

Freie Bahn für Inserate-Klau?

Nach dem Bundesgerichts-Urteil im Fall Nexpage -
„Spidering“ und wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz im
Widerstreit

Dr. iur. Reto Arpagaus LL.M.

Ausgangslage | die Klägerinnen

- 5 Anbieter von Online-Marktplätzen - reine Online-Dienstleister und Online-Abteilungen von Print-Verlagen
- akquirieren Immobilieninserate von Anbietern, die sie *gegen Vergütung* auf ihren Plattformen im Internet zum Abruf bereit halten
- ermöglichen Internet-Nutzern die *kostenlose* Suche nach Inseraten, die auf ihren Plattformen publiziert sind
- verkaufen Banner-Inserate auf ihren Marktplätzen

Ausgangslage | der Beklagte

- betreibt ebenfalls eine Online-Plattform im Internet, auf welchen Immobilieninserate platziert und abgefragt werden können
- „akquiriert“ Inserate durch sog. Such-Spider, Web-Crawler etc. bei den Klägerinnen
- sucht mittels einer Spider-Software die Inseratedatenbanken der Klägerinnen automatisiert und rund um die Uhr nach Inseraten ab
- publiziert die Fundmenge als „Meta“-Marktplatz für Immobilien in der Schweiz
- Abfrage ursprünglich über 0900-Nr., im Verlauf des Verfahrens dann aber gratis

Wo liegt das Problem?

- Es *freuen* sich:
 - Der Beklagte: Er generiert traffic auf seiner Website und steigert deren Attraktivität - zu Lasten derjenigen der Klägerinnen
 - Die Nachfrager von Immobilieninseraten, d.h. die Wohnungssuchenden: sie müssen (theoretisch) nur noch an einem Ort suchen
- Es *ärgern* sich:
 - Die Klägerinnen: Ihre Akquisitions- und Marketingaufwendungen werden abgeschöpft
 - Die Inserenten: Ihr Inserat wird möglicherweise an einem Ort oder zu einem Zeitpunkt publiziert, den sie nicht wünschen

Der Rechtsweg – schnell erzählt

- Die Klägerinnen klagen im Mai 2001 gegen den Beklagten, um ihm seine Spider-Tätigkeit gerichtlich verbieten zu lassen
- Die Klage stützt sich im Wesentlichen auf Art. 5 lit. c und Art. 2 UWG sowie auf Art. 641 und 928 ZGB
- Die beiden kantonalen Instanzen und schliesslich im Februar 2005 das Bundesgericht weisen die Klage ab

Die rechtliche Ausgangslage | Art. 5 lit. c UWG

- Unlauter handelt, „wer das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.“
 - Marktreifes Arbeitsergebnis eines andern
 - Übernahme und Verwertung („als solches“)
 - Durch technische Reproduktionsverfahren
 - **Ohne angemessenen eigenen Aufwand**
- Schöne Trennung in der Theorie – völlige Vermischung in der Realität

Die rechtliche Ausgangslage | Art. 5 lit. c UWG

- Allgemeine (Er-)Klärungen des BGer:
 - *Verhaltensunrecht* – kein Schutz für eine neue Kategorie von Rechtsgütern, insbesondere kein neues Immaterialgut
 - Anwendungsbereich von Art. 5 lit. c UWG wird durch die einzelnen Tatbestandselemente „eng begrenzt“
 - Absage an den Begriff „wettbewerbsrechtlicher *Leistungsschutz*“
 - „Schutz vor parasitärem Wettbewerb mit Mitteln der technischen Reproduktion“

Marktreifes Arbeitsergebnis eines anderen

- Inseratedaten als Arbeitsergebnisse?
 - BGer: Einzelne Inserate sind blosse Teile des Arbeitsergebnisses, die aber selbständig verwertbar sind
 - Ansammlung elektronisch gespeicherter Daten, d.h. es liegt eine „Datenbank“ vor
- Marktreife?
 - wenn das Produkt ohne weiteres Zutun gewerblich verwendet werden kann
- „Daten der Klägerinnen“ (BGer)

Technisches Reproduktionsverfahren

- Direkte und unmittelbare Übernahme einer fremden Leistung
- Notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für Unlauterkeit

Übernahme und Verwertung (als solches)

- Unbestritten, dass Beklagter in qualitativer Hinsicht auf jeden Fall wesentliche Teile fremder Datenbestände übernimmt
- „unmittelbare“ Übernahme (vom BGer als Zitat erwähnt)
- „unmittelbare“ Verwertung? Ja – nach einlässlicher Diskussion und Auslegung des Gesetzes
- BGer: UWG 5 setzt voraus, dass weder bei der Übernahme des fremden Arbeitsergebnisses durch ein technisches Reproduktionsverfahren noch bei der Verwertung ein „*angemessener eigener Aufwand*“ betrieben wird

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 1

- Unlauterkeit liegt in der *Art und Weise der Übernahme*
- Einsparung des zur Nachschaffung des übernommenen Produkts erforderlichen Aufwandes; im Einzelfall zu entscheiden
- Botschaft: *Doppelter Aufwandvergleich* (vom BGer sanktioniert)
 - Vergleich Aufwand Erstbewerber mit Aufwand Zweitbewerber
 - Vergleich effektiver Aufwand Zweitbewerber bei der Übernahme mit hypothetischem Aufwand Zweitbewerber bei Nachschaffung

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 2

- Erstbewerberaufwand
 - Akquisitions- und Marketingaufwand
 - aktivierte Investitionen
 - „Unternehmensaufwand“ bei reinen Online-Plattformen
- Zweitbewerberaufwand
 - Programmierung Such-Spider, mit Sammeln, Filtern und Zusammenfügen von riesigen Datenmengen
 - Stetige Anpassung der Programmierung nötig
 - Veredelung der Inseratedaten mit Regional-Karten, ÖV-Anbindung, Steuerinformationen etc.

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 3

- Welcher Aufwand ist relevant (OGER)?
- Erstbewerber:
 - Keine Ausführungen, da aus Sicht OGER nicht zu prüfen
- Zweitbewerber:
 - Gesamter „Übernahmeaufwand“, d.h. eigentlicher „Reproduktionsaufwand“ + sog. „Weiterentwicklungs- und Variationsaufwand“
 - Nicht (1) Beschaffungskosten für die Reproduktionsgeräte und nicht (2) Aufwand zur Überwindung etwaiger Kopiersicherungen

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 4

- Welcher Aufwand ist relevant (BGer)?
 - Erstbewerber: Nur der zur erstmaligen Herstellung der Daten *objektiv nötige* Aufwand ist relevant
 - Mögliche Amortisation des Erstbewerberaufwandes ist zu berücksichtigen
 - Zweitbewerber: Umstritten. Nach h.L. Reproduktions-, Weiterentwicklungs- und Variationsaufwand
 - Dazu gehört der Programmieraufwand für Spider zur Übernahme und Aufbereitung der Daten (Zerlegung und Neu-Zusammensetzung) $><$ Anschaffung des Reproduktionsgeräts

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 5

- Beurteilung im vorliegenden Fall:
 - 1. Instanz: Anfängliche Programmierung des Such-Spiders, Filtrierung der Daten sowie Anpassung der Programmierung stellen einen nicht mehr bloss „geringen Aufwand“ dar, weshalb Tatbestand nicht erfüllt sei.
 - 2. Instanz: Kein blosses Einscannen; es wird „ein gewisser, d.h. mehr als minimaler Aufwand betrieben“; Eingehen auf den Aufwand der Klägerinnen erübrige sich...
 - BGer: Klägerinnen haben den objektiv für die erstmalige Herstellung der Daten nötigen Erstbewerberaufwand nicht rechtsgenügend substantiiert.

Ohne angemessenen eigenen Aufwand | 6

- Der „Aufwand mit dem Aufwand“
 - Print-/Online und reine Online-Unternehmen
 - Revidierte Jahresrechnungen mit Auszügen aus Buchhaltung genügen nicht – externe Partei-Gutachten?
 - Wer beurteilt, ob der nachgewiesenermassen betriebene Aufwand auch objektiv nötig war?

Art. 5 lit. c UWG | Art. 2 UWG

- 1. Instanz: Art. 5 lit. c UWG regelt den vorliegenden Fall abschliessend, weshalb für Anwendung von Art. 2 UWG kein Raum bleibt.
- 2. Instanz: Bei Art. 5 lit. c UWG steht der im technischen Reproduktionsverfahren enthaltene Verhaltensunwert im Vordergrund. Art. 2 UWG *allenfalls und nur dann* anwendbar, wenn Übernahme *nicht* mittels technischem Reproduktionsverfahren stattfindet.
- BGer: Verhältnis offen gelassen, da Klägerinnen den Erstbewerberaufwand nicht substantiiert haben

Art. 2 UWG | eigenständige Bedeutung

- 1. und 2. Instanz: Keine Prüfung
- BGer: „Systematische Ausbeutung“ als selbständige Fallgruppe von Art. 2 UWG bestätigt
- Tatbestand aber verneint: kein systematisches Heranschleichen der Beklagten an die Leistungen der Klägerinnen
 - Übernommene Daten sind veröffentlichte, frei zugängliche Immobilien-Inserate
 - „als solche“ immaterialgüterrechtlich nicht geschützt
 - Herstellung bedarf keines Aufwandes, der die systematische Übernahme allgemein als unlauter erscheinen lässt
 - Klägerinnen steht es frei, selber zu spidersn...

Folgerung

BGer (S. 14):

„Vielmehr steht es den Klägerinnen frei, ihrerseits ihr Angebot an Immobilien-Inseraten zu vergrössern, indem sie dieses durch Inserate ergänzen, die auf anderen einschlägigen Websites veröffentlicht werden.“

BGer (S. 10):

Ob der Zweitbewerberaufwand im Verhältnis zum Erstbewerberaufwand derart unbedeutend erscheint, dass Übernahme dennoch ohne angemessenen Aufwand stattfindet, könne offen gelassen werden, da der Erstbewerberaufwand nicht substantiiert sei.

Inserate-Klau ist nicht bedingungslos zulässig

Was ist aus diesem Fall sonst noch mitzunehmen

- Wagt ein Unternehmen „mit einer interessanten Dienstleistung den Schritt ins www, so liegt es in der Natur der Sache, dass der Wettbewerbsvorsprung *von vorneherein minimalisiert* wird“ (OGer).
 - Internet definiert den Standard für die Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung neu...
- Spider = (Teil einer) Suchmaschine („Google-Analogie“)?
- „unmittelbare“ Übernahme = Übernahme „als solches“ = Übernahme durch technisches Reproduktionsverfahren = Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand



Besten Dank.

reto.arpagaus@bep-zh.ch