

Dr. Daniel Hürlimann

## Replik: Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage

---

Dans sa contribution publiée dans Jusletter du 6 mai 2013, le Prof. Thomas Hoeren a mis la Suisse en garde contre l'introduction d'un droit spécifique de protection des prestations pour les éditeurs, afin qu'elle ne commette pas les mêmes erreurs que l'Allemagne. Avec cette réplique, l'auteur souhaite amener quelques précisions sur la situation juridique suisse et les dangers potentiels et montrer ainsi que la situation en Suisse est bien différente de celle existant en Allemagne. (sl)

---

Domaine(s) juridique(s) : Droit d'auteur ; Informatique et droit ; Contributions

Proposition de citation : Daniel Hürlimann, Replik: Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage, in : Jusletter 13 mai 2013

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zum urheberrechtlichen Schutz von Snippets
3. Konkludente Einwilligung
4. Zur Anwendbarkeit der Zitierfreiheit
5. Social Media
6. Exkurs: Kartellrecht
7. Fazit

## 1. Einleitung

[Rz 1] Auch wenn die Urheberrechtsgesetze in Deutschland und der Schweiz nicht fundamental verschieden sind, gibt es doch einige Unterschiede, welche sich gerade im vorliegenden Kontext nicht unerheblich auswirken. Der Autor geht mit HOEREN einig, dass die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage unabhängig von der Jurisdiktion der falsche Weg ist, um Geschäftsmodelle aus dem 19. ins 21. Jahrhundert zu retten. Die folgenden Ausführungen sollen jedoch zeigen, dass die Rechtslage in der Schweiz nicht die genau gleiche ist wie in Deutschland und dass demzufolge auch die Einführung eines Leistungsschutzrechts nicht die gleichen Folgen nach sich ziehen würde.

## 2. Zum urheberrechtlichen Schutz von Snippets

[Rz 2] Gemäss HOEREN erreichen Snippets die für den urheberrechtlichen Schutz erforderliche Schöpfungs- bzw. Gestaltungshöhe (regelmässig) nicht<sup>1</sup>. Ob dies für das deutsche Recht allgemein gilt, ist bereits fraglich<sup>2</sup>.

[Rz 3] Zwar äussert sich auch die schweizerische Urheberrechtslehre dahingehend, dass Snippets i.d.R. keine Werkqualität erreichen<sup>3</sup>. Entscheidend ist jedoch, dass dies nur eine geschätzte Mehrheit der Fälle betrifft. In anderen Fällen können Snippets dagegen sehr wohl Werkqualität erreichen,

zumal in Ausnahmefällen sogar Einzelworte schutzfähig sein sollen<sup>4</sup>.

[Rz 4] Der Schutz von Snippets besteht somit in gewissen Fällen bereits heute und würde nicht erst durch die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage geschaffen. Ändern würde sich lediglich der Anteil der geschützten Snippets innerhalb der Suchergebnisse.

## 3. Konkludente Einwilligung

[Rz 5] Wie in Deutschland<sup>5</sup> gilt auch in der Schweiz, dass Website-Betreiber mit dem ungeschützten Anbieten von Inhalten konkludent in die Erfassung durch Suchmaschinen einwilligen<sup>6</sup>. Diese Einwilligung können sie nur durch Zuhilfenahme des Robots Exclusion Standards (oder mittels Errichtung eines Passwortschutzes bzw. einer Paywall<sup>7</sup>) widerrufen<sup>8</sup>. Dies verhindert zwar nicht technisch eine Erfassung, aber die grössten Suchmaschinen beachten die via Robots Exclusion Protocol geäusserten Vorgaben und machen dieses somit zum De-Facto-Standard<sup>9</sup>.

[Rz 6] Da die Einwilligung nicht anderweitig widerrufen werden kann, muss die Beachtung des Robots Exclusion Standards verbindlich sein, weil den Website-Betreibern ansonsten die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihrer Rechte genommen würde<sup>10</sup>. Eine Einschränkung ist dahingehend zu machen, dass die Erfassung von Webseiten, die nicht urheber- oder anderweitig rechtlich geschützt sind, auch ohne Einwilligung zulässig wäre. Weil aber nicht automatisiert festgestellt werden kann, ob eine Webseite im Einzelfall die erforderliche Schöpfungshöhe erreicht<sup>11</sup>, bleibt den Suchmaschinenbetreibern nur die generelle Beachtung der via Robots Exclusion Standard kundgegebenen Anweisungen<sup>12</sup>.

[Rz 7] Machen Website-Betreiber von den technischen Möglichkeiten zur Nichterfassung keinen Gebrauch, willigen sie in

<sup>1</sup> Thomas HOEREN, Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage, in: Jusletter 6. Mai 2013, Rz. 7, 26, 29.

<sup>2</sup> Urteil des BGH I ZR 12/08 vom 1. Dezember 2010 (Perlentaucher), Rn. 54, wonach Urheberrechtsschutz von einzelnen Wörtern oder knappen Wortfolgen *meist* daran scheitern wird, dass diese für sich genommen nicht hinreichend individuell sind. Ferner Stephan OTT, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, GRUR Int. 2007, S. 564; Katharina SCHMITZ, Haftung für Links, Zur Verantwortlichkeit des Hyperlinksetzers und Suchmaschinenbetreibers unter besonderer Berücksichtigung von Verkehrs- und Garantienpflichten, Diss. Göttingen, Frankfurt am Main 2006, S. 189.

<sup>3</sup> Philippe GILLIÉRON, Google Actualités: faux problème ou vrai danger pour les éditeurs de presse?, medialex 2010, S. 74; Sandro MACCIACCHINI, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Stämpflis Handkommentar, Art. 25 N 15; Daniel HÜRLIMANN, Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, S. 92 f.

<sup>4</sup> Roland von BÜREN/Michael A. MEER, Der Werkbegriff, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, S. 80.

<sup>5</sup> HOEREN (Fn. 1), Rz. 12, 14; Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder), Rn. 36; Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II), Rn. 27.

<sup>6</sup> Zur konkludenten Einwilligung in die Vervielfältigung: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 67 f.; zur konkludenten Einwilligung in die Zugänglichmachung: ebenda, S. 81 f.; vgl. auch Pierre-Emmanuel RUEDIN, La citation en droit d'auteur, Thèse Neuchâtel, Bâle 2010, N 485.

<sup>7</sup> Bei diesen Konstellationen stellt sich die Frage nach einer konkludenten Einwilligung eigentlich nicht, weil die so geschützten Webseiten schon aus technischen Gründen nicht erfasst werden können.

<sup>8</sup> Zum Widerruf der Einwilligung: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 68 f.

<sup>9</sup> Zu den technischen Möglichkeiten zur Nichterfassung: HOEREN (Fn. 1), Rz. 12; Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 19 f.

<sup>10</sup> Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 69.

<sup>11</sup> So auch HOEREN (Fn. 1), Rz. 22.

<sup>12</sup> Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 155 f.

die Erfassung durch Suchmaschinen ein. Daran ändert auch ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage nichts.

#### 4. Zur Anwendbarkeit der Zitierfreiheit

[Rz 8] Weder bei Snippets noch bei Thumbnails in Suchtrefferlisten ist eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den verlinkten Inhalten zu erkennen. Entgegen der Darstellung von HOEREN<sup>13</sup> ist jedoch sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz umstritten, ob es eine solche für die Anwendbarkeit der Zitierfreiheit braucht<sup>14</sup>.

[Rz 9] Betrachtet man den Gesetzeswortlaut, ist der Spielraum in Deutschland mit § 51 UrhG<sup>15</sup> jedoch erheblich enger als in der Schweiz mit Art. 25 URG. Letzterer nennt explizit drei verschiedene Zitzwecke: die Erläuterung, den Hinweis und die Veranschaulichung. Ein Teil der Lehre will den Gesetzeswortlaut letztlich auf die Erläuterung reduzieren<sup>16</sup>; andere Stimmen sprechen sich für einen eigenständigen Hinweiszweck aus<sup>17</sup>.

[Rz 10] Nebst dem Zitzweck wird in Art. 25 Abs. 1 URG für die Zulässigkeit eines Zitats des Weiteren ein verhältnismässiger Zitzumfang verlangt. Dieser dürfte bei Snippets im Umfang bis zu 30 Wörtern m.E. erfüllt sein<sup>18</sup>.

[Rz 11] Fraglich ist unter diesem Aspekt dagegen die

Zulässigkeit der neuen Google Bildersuche<sup>19</sup>, welche Bilder nicht mehr nur in Thumbnail- d.h. Daumennagelgrösse, sondern mit Auflösungen von bis zu 960 Pixel in der Breite und 625 Pixel in der Höhe anbietet<sup>20</sup>. Der Suchmaschinennutzer wird damit geradezu davon abgehalten, die Originalseite zu besuchen, was das Interesse der entsprechenden Website-Betreiber an der Erfassung durch (Bilder-)Suchmaschinen in vielen Fällen wegfallen lassen dürfte. Auf den ersten Blick erscheint fraglich, ob unter diesen Umständen noch von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden kann<sup>21</sup>. Bei näherer Betrachtung erscheint eine solche jedoch gar nicht notwendig, weil durch die Verwendung von Inline-Links<sup>22</sup> weder eine Vervielfältigung<sup>23</sup> noch eine Zugänglichmachung<sup>24</sup> gegeben ist. Denkbar ist dagegen ein Verstoss gegen Art. 5 lit. c UWG, wonach unlauter handelt, «wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.»<sup>25</sup> Während in der Anzeige von Snippets und Thumbnails m.E. noch keine unlautere Übernahme und Verwertung ohne angemessenen eigenen Aufwand zu erblicken war<sup>26</sup>, könnte dies bei der Einbindung von Bilddateien in der erwähnten Auflösung anders beurteilt werden. Sollte auch die neue Bildersuche von der Rechtsprechung geschützt werden<sup>27</sup>, ist davon auszugehen, dass Website-Betreiber vermehrt dazu übergehen werden,

<sup>13</sup> HOEREN (Fn. 1), Rz. 22, 28.

<sup>14</sup> Zur Rechtslage in Deutschland: Thomas DREIER, Thumbnails als Zitate? – Zur Reichweite von § 51 UrhG in der Informationsgesellschaft, in: Uwe Blaurock/Joachim Bornkamm/Christian Kirchberg (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 225 ff.; für die Schweiz: Daniel HÜRLIMANN, Zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen, in: Jusletter 30. April 2012.

<sup>15</sup> § 51 UrhG: «Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn 1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden, 2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden, 3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden.»

<sup>16</sup> SHK URG-MACCIACCHINI (Fn. 3), Art. 25 N 11; Marc O. MORANT, Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht, Diss. Basel 2006, S. 170; RÜEDIN (Fn. 6), N 441; Corinne TAUFER-LAFFER, Anreicherungen von Online-Bibliothekskatalogen, in: Anne Cherbuin/Bernhard Degg/Liliane Regamey (Hrsg.), Digitale Bibliotheken und Recht, Zürich 2011, S. 65 f.

<sup>17</sup> HÜRLIMANN (Fn. 14), Rz. 21; Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 93; so auch Vincent SALVADÉ, Responsabilité des auteurs de liens et des exploitants de moteurs de recherche, in: Nathalie Tissot (Hrsg.), Quelques facettes du droit de l'Internet: Volume 6, Droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, Neuchâtel 2005, S. 92; AIPPI Working Committee Q216B, Group Report Switzerland vom 25. April 2011, S. 8: «Even if a small part of the content is included with the link, it is likely that the limitation for citation (Art. 25 CA) will apply» (CA steht für Swiss Copyright Act, also das URG).

<sup>18</sup> Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 93.

<sup>19</sup> Siehe dazu PCTipp.ch vom 25. Januar 2013: Google verschönert Bildersuche. Die Ausführungen zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen in der Jusletter-Ausgabe vom 30. April 2012 sind damit veraltet.

<sup>20</sup> Abhängig von der Bildschirmauflösung des Nutzers; getestet am 9. Mai 2013 mit einer Bildschirmauflösung von 1680 x 1050 Pixel.

<sup>21</sup> Zur m.E. problematischen Ausdehnung dieser Rechtsfigur in der deutschen Rechtsprechung: HÜRLIMANN (Fn. 14), Rz. 11 ff.

<sup>22</sup> Für eine Definition des Inline-Links Reto M. HILTY, Zur Zulässigkeit des «Link» – Rechtliches Damoklesschwert für die Internettechnologie?, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty/Rolf Auf der Maur (Hrsg.), Geschäftsplattform Internet III, Zürich 2002, S. 127.

<sup>23</sup> Zum Vervielfältigungsrecht und dessen Relevanz im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Nutzung einer Suchmaschine: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 43 ff.

<sup>24</sup> Zur Qualifikation von Links unter dem Blickwinkel des Rechts auf Zugänglichmachung: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 48 f.; a.M. für das deutsche Recht: Stephan OTT, Die neue Google-Bildersuche – Urheberrechtswidrig?: «Ebenso könnte man daran denken, dass dieser Fall vom Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) erfasst wird.»

<sup>25</sup> Vgl. dazu die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Fluri vom 23. September 2009: «Die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Verleger wurde anlässlich der Totalrevision des Urheberrechts geprüft. Es wurde darauf verzichtet, weil die Verleger bereits durch Artikel 5 Buchstabe c des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241) über einen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz verfügen und weil man Mehrfachentschädigungen vermeiden wollte.»

<sup>26</sup> Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 58 f.

<sup>27</sup> Eine Gelegenheit zur gerichtlichen Beurteilung wird es bald geben, weil der deutsche Fotografen-Berufsverband Freelens gegen die neue Google-Bildersuche klagt; siehe dazu die News-Meldung von heise Foto vom 26. April 2013: Fotografen-Verband klagt gegen neue Google-Bildersuche.

ihre Bilder per Robots Exclusion Standard von der Erfassung durch Suchmaschinen auszuschliessen.

## 5. Social Media

[Rz 12] Abschliessend soll noch kurz auf die von HOEREN befürchteten Auswirkungen eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage auf Social Media<sup>28</sup> eingegangen werden. Hier besteht offenbar ein Widerspruch zwischen dem Wortlaut<sup>29</sup> des Gesetzesentwurfs und der Zielsetzung<sup>30</sup> des Gesetzgebers<sup>31</sup>.

[Rz 13] Gemäss dem in ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestätigten Methodenpluralismus sind bei der Auslegung einer Gesetzesbestimmung nicht nur deren Wortlaut, sondern auch die Entstehungsgeschichte, der Zusammenhang mit anderen Vorschriften sowie Sinn und Zweck der Norm zu beachten<sup>32</sup>. Ist man sich einig, dass das Leistungsschutzrecht für Presseverlage letztlich nur auf klassische Suchmaschinen<sup>33</sup> abzielt, würde ein unklarer Wortlaut zumindest in der Schweiz daran nichts ändern.

## 6. Exkurs: Kartellrecht

[Rz 14] Geht man davon aus, dass (in Deutschland oder in der Schweiz) ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage eingeführt wird und dass in der Folge Presseverlage von den Suchmaschinenbetreibern tatsächlich die Unterlassung der Verwendung ihrer Inhalte in der heutigen Form verlangen<sup>34</sup>,

ist absehbar, dass die Suchmaschinenbetreiber die entsprechenden Inhalte nicht mehr in ihren Trefferlisten anzeigen. Da dies offensichtlich den Interessen der Presseverlage entgegenläuft<sup>35</sup>, stellt sich die Frage, ob sie sich dagegen wehren können. Namentlich könnte im prognostizierten Verhalten der Suchmaschinenbetreiber eine unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen erblickt werden.

[Rz 15] Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, «wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.» Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 19 Abs. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB): «Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.»

[Rz 16] Das Bestehen eines Marktes für die Vermittlung von Aufmerksamkeit durch Suchmaschinen wird in der deutschen Literatur unterschiedlich beurteilt<sup>36</sup>. In der Schweiz gilt wie in Deutschland das Bedarfsmarktkonzept<sup>37</sup>. Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen umfasst der sachliche Markt «alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.» Nach dieser Definition ist davon auszugehen, dass es sich bei der Vermittlung von Aufmerksamkeit durch Suchmaschinen um einen eigenständigen sachlichen Markt handelt, da diese Leistung mangels vergleichbarer Alternativen nicht substituierbar ist<sup>38</sup>.

<sup>28</sup> HOEREN (Fn. 1), Rz. 18, 33, 36 f.

<sup>29</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (BT-Drs. 17/11470), S. 5, § 87g Abs. 4: «Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon, soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten erfolgt, die Inhalte entsprechend aufbereiten.»

<sup>30</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 29), S. 1: «[...] Anbieter von Suchmaschinen und Anbieter von solchen Diensten im Netz [...], die Inhalte entsprechend einer Suchmaschine aufbereiten, [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>31</sup> Diese Konstellation erinnert an die widersprüchlichen Äusserungen im Vorfeld der Volksabstimmung zur Buchpreisbindung vom 11. März 2012. Mit Blick auf den Methodenpluralismus wäre interessant gewesen, wie Gerichte bei der Anwendung des Bundesgesetzes über die Buchpreisbindung (BBI 2011 2703) entschieden hätten, wenn dieses nicht vom Volk abgelehnt worden wäre (BBI 2012 6623). Im Rahmen der historischen und teleologischen Auslegung wäre zu berücksichtigen gewesen, dass der Vorsteher des WBF (damals noch EVD) gestützt auf den klaren Gesetzeswortlaut im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Online-Buchverkauf eine andere Auffassung vertrat als das Parlament; vgl. dazu die Beiträge in der NZZ vom 25. Januar 2012, S. 11 (Anders gemeint als geschrieben) sowie in der NZZ vom 26. Januar 2012, S. 9 (Widersprüchliches zur Buchpreisbindung).

<sup>32</sup> Statt vieler BGE 130 III 76 E. 4.

<sup>33</sup> Für eine Kategorisierung der verschiedenen Arten von Suchdiensten: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 5 ff.

<sup>34</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Fn. 29), S. 1: «Presseverlage können

nur von Anbietern von Suchmaschinen und Anbietern von solchen Diensten, die Inhalte entsprechend aufbereiten, die Unterlassung unerlaubter Nutzungen verlangen und nur sie müssen für die Nutzung Lizenzen erwerben.»

<sup>35</sup> HOEREN (Fn. 1), Rz. 33; vgl. auch die Zahlen im Beitrag «Braucht es ein Leistungsschutzrecht? Eine Analyse der Argumente» vom 17. Januar 2013 auf srf.ch: «Gut ein Drittel aller Leserinnen und Leser finden per Google (Suche oder URL-Vervollständigung) zu den Inhalten einer Online-Zeitung. Die Zahlen im Detail: NZZ 26.81%; Tagesanzeiger 27.43%; Basler Zeitung 42.44%; Südostschweiz 38.25%; Blick (inkl. Blick am Sonntag) 26.25%; 20 Minuten (Deutsch) 27.1% (Quelle: Nielsen 2012; unique users over google.ch)».

<sup>36</sup> Das Bestehen eines solchen Marktes ablehnend: Wolfgang SCHULZ/Thorsten HELD/Arne LAUDIEN, Suchmaschinen als Gatekeeper der öffentlichen Kommunikation, Rechtliche Anforderungen an Zugangsoffenheit und Transparenz bei Suchmaschinen im WWW, Berlin 2005, S. 60; zumindest implizit zustimmend dagegen Thomas HOEREN, Suchmaschinen, Navigationssysteme und das Wettbewerbsrecht, MMR 1999, S. 649; Stephan OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR, S. 197; Martin BAHR, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel Google)?

<sup>37</sup> Roger ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 538; OTT (Fn. 36), S. 196.

<sup>38</sup> Fabio BABEY, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. Zürich 2010, S. 63; vgl. auch Rolf H. WEBER/Stephanie VOLZ, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, Zürich 2011, N 388.

[Rz 17] Auch wenn eine marktbeherrschende Stellung i.d.R. nicht nur gestützt auf Marktanteile angenommen werden sollte, so kann eine solche bei Unternehmen mit Anteilen von über vier Fünftel aller Suchanfragen<sup>39</sup> kaum abgelehnt werden<sup>40</sup>, zumal der Aufbau einer Suchmaschine sehr aufwändig und die potentielle Konkurrenz damit klein ist<sup>41</sup>.

[Rz 18] Nach Bejahung der marktbeherrschenden Stellung ist zu prüfen, ob in der Entfernung oder Nichtaufnahme von Webseiten durch eine Suchmaschine eine missbräuchliche Verhaltensweise zu erkennen ist. Die Entfernung oder Nichtaufnahme von Webseiten aus den Suchergebnissen fällt zwar unter keine der in Art. 7 Abs. 2 KG beispielhaft aufgeführten Verhaltensweisen, erfüllt aber m.E. den Tatbestand der Generalklausel in Abs. 1<sup>42</sup>.

[Rz 19] Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz ist ein wettbewerbsrelevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich dann unzulässig, «wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt»<sup>43</sup>. Dass die Nichtaufnahme oder Entfernung von Webseiten durch einen marktbeherrschenden Suchmaschinenbetreiber andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert bzw. benachteiligt, kann vor dem Hintergrund der Gatekeeper-Funktion von Suchmaschinen ohne weiteres bejaht werden<sup>44</sup>. Damit stellt sich unmittelbar die Frage, wann eine solche Behinderung oder Benachteiligung sachlich gerechtfertigt ist.

[Rz 20] Als Rechtfertigungsgründe für eine Entfernung oder Nichtaufnahme werden in der Literatur Verstösse innerhalb der Webseite gegen geltendes Recht oder Richtlinien einer Suchmaschine<sup>45</sup>, Gründe in der Person des Website-Betreibers<sup>46</sup> und Kapazitätsengpässe<sup>47</sup> genannt. Die vorliegende Konstellation, d.h. wenn ein Suchmaschinenbetreiber auf Verlangen der Presseverlage deren Inhalte nicht mehr in den Suchtreffern anzeigt, fällt in die Kategorie der Gründe in der Person des Website-Betreibers. Daraus folgt, dass die Entfernung von Suchtreffern auf Wunsch der daran berechtigten Presseverlage gerechtfertigt und somit kartellrechtlich zulässig ist.

[Rz 21] Hinzu kommt, dass eine Unterlassungsaufforderung gefolgt von einem (kartellrechtlich oder auch anders begründeten) Begehren um Wiederaufnahme als widersprüchliches Verhalten<sup>48</sup> der Presseverlage unabhängig von den kartellrechtlichen Überlegungen keinen Schutz verdienen würde.

## 7. Fazit

[Rz 22] Es besteht kein Anlass zur Sorge. Die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage in der Schweiz ist zwar abzulehnen, würde aber m.E. keine gravierenden Folgen mit sich bringen<sup>49</sup>. Mit Blick auf die zögerliche Haltung des Gesetzgebers im Bereich des Internetrechts<sup>50</sup> ist

<sup>39</sup> Gemäss Netmarketshare beläuft sich der weltweite Desktop Search Engine Market Share von Google auf über 83% (Stand April 2013); weiterführend zur Struktur des Suchmaschinenmarktes: Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 24 ff.

<sup>40</sup> WEBER/VOLZ (Fn. 38), N 414. Für Deutschland eine marktbeherrschende Stellung von Google bei der Websuche bejahend: Sebastian MEYER, Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2007, K&R 2008, S. 201; OTT (Fn. 36), S. 199; BAHR (Fn. 36).

<sup>41</sup> Christian MAASS/Andre SKUSA/Andreas HESS/Gotthard PIETSCH, Der Markt für Internet-Suchmaschinen, in: Dirk Lewandowski (Hrsg.), Handbuch Internet-Suchmaschinen, Nutzerorientierung in Wissenschaft und Praxis, Heidelberg 2009, S. 10 f.

<sup>42</sup> Suchmaschinenhaftung (Fn. 3), S. 75 ff.

<sup>43</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBl 1995 I 468), S. 569.

<sup>44</sup> So auch WEBER/VOLZ (Fn. 38), N 493.

<sup>45</sup> BABEY (Fn. 38), S. 104 ff.; Gregor BÜHLER, Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinenoptimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 9. Tagungsband, Bern 2007, S. 66; Andreas HEINEMANN, Reduktion von Komplexität durch Suchmaschinen: Ökonomische Grundlagen und kartellrechtliche Vorgaben, in: Anselm Brandi-Dohrn/Matthias Lejeune (Hrsg.), Recht 2.0 – Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, Köln 2008, S. 26 f.;

HOEREN (Fn. 36), S. 650 f.; OTT (Fn. 36), S. 200 f.; Rolf H. WEBER, Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Zürich 2003, S. 117 f.; WEBER/VOLZ (Fn. 38), N 451; Andreas WIEBE, Suchmaschinenmonopole und Kartellrecht, MR-Int 2007, S. 182.

<sup>46</sup> BABEY (Fn. 38), S. 104; HOEREN (Fn. 36), S. 651; OTT (Fn. 36), S. 201.

<sup>47</sup> BÜHLER (Fn. 45), S. 66; HOEREN (Fn. 36), S. 651 f.; WEBER (Fn. 45), S. 117.

<sup>48</sup> Zur Unbeachtlichkeit eines Verhaltens unter dem Gesichtspunkt einer protestatio facto contraria im deutschen Recht: Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II), Rn. 28.

<sup>49</sup> Siehe auch NZZ vom 2. März 2013, S. 31 (Schein-Schutz für die Presse).

<sup>50</sup> So wurde die Einführung von Spezialbestimmungen zur Haftung von Internet-Providern wiederholt abgelehnt (siehe nur Motion Pfister vom 14. Dezember 2000: Netzwerkkriminalität, Änderung der rechtlichen Bestimmungen sowie Motion Riklin vom 10. Dezember 2009: Rechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern), bis das Bundesgericht mit Urteil 5A\_792/2011 vom 14. Januar 2013 in E. 6.3 festgehalten hat: «Pour le surplus, il n'appartient pas à la justice, mais au législateur, de réparer les «graves conséquences» pour internet et pour les hébergeurs de blogs auxquelles pourrait conduire l'application du droit actuel.» (Zu den Auswirkungen dieses Urteils über das Persönlichkeitsrecht hinaus sowie zu den Folgen für Suchmaschinenbetreiber: Nik Schoch / Michael Schüepf, Provider-Haftung «de près ou de loin»? , in: Jusletter 13. Mai 2013, Rz. 34, 37) Während nachvollziehbar ist, dass sich HOEREN primär auf deutsches Recht stützt, erstaunt es doch sehr, dass das Bundesgericht in einem französischsprachigen Urteil zur Verantwortlichkeit eines Hosting-Providers abschliesslich französischsprachige Literatur berücksichtigt und Werke wie z.B. Patrick ROHN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zürich 2004, oder Philipp FRECH, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich 2009, mit keinem Wort erwähnt; siehe dazu auch die Kritik von Alexander KERNEN, Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsverletzende Handlungen seines Kunden, in: Jusletter 4. März 2013, Rz. 20, sowie Lukas BÜHLMANN, Blog-Hoster sind mitverantwortlich für persönlichkeitsverletzende Blogbeiträge, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 13. März 2013. Es bleibt abzuwarten, ob nach dem erwähnten Urteil des Bundesgerichts in der Schweiz doch noch eine gesetzliche Haftungsbeschränkung

ohnehin nicht davon auszugehen, dass in der Schweiz die deutschen Fehler gemacht werden. Und schliesslich gibt es noch die Möglichkeit eines Referendums. Wie die Volksabstimmung zur Buchpreisbindung eindrücklich gezeigt hat, genügt die Unterstützung eines kundenstarken Unternehmens<sup>51</sup>, um die nötigen Unterschriften zusammenzubringen. Im Falle der Suchmaschinenbetreiber ist davon auszugehen, dass z.B. mit einem Hinweis auf den entsprechenden Startseiten die nötigen 50'000 Unterschriften für ein fakultatives Referendum (Art. 141 BV) in kurzer Zeit gesammelt wären.

---

Daniel Hürlimann, Dr. iur., Rechtsanwalt, CAS Judikative. Forschungsmitarbeiter an den Universitäten Luzern (Prof. Dr. Bernhard Rütsche) und Zürich (Prof. Dr. Regina Kiener), Verfasser einer Dissertation mit dem Titel «Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht» (Online-Bestellung / Inhaltsverzeichnis / Volltext [mangels Seitenzahlen nicht zitierfähig]).

---

\* \* \*

---

eingeführt wird (siehe dazu Motion Riklin vom 21. März 2013: Rechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern regeln). Sollte die Schweiz die E-Commerce-Richtlinie in ihrer aktuellen Fassung (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt) übernehmen, bestünde die Gefahr, einmal mehr dem EU-Recht hinterherzuhinken (vgl. nur den Entwurf des Commission Staff Working Document, E-commerce Action plan 2012-2015, State of play 2013).

<sup>51</sup> Siehe dazu NZZ vom 13. Februar 2012, S. 7, wonach «die FDP die Hälfte der Unterschriften von Ex-Libris habe sammeln lassen.»