

Schweizer Forum für Kommunikationsrecht / Forum Suisse pour le Droit de la Communication

Schutz von (Online-)Datenbanken

Veranstaltung des Schweizer Forums für Kommunikationsrecht SF • FS vom 8. Mai 2007

ADRIAN GAUTSCHI *

- I. **Stellung beziehender Auftakt**
- II. **Rechtstatsächlicher Hintergrund – Darstellung aus Sicht der Marktteilnehmer**
 - 1. Sichtweise zweier Anbieter von (Online-)Datenbank-Plattformen
 - 2. Technische Sichtweise
- III. **Schutz von Datenbanken in der Schweiz**
 - 1. Schutzkonzeption
 - 2. Rechtsprechung
- IV. **Sui-generis-Recht in der EU**
- V. **Wertung der Schutzkonzeption**
- VI. **Abschliessende Podiumsdiskussion**

I. Stellung beziehender Auftakt

Zur freien Wirtschaftsordnung gehöre Wettbewerb, stimmte RA Dr. Andreas Meili, Tamedia AG, im Zürcher Technopark an, nachdem er die Versammelten begrüsst und die Referenten vorgestellt hatte. Beim Leistungsschutz für Online-Angebote handle es sich um Investitionsschutz; und ohne Investitionen gäbe es kein Internet. Dieses sei in momento quasi frei und nur wenig regulatorischen Erwägungen unterworfen. Auf Dauer störe dies, besonders bei Beachtung der Online-Kreativität, folgerte Meili. Erfolgreiche Online-Produkte würden kopiert, z.B. unter Zuhilfenahme von Suchrobotern (sog. Spider bzw. Crawler). Geschehe dies nicht in kontrollierten Bahnen, ergebe sich daraus eine «letale Gefahr».

II. Rechtstatsächlicher Hintergrund – Darstellung aus Sicht der Marktteilnehmer

1. Sichtweise zweier Anbieter von (Online-)Datenbank-Plattformen

«Das Leben einfacher machen» – das wolle Comparis¹ u.a. mit den Such- und Bewertungsdienstleistungen, warb deren Gründer und CEO Richard Eisler. Zwecks Marktüberblicks durchstöbere ein Wohnungssuchender regelmässig die Annoncen auf mehreren Websites. Die Eingabe eines bestimmten Suchkriteriums ergebe i.d.R. hunderte von Treffern, die mehr oder minder gemischt und wiederholt daherkämen. Immer noch, so Eisler, fehle der Gesamtüberblick. Jetzt komme Comparis ins Spiel. Hier fände man an einem Ort eine bereinigte Sammlung dieser – nun durch Comparis bewerteten – Inserate. Dies stelle einen Mehrwert dar. Bestehe keine Schnittstelle zu Anbietern (Datenquellen), werde mit Crawlern vorgegangen. Die Finanzierung der Dienstleistungen geschehe z.B. durch Entschädigungen von Krankenkassen, die durch Comparis direkt mit potenziellen Kunden Verbindung aufnehmen könnten.

Urs Hügli, CEO Homegate AG, formulierte zwei Thesen: Die erste unterschied klassische Suchmaschinen von «Datenklauern». Klassische Suchmaschinen wie Google würden Inhalte indexieren, d.h. Information darstellen und verlinken. Eine Suchmaschine mit integrierten Zusatzdiensten und nicht (mehr) «Datenklauerin» sei Comparis². «Datenklauer» würden vollständige Informationen sichtbar machen, z.T. ohne Verlinkung mit der Quelle. Diese Publikation der Kontaktdaten nähme denjenigen, welche die Daten erhoben hätten, das wichtigste Gut – die belegbaren Responses. Die Unterschei-

¹ <<http://www.comparis.ch>> (letzter Besuch: 29. Mai 2007).

² Dies erst, nachdem dieser Anbieter nach einem Rechtsstreit keine Kontaktdaten mehr publiziere.

zung zwischen Indexierung und Kopieren, das die Basisplattformen bedrohe, sei bei der Auslegung des UWG zu unterstreichen. Nach Hügli's zweiter These öffne der Entscheid des BGer³, im Speziellen dessen Empfehlung, die Durchsuchten mögen selber spiders, den Trittbrettfahrern Tür und Tor. Schliesslich beurteilte er eine UWG-Revision als dringend; eine Bedrohung wertschöpfender Bereiche könne nicht sein.

2. Technische Sichtweise

Balz Zürrer, Managing Partner Online Consulting, erklärte, HTML sei für eine einfache Lesbarkeit konzipiert, worauf Crawler aufbauten. Dies sei das Grundproblem des Internets. Ein Webserver mache die Datenbankinhalte mittels HTML nutzbar, auch für einen aus Sicht des Datenbankbetreibers unrechtmässigen Spider. Nach Zürrer erfordere der Programmieraufwand für die Bereitstellung eines Spiders nur durchschnittliche Fachkenntnisse und sei minimal.

Schutzmassnahmen würden von der Art des Spiders abhängen. Ein konsequenter Spider könne stets nur behindert und nicht verhindert werden. Zürrer's Empfehlung war einfach: Eine realistische Strategie sei zu formulieren, und man solle sich nicht ärgern, falls die eigene Datenbank durchsucht werde.

III. Schutz von Datenbanken in der Schweiz

1. Schutzkonzeption

«Databases are costly to produce and easy to copy and reproduce.» – So wünschten gem. RA Dr. Gregor Bühler, Homburger Rechtsanwälte, Datenbankhersteller einen Investitionsschutz. Indes wollten viele den grösstmöglichen Schutz nicht und würden ihrerseits andere Datenbanken nützen. Kein eigentliches «Datenbankengesetz» existiere hierzulande; der Begriff «Datenbank» sei nicht gesetzlich definiert.

Eine gute Datenbank sei, weil vollständig, wenig originell, d.h. urheberrechtlich nicht geschützt. Auch umfangreiche Datenbanken würden bei banaler Systematik keine Sammelwerke (Art. 4 URG) bilden⁴. Den Datenbank-Inhalt als Werk zu betrachten, schlage bei Fakten, öffentlich zugänglichen Informationen und i.d.R. bei Inseraten ins Leere. Unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten, so Bühler, sei Art. 5 lit. c UWG zu beachten, der nach vielen Stimmen ein Immaterialgüterrecht regle. Die h.L. und die Rechtsprechung seien freilich für eine enge Auslegung. So könne der Beweis der Tatbestandsmerkmale – ausser dem marktreifen Arbeitsergebnis – eine Hürde darstellen. Bezüglich eines Vertragsschlusses zwischen Datenbankinhaber und Nutzer zeige sich v.a. ein Konsensproblem. Ein Vertrag sei bei unentgeltlichen Informationen kaum anzunehmen. Unter international-rechtlichen Aspekten erinnerte Bühler u.a. an Art. 11 RL 96/9/ EG⁵. Eine reziproke Anwendung der Richtlinie sei zurzeit nicht möglich, worin der Referent einen «Schutzgap» zwischen der Schweiz und der EU erkannte.

«What is worth copying is worth protecting? – Nein», meinte Bühler, der drei Optionen vorstellte: Eine Neuregelung im URG bzw. UWG, die Festlegung eines besonderen Leistungsschutzes, ähnlich demjenigen der Tonträgerindustrie und der Sendeunternehmen, oder die Übernahme der RL 96/9/ EG.

2. Rechtsprechung

RA Dr. Reto Arpagaus, Bratschi Emch Rechtsanwälte, präsentierte mit BGE 131 III 384 ff. eine Konstellation, in der die Beklagte durch Spidern und Kopieren Zugriffe auf ihre Website generiert habe, derer die Klägerin verlustig gegangen sei. Das BGer und teilweise die Vorinstanzen hätten die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 lit. c und Art. 2 UWG geprüft. Pointierteste Aussage des BGer war, dass es den «Gespidernten» offen stehe, selber zu spidern.

In einem Entscheid unterer Instanz⁶ ging es um – Datenübernahme verbietende – Nutzungsbedingungen. Die Frage nach dem Bestehen einer Vertragsbeziehung zum Besucher der Website sei i.c. verneint worden; eine solche sei bei unentgeltlichen Informationen sehr zurückhaltend anzunehmen.

³ Hügli hatte wohl BGE 131 III 384 ff. im Auge.

⁴ OGer ZH, SMI 1993, 331 ff., «Euro-tax II».

⁵ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

⁶ BezGer der Sense, sic! 2005, 675 ff., «Immobilien-Suchmaschine».

Unter dem Aspekt des Umfangs der Schutzausnahme des Eigengebrauchs habe sich, so Arpagaus, in zwei Entscheiden unterer Instanzen⁷ die Frage gestellt, inwieweit Verlage von Zeitungen und Zeitschriften den Zugriff auf ihre redaktionellen Inhalte und deren Verwendung dulden müssten, besonders durch professionelle «Zugreifer» (Presseauschnittdienste, Medienbeobachtungsunternehmen [MBU]). Gem. dem einen Entscheid greife Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nur bei der Erstellung eines Archivs des zum Eigengebrauch Berechtigten. Im anderen Entscheid sei thematisiert worden, ob Handlungen, für die eine Verwertungsgesellschaft Vergütungen einziehe, erlaubten Eigengebrauch darstellen könnten. Bei Herstellung eines internen elektronischen Pressespiegels liege nach Ansicht des Gerichts eine Vervielfältigung vor, die von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG erfasst sei. Art. 20 Abs. 2 und 4 URG kämen zur Anwendung. Dagegen sei das «generelle» elektronische Vervielfältigen von journalistischen Beiträgen sowie der anschliessende elektronische Versand oder das Zugänglichmachen durch MBU von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG nicht gedeckt, es sei denn, es läge ein konkreter Vervielfältigungsauftrag eines zum Eigengebrauch Berechtigten vor, schloss Arpagaus⁸.

IV. Sui-generis-Recht in der EU

Der «Vater» der RL 96/9/EG, Dr. Jens Gaster, Europäische Kommission, Brüssel, lehrte, die Richtlinie sei in allen 27 EU- und drei anderen EWR-Mitgliedstaaten umgesetzt worden. Auch einige Drittländer hätten sich verpflichtet, ein sui-generis-Recht des Datenbankherstellers einzuführen bzw. dieses Recht implementiert. Die USA hätten ihr «Datenbankproblem» nicht gelöst. Das «database right» der RL 96/9/EG habe sich als «Exportschlager» erwiesen, freute sich Gaster. Überhaupt hätten sich zufriedenstellende Praxis-Resultate gezeigt; nur zwei bis drei «falsche» Gerichtsentscheidungen habe es gegeben⁹.

Mit der Richtlinie habe man einen gemeinsamen Nenner gefunden, wie aus den Äusserungen Gasters zu schliessen war. Das «database right» definierte er als Immaterialgüterrecht¹⁰. Erfordernis zur Erlangung dieses sui-generis-Rechts sei eine wesentliche Investition, wobei im Entscheid des EuGH «British Horseracing Board» jeglicher Aufwand für die Datengenerierung ausgeschlossen worden sei. Gaster fand, der Wortlaut der Richtlinie sei anders interpretierbar und kritisierte den Entscheid. Unter dem teleologischen Aspekt bezweifelte er sogar die Folge des fehlenden Schutzes für aufwendige, innovative Datenbanken. Die Rechtsprechung führe dazu, dass zunehmend Gewicht auf die Daten-Sortierung gelegt werde.

Nach Gaster gebe es drei Optionen aufgrund der Ergebnisse der Evaluierung¹¹ nach Art. 16 Abs. 3 RL 96/9/EG: Die Richtlinie könnte mit den entsprechenden Konsequenzen wieder aufgehoben werden oder der EuGH-Entscheid «British Horseracing Board» würde korrigiert. Die dritte Variante wäre die Beibehaltung des Status Quo. Das Ergebnis der Konsultation zeige eine knappe Mehrheit für die Version «Korrektur». Die Präferenz der Kommission sei indessen die Beibehaltung des Status Quo.

Die Richtlinie habe den traditionellen Graben zwischen Copyright und Urheberrecht zugeschüttet, bewertete Gaster. Art. 3–6 RL 96/9/EG seien rechtspolitisch äusserst wichtig. Nicht zuletzt aus diesem Grund sei dem Konzept der Richtlinie ein ungebrochener internationaler Siegeszug zuzuschreiben.

V. Wertung der Schutzkonzeption

Prof. Dr. Reto M. Hilty, Universität Zürich und Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, unterteilte in einen «inter-partes»-Ansatz und einen «erga-omnes»-Ansatz:

Die vertragsrechtlichen Überlegungen des «inter-partes»-Ansatzes wiesen Schwachstellen auf¹². Ein Vertragsschluss sei möglich¹³, jedoch unüblich. V.a. ein konkludentes Diktat des Anbieters konstruiere keinen Vertrag. Betreffend die AGB-Inhaltskontrolle sei die Schweiz ein Entwicklungsland.

⁷ AppellH BE vom 21. Mai 2001 (ähnlich ZivGer BS vom 19. Juni 2002); OGer ZH vom 21. Februar 2006 (nicht publiziert, nicht rechtskräftig).

⁸ Folgende zwei ausländischen Entscheide seien gem. Arpagaus erwähnenswert: «Paperboy» (BHG I ZR 259/00 vom 17. Juli 2003) und «Google-Cache» sowie «Google-News» (Bruxelles Trib. De Pr. Instance vom 13. Februar 2007).

⁹ Der EuGH habe mit den Urteilen «British Horseracing Board» und «Fixtures Marketing» neue Probleme geschaffen.

¹⁰ Ausschliessungsrechte würden eingeräumt und gesetzliche Schranken fixiert (ähnlich dem Leistungsschutz).

¹¹ First Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases.

¹² Vgl. das Referat von Bühler hiervor III.1.

¹³ So etwa bei Swisslex (<<http://www.swisslex.ch>> [letzter Besuch: 29. Mai 2007]).

Hilty widmete sich darauf den drei Argumentationssträngen des «erga-omnes»-Ansatzes. Auf der schutzrechtlichen Ebene gelte es, zwei Erklärungskonzepte zu unterscheiden: Aus dem kontinentaleuropäischen, stark auf das Urheberpersönlichkeitsrecht abstützenden und der Aufklärung entstammenden Konzept erwachse der Terminus der individuellen Schöpfung und die nur lückenhafte Möglichkeit des Schutzes von Datenbanken. Das andere Konzept mit eher ökonomischer Grundlage, wie es in den USA vorgebracht werde, habe sich – u.a. ausgehend von der «sweat of the brow doctrine» – dergestalt entwickelt, dass ebenso im US-amerikanischen Rechtsraum heute die Kreativität eine Schutzvoraussetzung des Urheberrechts darstelle¹⁴. Wegen der Befürchtung der Unterwanderung der Dichotomie von Form und Inhalt habe sich die Idee der Einführung eines sui-generis-Rechts für Datenbanken in den USA nie durchgesetzt¹⁵. Der Erlass der RL 96/9/EG durch die EU sei daher ein Alleingang geworden. Sie habe versucht, eine Definition der «Untergrenze» der urheberrechtlichen Kreativität vorzunehmen. Unterhalb dieser Grenze sei man unter dem Titel «Immaterialgüterrecht» mit spezialrechtlichen Ansätzen der in der EU fehlenden Regelungs-Kompetenz im Bereich Lauterkeitsrecht ausgewichen. Dieses bilde die zweite Argumentationslinie. Auf ihr liege BGE 131 III 384 ff., den Hilty nicht ablehnte. Er betonte dabei, dass Art. 5 lit. c UWG kein Immaterialgüterrecht darstelle und nicht dasselbe Potenzial wie das sui-generis-Recht habe. Das UWG schütze nicht das Arbeitsergebnis, sondern den Wettbewerb. Dem sonderrechtlichen Schutz durch ein sui-generis-Recht – als dritter Argumentationslinie – stellte Hilty die Theorie des Schutzes vor Marktversagen voran: Ein solches liege vor, wenn an sich mögliche Investitionsergebnisse dem Markt nicht zugeführt würden. Konkret sei ein Rechtsschutz dann nötig, wenn der «advantage of first mover» für die nötige Amortisationszeit einer Investition nicht genüge. Indes seien die theoretischen Annahmen der EU mit Bezug auf das sui-generis-Recht unkorrekt gewesen, was die First Evaluation der Richtlinie deutlich zeige und von Hilty mit einer Statistik¹⁶ untermauert wurde. Entsprechend folgere die EU-Kommission richtig: «The assumption that more and more layers of IP-protection means more innovation and growth appears not to hold up». In der Schweiz sei eine Umsetzung der Richtlinie damit keineswegs notwendig. Auch die Klarstellung des EuGH, dass die Kreation von Daten nicht geschützt sei, beurteilte Hilty als richtig. Der Rennveranstalter verfüge naturgemäss allein über die eigenen Daten; ein zusätzlicher Rechtsschutz über die faktische Alleinstellung hinaus könnte den Wettbewerb übermässig beeinträchtigen. Mehr Schutz sei nicht gleichzustellen mit mehr Innovation, betonte Hilty. Fortschritt beruhe auf «sequentiellen» Prozessen. Das Recht dürfe nur bei erwiesenem Marktversagen eingreifen. Im Zweifel solle sich der Gesetzgeber zurückhalten.

VI. Abschliessende Podiumsdiskussion

Bühler forderte Gaster zur Replik auf und wollte wissen, wie man, könnte man zehn Jahre zurück, regulatorisch vorgehe. Gaster zeigte sich bis auf wenige Punkte mit der Richtlinie zufrieden. Neu würde er das Zitat- und Übersetzungsrecht beseitigen. Art. 13 RL 96/9/EG laste er sich selber an. Zudem würde er Art. 9 RL 96/9/EG zugunsten amtlicher Datenbanken modifizieren sowie die Generierung von Daten schützen. Sorgen betreffend die Monopolisierung seien übertrieben; die Kommission habe keine Missbräuche feststellen können. Ausserdem gebe es das Kartellrecht. Die von Hilty gezeigte Statistik sei ironisch. Vieles der Richtlinie sei noch nicht umgesetzt; daher habe man wenig Erfahrung.

Aus der Zuhörerschaft wurde seitens der SwissRe angefragt, wie es sich mit Naturdaten (von Erdbebenmessungen usw.) verhalte, worauf Gaster erneut den thematisierten EuGH-Entscheid erläuterte.

Meili interessierte, ob die Marktteilnehmer mehr Schutz mit mehr Innovation gleichsetzten. Hügli outete sich als neuer «Fan» von Hilty. Comparis biete einen Mehrwert, nicht gefährdende Dienste. Eisler skizzierte, dass es, hätte das BGer anders entschieden, wohl nur Homegate geben würde. Das Kartellrecht helfe nicht weiter. Hügli erklärte, Homegate bewerte Inserate daher nicht, weil für die Inserierung bezahlt würde. Zwischen Homegate und Comparis bestehe eben eine Symbiose.

Wie gross der Programmierungsaufwand für einen Spider sei, erkundigte sich Meili; dies sei zu berücksichtigen. Nach Zurrer sei dieser gering. Jedoch werde der Schutz vor Spidern teuer.

¹⁴ Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Cerv. Co., 499 U.S. 340 (1991).

¹⁵ Zuletzt gescheiterte Initiative: Database and Collections of Information Misappropriation Act of 2003.

¹⁶ «Database production in North America and West Europe (1992–2004)» (The Gale Directory of Database 2005, Vol. 1, Part 2, Figure 7).

Darauf stellte Arpagaus die Legitimität des erlaubten Spiderings in Frage. Er habe Mühe damit, dass, wer sich zur Wehr setze gegen einen Dieb, betrafft würde. Das Übernehmen der Daten stelle eine Unlauterkeit dar. Die Bezeichnung «Dieb» sei wohl das Härteste – schliesslich leiste man einen Mehrwert, entgegnete Eisler. Eine Insetrateannahmeseite habe man schnell erstellt; die Bewertung sei aufwendiger.

Aus dem Publikum wurde gefragt, ob die Bewertung nur möglich sei mit kostenlosem Spidering. Dies sei in der Tat so, denn sonst wäre die Tätigkeit nicht kostendeckend, meinte Eisler. Aufgrund dieser Aussage wurde nachgefragt, wo in diesem Fall der Mehrwert liege, worauf Eisler anmerkte, dass man sich des Mehrwertes wohl noch nicht so bewusst sei.

Zum Schluss erkundigte sich Bühler bei den Marktteilnehmern, was denn – wenn überhaupt – revidiert werden müsste. Nach Eisler nichts, und Hügli konnte die Frage so nicht beantworten; er habe die Probleme nur aufgezeigt. Hilty erinnerte an die Grundgedanken von Walter Schluop sen., den «Vater des schweizerischen Wettbewerbsrechts». Wir hätten ein hervorragendes UWG, das nicht durch Überregulierung verfälscht werden solle. Ein technisches Wetttrüsten sei Teil liberaler Marktordnungen.

* lic. iur., Assistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.