer, liege auch beim Herunterladen kein rechtmässiger Eigengebrauch mehr vor, sondern der Benutzer mache sich zugleich eines Verstoßes gegen Art. 67 Abs. 1 lit. e URG (unrechtmässiges Herstellen von Werkexemplaren) schuldig (E. 2a/aa).

Diese Argumentation hält genauerer Betrachtung nicht stand: Selbst wer seine Filesharing-Software nicht entsprechend konfiguriert und heruntergeladene Dateifragmente – sei es vorsätzlich oder bloss eventualvorsätzlich – wieder zum Upload bereitstellt, erfüllt in Bezug auf das Herunterladen weiterhin den Tatbestand des erlaubten Eigengebrauchs – solange das Herunterladen zum Zweck der eigenen Verwendung erfolgt. Der Begriff des

«gleichzeitigen Weitergebens» verstellt zudem den Blick auf die Tatsache, dass auch im Falle des Herunterladens über Hash-Links die Dateifragmente zunächst lokal gespeichert werden müssen, bevor ein Upload erfolgen kann. Zumindest das Herunterladen des Dateifragments muss also abgeschlossen sein, bevor eine Weitergabe möglich ist. Aus technischer Sicht liegt also gar kein «gleichzeitiges» Weitergeben vor; der Sachverhalt unterscheidet sich auf der Ebene der Dateifragmente also nicht von demjenigen des Herunterladens und erst späteren Weitergebens einer vollständigen Datei. Aus diesen beiden Gründen kann es auch beim Herunterladen über Hash-Links nur um den Tatbestand von Art. 67 Abs. 1 lit. f URG gehen. Hat der Benutzer seine Software so eingerichtet, dass die heruntergeladenen Dateifragmente nicht zum Upload freigegeben werden, liegt auch keine Widerhandlung gegen diesen Tatbestand vor.

Nebenbei kann man sich aus urheberrechtlicher Sicht sogar fragen, ob Dateifragmente überhaupt unter den Tatbestand von Art. 67 URG fallen: Solange nämlich ein solches Dateifragment für sich, als blosse Ansammlung binärer Information, keinen Rückschluss auf das geschützte Werk zulässt und damit mangels individuellem Charakter nicht unter den urheberrechtlichen Werkbegriff fällt (Art. 2 URG) oder zumindest nicht als Werkkopie identifizierbar ist, fehlt es zur Anwendung von Art. 67 URG am entscheidenden Tatbestandsmerkmal.

3. Die Gehilfenschaft in Bezug auf Art. 67 Abs. 1 lit. e URG nahm das

Bündner KGer leichthin an; auch hier hält die Argumentation des Gerichts einer Überprüfung nicht stand bzw. strapaziert das Prinzip «in dubio pro reo» in erheblichem Masse. Obwohl im zu beurteilenden Fall kein Haupttäter ermittelt worden war, ging das Gericht vom Vorliegen einer Haupttat aus: Die Auswertung der beschlagnahmten Datenträger habe gezeigt, dass die von X. gesetzten Hash-Links angeklickt worden seien. Das Anklicken eines Hash-Links löse automatisch das illegale Herunterladen einer Datei aus und könne keinem anderen Zweck dienen (E. 4b). Dies widerspricht den eigenen Ausführungen des Gerichts, wonach jedenfalls dann erlaubter Eigengebrauch und kein illegales Herunterladen vorliegt, wenn die Filesharing-Software so konfiguriert ist, dass Dateifragmente nicht gleichzeitig weitergegeben werden (E. 3a/aa). Das blosse Anklicken des Hash-Links reicht damit jedenfalls nicht aus, um vom Vorliegen einer Haupttat auszugehen. In dem vom Bündner KGer zitierten Entscheid des BGer konnten die in Frage stehenden Sperrkreisfilter hingegen tatsächlich nur zum deliktischen Einsatz als Decodiergeräte verwendet werden (BGE 114 IV 114).

Die Diskussion um den erlaubten Eigengebrauch und das strafbare Anbieten von urheberrechtlich geschützten Dateien ist jedenfalls mit dem vorliegenden Entscheid nicht abgeschlossen.

lic. iur. Marcel Küchler  
Rechtsanwalt, Zürich