

sic!

10 | 2014

Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht

Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence

Aus dem Inhalt | Sommaire

Peter Ehrtam / Daniel Emch

Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt

Bundesverwaltungsgericht – «Zusatztarif zum GT 3a»

Fernsehen im Hotel: Vergütungspflichtige Wahrnehmbarmachung?

Bundesgericht – «Keytrader»

Schutzfähigkeit: Unterschiede zwischen Marken-, Firmen- und Lauterkeitsrecht

Handelsgericht Bern – «Converse All Star»

Parallelimporte: Beweis für Fälschungsargumente

Bundespatentgericht – «Selektiver Serotonin-Wiederaufnehmer»

ESZ: Verletzung durch Angebot während der Schutzdauer

Patrick Eggimann

Recht auf Vergessen: Und wer da googelt, der findet nicht mehr

Fabian Wigger

EuGH: Keine Privatkopie ab unrechtmässiger Vorlage

**Herausgeberkollegium
Directeurs de la publication**

Marc Amstutz

Mathis Berger

Reto M. Hilty

Michel Jaccard

Eugen Marbach

Cyrill P. Rigamonti

Michael Ritscher

Jacques de Werra



Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht

Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence

AIPPI CH (Schweizerische Vereinigung zum Schutz des Geistigen Eigentums | Association Suisse pour la Protection de la Propriété Intellectuelle)

IGE | IPI (Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum | Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle)

ALAI Suisse (Groupe Suisse de l'Association Littéraire et Artistique Internationale)

AROPI (Association Romande de Propriété Intellectuelle)

ASAS (Schweizerische Vereinigung für Wettbewerbsrecht | Association Suisse du droit de la concurrence)

INGRES (Institut für gewerblichen Rechtsschutz)

LES-CH (Schweizerische Landesgruppe der Licensing Executives Society | Groupe Suisse de Licensing Executives Society)

ProLitteris (Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst | Société suisse de droits d'auteur pour l'art littéraire et plastique)

SF•FS (Schweizer Forum für Kommunikationsrecht | Forum Suisse pour le Droit de la Communication)

SSA (Société Suisse des Auteurs)

SUISA (Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik | Coopérative des auteurs et éditeurs de musique)

SUISSIMAGE (Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken | Coopérative suisse pour les droits d'auteur d'oeuvres audiovisuelles)

SWISSPERFORM (Gesellschaft für Leistungsschutzrechte | Société pour les droits voisins)

VESPA | ACBSE (Verband der freiberuflichen Europäischen und Schweizer Patentanwälte | Association des conseils en brevets suisses et européens de profession libérale)

VIPS | ACBIS (Verband der Industriepatentanwälte in der Schweiz | Association des Conseils en Brevets dans l'Industrie Suisse)

VSP | ASCPI (Verband Schweizerischer Patentanwälte | Association Suisse des Conseils en Propriété Industrielle)

ZHAW (Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Weiterbildung School of Engineering)

Herausgeberkollegium | Directeurs de la publication

Marc Amstutz, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Freiburg

Mathis Berger, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich (Vorsitz)

Reto M. Hilty, Prof. Dr. iur., Direktor Max-Planck-Institut, München/Universität Zürich

Michel Jaccard, dr en droit, avocat, Genève

Eugen Marbach, Prof. Dr. iur., Fürsprecher, Universität Bern

Cyrill P. Rigamonti, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Universität Bern

Michael Ritscher, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Jacques de Werra, prof., dr en droit, avocat, Université de Genève

Korrespondenten | Correspondants

Europäisches Urheber- und Informationsrecht: Reto M. Hilty, Prof. Dr. iur., Direktor Max-Planck-Institut, München/Universität Zürich

Europäisches Kennzeichen- und Designrecht: Annette Kur, Prof. Dr. iur., Max-Planck-Institut, München

Europäisches Technologierecht: Stefan Luginbühl, Dr. iur.,

Rechtsanwalt, Europäisches Patentamt, München

Europäisches Wettbewerbsrecht: Marc Amstutz, Prof. Dr. iur.,

Rechtsanwalt, Universität Freiburg

Internationale Rechtsentwicklung: Felix Addor, Prof. Dr. iur., Für-

sprecher, Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Bern

Schweizerische Wettbewerbskommission: Olivier Schaller,

Dr. iur., Vizedirektor Sekretariat WEKO, Bern

Redaktion dieser Nummer | Rédaction de ce numéro

Redaktionsleiterin: Lorenzetta Zaugg, lic. iur., Tel. +41 31 377 72 36

E-Mail: lorenzetta.zaugg@ipi.ch

Schriftleiterin: Barbara Schweizer Klein, Tel. +41 31 377 72 26

Fax +41 31 377 79 12, E-Mail: sic@ipi.ch

Thomas Kohli (Ko), Rechtsanwalt, Zürich

Bendicht Lüthi (Lb), Fürsprecher, Bern

Laurent Potylo (Pl), lic. iur., Biel

Alesch Staehelin (St), Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Fabian Wigger (Wf), lic. iur., Zürich

Zustelladresse | Adresse postale

sic!, Postfach 60003, 3003 Bern, E-Mail: sic@ipi.ch

Internet: <http://www.sic-online.ch>

Verlag und Abonnementsverwaltung | Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach,

8022 Zürich, Telefon +41 44 200 29 19, Fax +41 44 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>, ISSN 1422-2019

Abonnementspreise | Prix de l'abonnement

sic! erscheint monatlich (Doppelnummer im Sommer)

samt Registerband | sic! paraît mensuellement (double numéro en été), index compris

CHF 298.00 (inkl. Porto) pro Jahr | (incl. Porto) pour un an

CHF 247.00 pro Jahr für Mitglieder der Trägerverbände | pour les membres des organisations participant au financement de la revue

CHF 123.00 pro Jahr für Studierende | pour les étudiants

CHF 37.00 pro Einzelnummer | par numéro

Inserate | Annonces

Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich,

Telefon +41 44 250 31 31, Fax +41 44 250 31 32, info@publimag.ch

Bildnachweis | Source d'image

© Bild 1: Olivier Le Moal; Bild 2: Perrush; Bild 3: Aaron Amat; Bild 5: Carlo Süsmilch – Fotolia.com; Bild 4: Agentur Ingram, Edition Real imagelibrary

Inhaltsverzeichnis | Table des matières

Aufsätze | Articles

Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt

PETER EHRSAM | DANIEL EMCH 605

Rechtsprechung | Jurisprudence

2. Urheberrecht | Droit d'auteur

2.4 Verwertungsrecht | Gestion des droits

«Zusatztarif zum GT 3a»

Bundesverwaltungsgericht vom 14. März 2014

Zurverfügungstellen von Fernsehgeräten in

Hotelzimmern ist vergütungspflichtige

Wahrnehmbarmachung

618

4. Kennzeichenrecht | Droit des signes distinctifs

4.1 Marken | Marques

«Keytrader»

Bundesgericht vom 27. Juni 2014

Marke «Keytrader» nicht unterscheidungskräftig –

andere Massstäbe im Firmen-, Marken- und

Lauterkeitsrecht

624

«Axxeva | Adexxa»

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

vom 10. Dezember 2013

Domainennamen nicht per se markenverletzend, sondern

nur in Verbindung mit Webseiteninhalt

632

«Converse All Star»

Handelsgericht Bern vom 28. Februar 2014

(Massnahmeentscheid)

Beweislast für Fälschung importierter Markenartikel

trotz Erschöpfungsgrundsatz beim Markeninhaber

634

Weitere Entscheidungen in markenrechtlichen Eintragungs- und Widerspruchsverfahren | Autres arrêts en matière d'enregistrement ou d'opposition à des enregistrements de marques

Zusammengestellt von | Rédigé par

EUGEN MARBACH | MICHEL MÜHLSTEIN

638

6. Technologierecht | Droit de la technologie

6.1 Patente | Brevets d'invention

«Selektiver Serotonin-Wiederaufnahmehemmer»

Bundespatentgericht vom 31. März 2014

(Massnahmeentscheid)

Verletzung eines ergänzenden Schutzzertifikats durch

Anbieten während der Schutzdauer

641

Berichte | Rapports

Recht auf Vergessen: Und wer da googelt, der findet nicht mehr

Urteil des EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, «Google Spain SL, Google Inc. | Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González»

PATRICK EGGIMANN 644

EuGH: Keine Privatkopie ab unrechtmässiger Vorlage

Urteil des EuGH vom 10. April 2014, Rs. C-435/12, «ACI Adam BV et al. | Stichting de ThuisKopie et al.»

FABIAN WIGGER 653

Die Seite des Instituts | La page de l'Institut

Internationales | Nouvelles internationales

Neue Mitgliedstaaten internationaler Konventionen (Datum des Inkrafttretens | Nouvelles adhésions à des conventions internationales (date d'entrée en vigueur) 659

Von der WIPO verwaltete, noch nicht in Kraft getretene internationale Verträge | Traités internationaux administrés par l'OMPI non encore en vigueur 659

Informationen | Informations 660

Bibliographie

Neuerscheinungen | Nouveautés 662

Besprechung | Compte rendu

NATHALIE TISSOT | JULIEN DUBOIS | ANAÏC CORDOBA (ÉD.)

Propriété intellectuelle
compte rendu par Michel Mühlstein, avocat 663

Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt

PETER EHRSAM* | DANIEL EMCH**

In den durch das Fernmeldegesetz (FMG)¹ regulierten Telekommunikationsmärkten spielt die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens eine zentrale Rolle. Sie entscheidet darüber, ob und in welchem Ausmass das auf diesen Märkten tätige Unternehmen der Angebots- und Preisregulierung unterliegt.

Die eminente Bedeutung des Marktbeherrschungsbegriffs bildet den Ausgangspunkt nachfolgender Überlegungen. Anhand des Beispiels der Regulierung der Fernmeldemärkte wird die Frage aufgeworfen, ob es sich um ein zweckmässiges Kriterium für die Auferlegung einer Zugangsregulierung handelt oder ob aus ökonomischer Sicht nicht andere Kriterien besser geeignet wären. Wir orientieren uns an den Erkenntnissen der Regulierungstheorie und untersuchen, ob die Praxis der Behörden und der Gerichte bei der Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffes diesen Massstäben gerecht wird. Wir kommen zum Schluss, dass die Behörden und Gerichte die Marktbeherrschung als Voraussetzung der Angebots- und Preisregulierung zu extensiv anwenden, sodass der Begriff seine vom Gesetzgeber vorgese-

hene Rolle als ökonomisch sachgerechtes Eingreifkriterium nicht zu erfüllen vermag.

Le constat de la position dominante d'une entreprise joue un rôle central sur les marchés de la télécommunication régis par la loi sur les télécommunications (LTC)¹. Un tel constat est décisif pour déterminer si et dans quelle mesure les entreprises actives sur ce marché sont soumises à la régulation de l'offre et des prix.

L'importance de la notion de position dominante constitue le point de départ des réflexions qui suivent. Sur la base de l'exemple que constitue la réglementation des marchés de la télécommunication, nous posons la question de savoir s'il s'agit d'un critère approprié pour l'adoption d'une régulation de l'accès au marché ou si, d'un point de vue économique, d'autres critères ne seraient pas plus appropriés. Nous examinons si la pratique des autorités et tribunaux en relation avec l'interprétation de la notion de position dominante respecte les exigences propres à la théorie de la régulation. Nous aboutissons à la conclusion que les autorités et tribunaux appliquent de manière trop extensive la position dominante comme condition à la régulation de l'offre et du prix, de sorte que cette notion ne peut plus remplir son rôle, justifié d'un point de vue économique et voulu par le législateur, de critère d'intervention.

- I. **Marktbeherrschung und Rechtsfolge**
 1. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Kartellgesetz: Marktbeherrschung allein hat keine Rechtsfolge
 2. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Fernmeldegesetz: Marktbeherrschung löst Kontrahierungszwang und Preisvorschriften aus
- II. **Zugangsregulierung: Nützt es nichts, so schadet es**
- III. **Regulierungsdesign: Operationalisierung des volkswirtschaftlichen Begriffs Marktversagen**
- IV. **Vollzug des Fernmeldegesetzes: Die Marktbeherrschung wird reflexartig bejaht**
 1. Vorbemerkung
 2. Fall 1: Zugang zum schnellen Bitstrom
 3. Fall 2: Zugang zu Mietleitungen
 4. Zugang zum Dienst Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen
- V. **Diskussion und Schlussfolgerung**
 1. Analyse des Vollzugs aus ökonomischer Sicht
 2. Analyse des Vollzugs aus institutioneller Sicht

Zusammenfassung | Résumé

I. Marktbeherrschung und Rechtsfolge

Der Begriff der Marktbeherrschung ist in Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG)² definiert: Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder

* MSc Econ., lic. rer. pol., Leiter Regulierung Swisscom, Bern.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Bern.

¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).
Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC; RS 784.10).

² Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Das Kartellgesetz, das Fernmeldegesetz und auch andere Erlasse knüpfen an diese Definition³ an. Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss besondere Regeln befolgen und ist damit in seiner Wirtschaftsfreiheit stärker eingeschränkt als nicht marktbeherrschende Unternehmen. Bei der Marktbeherrschung handelt es sich um ein Schlüsselkriterium für Regulierungen bzw. Interventionen in die freie Marktwirtschaft.

1. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Kartellgesetz: Marktbeherrschung allein hat keine Rechtsfolge

Die Vermeidung unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ist einer der drei materiellen Pfeiler des Kartellgesetzes. Aus Sicht des Kartellgesetzes ist eine marktbeherrschende Stellung allein betrachtet weder unzulässig noch problematisch – im Gegenteil: In der Botschaft zum

³ Marktbeherrschende Unternehmen dürfen sich gemäss Art. 7 KG nicht missbräuchlich verhalten. Gemäss Art. 10 KG werden Zusammenschlussvorhaben von der Wettbewerbskommission untersagt oder mit Bedingungen und/oder Auflagen belegt, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würden, welche den Wettbewerb beseitigen könnte. Der Marktbeherrschungsbegriff hat aber nicht nur eine Bedeutung im Kartellrecht. Auch vor dem Preisüberwacher ist entscheidend, ob ein Unternehmen marktbeherrschend (bzw. marktmächtig) ist oder nicht. Nur marktbeherrschende Unternehmen müssen sich nämlich autoritative Eingriffe in ihre Preispolitik gestützt auf das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) gefallen lassen. Auch bei der Regulierung der Radio- und Fernsehmärkte stellt die Frage der Marktbeherrschung entscheidende Weichen. Ob und in welchem Ausmass ein Unternehmen dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) unterliegt, hängt davon ab (vgl. Art. 56 Abs. 4, Art. 74 und Art. 75 Abs. 1 RTVG).

Kartellgesetz vom 23. November 1994⁴ heisst es:

«Hervorzuheben ist allerdings, dass es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik sein kann, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten. Die Möglichkeit, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen, muss offen bleiben. Sie stellt einen wesentlichen Anreiz zu effizienter Unternehmensführung dar. Zudem ist Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile. Bemühungen, die Marktanteile zu halten oder zu vergrössern, können daher nicht an sich unzulässig sein»⁵.

Das Kartellgesetz macht also eine Trennung zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen. Nach Kartellgesetz hat eine festgestellte Marktbeherrschung für sich allein noch *keine unmittelbare Rechts- bzw. Regulierungsfolge*.

2. Die Bedeutung der Marktbeherrschung im Fernmeldegesetz: Marktbeherrschung löst Kontrahierungszwang und Preisvorschriften aus

Das Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) enthält eine sektorspezifische Wettbewerbsregulierung, indem es den Zugang zu Fernmeldeinfrastrukturen ermöglicht. Nach Art. 11 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu *kostenorientierten Preisen* Zugang zu einzelnen Einrichtungen und Diensten gewähren (Zugangsregulierung). Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt⁶

⁴ BBl 1995 I 468.

⁵ BBl 1995 I 569; vgl. auch J. BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2011, KG 4 N 15.

⁶ Das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) instruiert für die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) die Verfahren im Falle von Streitigkeiten über den Zugang und stellt ihr Antrag.

die Wettbewerbskommission⁷. Eine festgestellte Marktbeherrschung löst nach Fernmeldegesetz *unmittelbar* einen *Kontrahierungszwang mit einer staatlichen Preisordnung* aus. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁸ handelt es sich dabei um einen *erheblichen Eingriff* in die Rechtsstellung der betroffenen Anbieterin.

Damit unterscheidet sich das FMG in zweierlei Hinsicht vom Kartellgesetz:

- Während nach Art. 7 KG ein Kontrahierungszwang nur bei Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes zu bejahen ist, führt Marktbeherrschung im Fernmelderecht zu einem Kontrahierungszwang, welcher an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft ist. Die Rechtsfolge des FMG ist mechanistischer Natur. Ist ein Unternehmen marktbeherrschend, unterliegt es dem Kontrahierungszwang.
- Weiter sieht das Kartellgesetz keine staatliche Preisordnung für marktbeherrschende Unternehmen vor. Es verbietet lediglich den Missbrauch, d.h. etwa die Erzwingung unangemessener Preise oder die Preisdiskriminierung. Unter der Geltung des FMG ist bei festgestellter Marktbeherrschung der Kontrahierungszwang hingegen mit einer staatlichen Preisordnung verbunden. Sofern sich die Parteien über die Konditionen nicht einigen können, legt die ComCom die Preise und die Geschäftsbedingungen autoritativ fest⁹.

⁷ Vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1; 2009/35 E. 8.4.1; WEKO, Gutachten vom 20. November 2006 in Sachen Interkonkurrenzverfahren. Mobilfunkterminierung, RPW 2006, 739–752; A. AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, N 190 ff.

⁸ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000, E. 7a.

⁹ Im Gegensatz zur EU wurde in der Schweiz keine *ex ante*-Regulierung eingeführt. Im Sinne einer *ex post*-Regulierung soll die ComCom nur tätig werden, wenn zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt.

II. Zugangsregulierung: Nützt es nichts, so schadet es

Die normative Regulierungstheorie geht davon aus, dass mit einer Zugangsregulierung ein Marktversagen bzw. ein Wettbewerbsversagen korrigiert werden kann. Ein solches tritt regelmässig dann auf, wenn in einer Industrie ein natürliches Monopol¹⁰ mit irreversiblen Kosten¹¹ vorliegt¹². In einer solchen Marktstruktur sind die Marktzutrittschranken so hoch, dass das ansässige Unternehmen weder durch aktuelle noch durch potenzielle Konkurrenz diszipliniert wird. Der «bottleneck», wie solche Einrichtungen häufig genannt werden, verleiht stabile Marktmacht, die es erlaubt, Monopolpreise zu verlangen. Aus *statischer Sicht* ergibt sich daraus ein volkswirtschaftlicher Schaden, weil Nachfrager, die bereit wären, einen kostendeckenden Preis zu bezahlen (der aber unter dem Monopolpreis liegt), nicht bedient werden. Mit einer Zugangsregulierung sollen solche «Bottleneck-Einrichtungen» geöffnet werden. Andere Anbieter ohne eigene Einrichtungen können die bestehende Infrastruktur zu (preis-)regulierten Bedingungen benutzen. Damit soll auf den dem «bottleneck» vor- und nachgelagerten Marktstufen Wettbewerb möglich werden, mit dem Ziel, dass die Endkunden in den Genuss eines besseren Preis-Leistungs-Verhältnisses der infrastrukturasierten Dienste kommen. Es ist

¹⁰ Ein natürliches Monopol tritt dann auf, wenn die fixen Kosten der Produktion so gross sind, dass die Gesamtnachfrage mit nur einem Anbieter günstiger produziert werden kann als mit zwei oder mehreren Anbietern, die die fixen Kosten der Produktion je auch tragen müssen.

¹¹ Irreversibel oder versunken sind die Kosten dann, wenn sie bei einem Marktaustritt – etwa durch einen Verkauf – nicht wieder eingebracht werden können.

¹² Es gibt auch andere Quellen von Marktversagen, wie etwa externe Effekte, öffentliche Güter und asymmetrisch verteilte Informationen. Diese sind hier indessen nicht Gegenstand der Diskussion.

allgemein anerkannt, dass Zugangsregulierungen auch volkswirtschaftliche Kosten verursachen können. Aus qualitativer Sicht geht es um Kosten, die mittelfristig aufgrund der Verzerrung von Anreizen und damit der Störung des Wettbewerbsprozesses zulasten der Entwicklung der Industrie anfallen¹³. Aus *dynamischer Sicht* beeinträchtigen Zugangsregulierungen sodann die dynamische Funktion des Wettbewerbs. Gegenstand der theoretischen Literatur sind insbesondere die negativen Auswirkungen von Zugangsregulierungen auf die Investitionsbereitschaft¹⁴ bedingt durch reduzierte Rentabilitätserwartungen¹⁵ sowie Risikoverlagerungen zu den Investoren¹⁶, was mit höheren Kapitalkosten¹⁷ verbunden ist. Nebst anekdotischer Evidenz gibt es inzwischen auch eine umfangreiche Palette¹⁸ an empirischer Literatur, die den Effekt von Regulierung (Regulierungsintensität) auf das Investitionsverhalten in der Telekommunikation untersucht. Aktuellere Studien¹⁹ stützen sich dabei auf

¹³ G. KNEIPS, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl., Berlin 2008.

¹⁴ M. MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004, 68.

¹⁵ J. HARING/M. RETTLE/J.H. ROHLFS/H.M. SHOOSHAN III, UNE Prices and Telecommunications Investment, Strategic Policy Research Paper, 2002; R. PINDYCK, Mandatory Unbundling and Irreversible Investment in Telecom Networks, Review of Network Economics, Vol. 6, Issue 3, 2007, 274–298.

¹⁶ T.M. JORDE/J.G. SIDAK/D.J. TEECE, Innovation, Investments, and Unbundling, Yale Journal of Regulation No 17, 2004, 1-37; PINDYCK (Fn. 15); P. BAAKE/U. KAMECKE/C. WEY, A Regulatory Framework for New and Emerging Markets, Communications & Strategies No 40, 2005, 123–136.

¹⁷ S. INGRAHAM/J.G. SIDAK, Mandatory Unbundling, UNE-P and Cost of Equity: Does TELRIC Pricing Increase Risk for Incumbent Local Exchange Carriers? Criterion Economics, Cambridge 2004.

¹⁸ Eine Übersicht der entsprechenden Literatur bis ins Jahr 2009 findet sich bei C. CABBINI/Y. JIANG, Broadband investment and regulation: A literature review, Telecommunications Policy No 33, 2009, 559–574.

¹⁹ H. FRIEDERISZICK/M. GRAJEK/L.-H. RÖLLER, Analyzing the relationship between regula-

tion and investment in the telecom sector. ESMT White Paper WP-108-01.

die theoretischen und empirischen Erkenntnisse von AGHION et al.²⁰ Danach gibt es zwei gegenläufige Effekte von Wettbewerb auf Innovationen [Investitionen]: Zunehmender Wettbewerb führt anfänglich zu steigender Innovationstätigkeit. Mit Innovationen kann das Unternehmen sozusagen dem (Preis-)Wettbewerbsdruck entkommen; seine Gewinnaussichten sind trotz Investitionen in die Innovationen grösser als ohne diese Investitionen. Dieser Effekt wird «Wettbewerbsflucht» genannt. Mit hoher Wettbewerbsintensität lassen sich dagegen die Investitionen in Innovationen kaum mehr amortisieren, weshalb weniger Innovationen stattfinden. Dieser Effekt wird Schumpeter-Effekt genannt. Die empirischen Studien zur Frage der Wirkung der Regulierung auf die Investitionsperformance im Telekommarkt gehen demnach häufig der Frage nach, welcher dieser beiden Effekte dominiert. Dabei wird regelmässig die Performance in Abhängigkeit von der Intensität des Wettbewerbs bzw. der Intensität der (Preis- bzw. Zugangs-)Regulierung gesetzt. Die Mehrheit der empirischen Untersuchungen zeigt einen negativen Zusammenhang zwischen starker Zugangsregulierung und der Investitionstätigkeit²¹.

Die gegenläufigen Effekte (statischer Nutzen vs. dynamische Kosten) einer Zugangsregulierung zeigen, dass ein Eingriff nicht um jeden Preis ge-

tion and investment in the telecom sector. ESMT White Paper WP-108-01.

²⁰ PH. AGHION et al., Competition and Innovation: An inverted-U Relationship, Quarterly Journal of Economics, Vol. 120, No 2, 2005, 701–728.

²¹ R.W. CRANDALL/J.A. EISENACH/A.T. INGRAHAM, The Long-Run Effects of Copper Unbundling and the Implications for Fiber, Telecommunications Policy No 37, 2013, 262–281; M. BACACHE/M. BOURREAU/G. GAUDIN, Dynamic Entry and Investment in New Infrastructures: Empirical Evidence from the Fixed Broadband Industry, Review of Industrial Organization No 2, Vol. 44, 2014, 179–209.

rechtfertigt ist, sondern nur dann, wenn der Nutzen der Regulierung grösser ist als die Kosten, die sie verursacht. Wird dennoch regulatorisch eingegriffen, treten sog. Regulierungsfehler auf. Im Grunde genommen müssten beim Vollzug der Regulierung entsprechende volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Überlegungen angestellt und dem Entscheid zugrunde gelegt werden. Da solche Untersuchungen im Einzelfall nur sehr schwer durchzuführen wären, ist es von grosser Bedeutung, dass (i) diese Kosten-Nutzen-Überlegungen beim Design einer Regulierung bedacht werden und/oder dass (ii) sich die Vollzugsbehörde dem Dilemma bei der Rechtsanwendung bewusst ist. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, wird diesem Grundsatzproblem mangels klarer Rechtsbegriffe weder mit dem bestehenden Regulierungsdesign noch in der Behörden- und Gerichtspraxis ausreichend Beachtung geschenkt.

III. Regulierungsdesign: Operationalisierung des volkswirtschaftlichen Begriffs Marktversagen

Aus regulierungstheoretischer Sicht sollte eine Zugangsregulierung nur bei Vorliegen eines Marktversagens – bedingt durch einen «bottleneck» – auferlegt werden. Das Aufgreifkriterium der Zugangsregulierung im FMG ist die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Marktbeherrschend im Sinne des Kartellgesetzes ist ein Unternehmen, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In Kombination mit der Praxis zur Marktabgrenzung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eröffnet die

Marktbeherrschungsdefinition einen Ermessensspielraum, in welchem auch Unternehmen als marktbeherrschend qualifiziert werden können, wenn kein Marktversagen vorliegt: Nach Art. 11 Abs. 3 VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Dieser Ansatz eignet sich nicht zwingend, um Marktversagen zu identifizieren, weil im Vollzug die Tendenz besteht, vor allem die Sicht der Marktgegenseite einzunehmen und bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse die Situation in den Endkundenmärkten zu wenig in Betracht zu ziehen. So kann zwar ein Zwischenhändler (Marktgegenseite) auf einen Input angewiesen sein, weil er ihn weder selber duplizieren noch substituieren kann. Der Anbieter des Inputs dürfte in diesem Fall als marktbeherrschend qualifiziert werden. Ob in diesem Fall aber tatsächlich ein Marktversagen vorliegt, kann indessen nicht allein anhand der Abhängigkeitssituation beurteilt werden. Dass die Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeit hat, ist keine hinreichende Bedingung für das Auftreten eines Marktversagens.

Beispiel: Aus Sicht eines konkurrierenden Anbieters (A) kann bspw. die Produktionsanlage seines Konkurrenten (B) eine Art «bottleneck» sein, da es aus seiner Sicht keine Substitutionsmöglichkeiten (*supply side substitution*) gibt. Das will indessen nicht heissen, dass der Eigentümer (B) der wesentlichen Einrichtung Monopolmacht ausüben kann. Selbst eine «Bottleneck»-Einrichtung kann aus der Sicht des Endkunden einem kompetitiven Druck ausgesetzt sein. Ein häufig genanntes Beispiel ist die Pipeline, die eine Stadt mit Heizöl versorgt. Die Pipeline erfüllt aus Sicht eines Öllieferanten zwar die genannten «Bottleneck»-Eigenschaften. Dennoch kann der Eigentümer der Pipeline keine Monopolmacht ausüben, denn die Stadt wird gleichzeitig auf dem Seeweg mit Heizöl versorgt. Daneben lassen sich die Häuser dieser Stadt sowohl mit Elektrizität als auch mit Gas beheizen. Im Bereich der Pipeline liegt sodann kein Marktversagen vor.

Bei der Analyse, ob ein Marktversagen vorliegt, müssen die Ausweich-

möglichkeiten der Endkunden (*demand side substitution*²²) berücksichtigt werden. Können sie ausweichen, liegt im Bereich der «Bottleneck»-Einrichtung kein Marktversagen vor. Bei der Aufregerlegung einer Zugangsregulierung, d. h. bei der Überprüfung, ob die Voraussetzungen für eine solche gegeben sind, muss zwischen wirtschaftlichen Abhängigkeiten und Marktversagen unterschieden werden. Das Ziel der Zugangsregulierung ist nicht in erster Linie ein Schutz von einzelnen Wettbewerbern, sondern es sollen die statischen und dynamischen Wettbewerbsfunktionen zugunsten der Endkunden bestmöglich erfüllt bzw. simuliert werden, wo sie wegen eines Marktversagens beeinträchtigt werden. In allen anderen Fällen ist ein regulatorischer Eingriff aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht gerechtfertigt.

Im US-amerikanischen Kartellrecht wurde die Figur der «essential facility» entwickelt, um unter bestimmten Umständen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit abzuweichen und ein Unternehmen zu verpflichten, seinem Konkurrenten Zugang zu einer Anlage zu gewähren oder ihn mit einem Input zu beliefern²³. Materiell ist die Essential Facilities Doktrin (EFD) ein Anwendungsfall der kartellrechtlichen Bestimmungen betr. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eines marktbeherrschenden Unternehmens (Art. 7

²² Zur Diskussion zu den kompetitiven Effekten der *supply* und *demand side substitution* vgl. anstelle vieler: M. MORTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 102 ff.

²³ Für einen Überblick: R. PITOFKY / D. PATTERSON / J. HOOKS, *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*, *Antitrust Law Journal*, 2003 (scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=facpub) und M. VLCEK, *Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Zürich 2013, 75.

Abs. 2 lit. a KG)²⁴. Ähnlich wie die schweizerische Gesetzgebung fokussiert auch die EFD nicht explizit auf die Frage, ob ein Marktversagen vorliegt. Vielmehr ist auch bei der EFD das Verhältnis zweier Konkurrenten im Fokus: *The doctrine seeks to prevent the firm with monopoly control over an essential asset from unlawfully excluding actual or potential rivals...*²⁵.

Zur Identifikation eines Marktversagens in der Telekommunikation haben JERRY HAUSMAN und GREGORY SIDAK einen Test²⁶ entwickelt (Hausman/Sidak-Test), der bei der EFD ansetzt, aber explizit die Marktverhältnisse in den Endkundenmärkten berücksichtigt. Damit von einem Marktversagen ausgegangen werden kann, müssen die nachstehenden Bedingungen *kumulativ* erfüllt sein:

- Es muss technisch möglich sein, den Zugang zu gewähren;
- der Netzbetreiber hat sich gewei- gert, Zugang zu einem kostenorientierten Preis, der die totalen langfristigen Zusatzkosten berücksichtigt, zu gewähren;
- es ist unmöglich und ökonomisch unvernünftig, das Netzwerkelement (mit alternativer Technologie) zu duplizieren;
- das Netz wird von einem Unternehmen kontrolliert, das den Endkunden in seinem Einzugsgebiet als Monopolist Telekommunikationsdienste anbietet;

- das Unternehmen kann im Angebot von Telekommunikationsdiensten an Endkunden im relevanten Markt Marktmacht ausüben, indem es den Zugang auf das Netz einschränken kann.

Der Test kombiniert technische Aspekte sowie angebots- (*supply side substitution*) und nachfrageseitige (*demand side substitution*) Substitutionsmöglichkeiten. Indem nur bei tatsächlichem Marktversagen eingegriffen wird, soll der Hausman/Sidak-Test sicherstellen, dass Regulierungsfehler mit ihren schädlichen Auswirkungen möglichst vermieden werden.

IV. Vollzug des Fernmeldegesetzes: Die Marktbeherrschung wird reflexartig bejaht

1. Vorbemerkung

In diesem Abschnitt wird der Vollzug der im FMG vorgesehenen Zugangsregulierung – speziell die Frage, wie das Aufgreifkriterium Marktbeherrschung in der Praxis angewendet wird – näher untersucht. Zur Erinnerung: Mit dem FMG wurde eine Zugangsregulierung eingeführt. Danach müssen *marktbeherrschende* Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbietern zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren²⁷. Ist in einem Zugangsverfah-

ren die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, wird diese von der Wettbewerbskommission begutachtet²⁸. Das Gutachten spielt eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzung der Marktbeherrschung für die sektorspezifische Regulierung erfüllt ist. Bei der Umsetzung des revidierten Fernmeldegesetzes war die Frage der Marktbeherrschung nur bei den Zugangsformen schneller Bitstrom, bei gewissen Mietleitungen und beim Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen für Grosskunden strittig. In allen drei Fällen wurde Swisscom als marktbeherrschend qualifiziert.

2. Fall 1: Zugang zum schnellen Bitstrom

a) Ausgangslage

Der schnelle Bitstrom-Zugang²⁹ (Bitstream Access, BSA) ist eine Hochgeschwindigkeitsverbindung auf der Kupferleitung im Anschlussnetz der Swisscom. Internetserviceprovider (ISPs) können auf der Basis dieses Vorleistungsdienstes Endkunden ihre Internetzugangsdienste anbieten. ISPs, die auf BSA-Basis Endkundendienste anbieten, sind in Konkurrenz mit den Diensten, die nebst Swisscom den Endkunden auch andere Netzeigentümer wie Kabelfernsehnetzbetreiber und neuerdings auch ISPs auf den Datennetzen der Elektrizitätswerke an-

sich die Parteien (Anbieterin und Nachfragerin von Zugangsdiensten) – wo immer möglich – über den Vertragsinhalt einigen. Einigen sich die Parteien nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, werden diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bakom von der ComCom (ex post) verfügt.

²⁸ Art. 11a Abs. 2 FMG.

²⁹ Schneller Bitstrom-Zugang: Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten (Art. 3 lit. d^{ter} FMG).

²⁴ Die EFD ist auch in der Schweizer Rechtsprechung verankert, vgl. zuletzt das Bundesgericht im Fall «Étivaz» bzw. BGE 139 II 316 ff. E. 6 betr. Zugang zu einer AOC-Käse-Genossenschaft, oder auch im Fall «EEF/WATT/MIGROS» bzw. BGE 129 II 497 E. 6.5 betr. Stromdurchleitung.

²⁵ Für einen Überblick: PITOFSKY/PATTERSON/HOOKS (Fn. 23).

²⁶ J.A. HAUSMAN/G. SIDAK, A Consumer-Welfare Approach to the Mandatory Unbundling of Telecommunications Networks, *The Yale Law Journal* Vol. 109, 2009 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=205670).

²⁷ Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen *marktbeherrschende Anbieterinnen* von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in folgenden Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren: a. den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss; b. während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang; c. das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes; d. die Interkonnektion; e. Mietleitungen; f. den Zugang zu Kabelkanalisationen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. In der Konzeption des Fernmeldegesetzes gilt das Verhandlungsprimat. Danach müssen

bieten. Mit Verweis auf die Wettbewerbssituation hat Swisscom geltend gemacht, sie sei nicht marktbeherrschend und hat sich dementsprechend geweigert, den schnellen Bitstrom-Zugang zu regulierten Bedingungen im Sinne von Art. 3 lit. d^{ter} i.V. mit Art. 11 FMG anzubieten. Mit Gesuch vom 10. April 2007 hat Sunrise bei der ComCom beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, ihr auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstrom-Zugang zu gewähren. Swisscom hat geltend gemacht, dass es in der Schweiz ca. 2,5 Millionen breitbandfähige Kabelnetzanschlüsse gäbe. Damit hätten mehr als 80% der etwa 3,1 Millionen Haushalte für den schnellen Internetzugang die Wahl zwischen zwei unabhängigen Festnetzinfrastrukturen. Im Übrigen würden solche Internetzugangsdienste faktisch flächendeckend auch über drahtlose, namentlich Mobilfunknetze angeboten. Des Weiteren könnten Fernmeldeanbieterinnen ohne eigenes Anschlussnetz mit dem durch das revidierte FMG neu eingeführten Zugangsdienst «vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss»³⁰ selber Breitbandverbindungen zu den Endkunden herstellen. ISPs hätten zudem die Möglichkeit, bei ihr kommerzielle, d. h. nicht preisregulierte, Bitstromdienste (Breitbandvorleistungsdienste) zu beziehen.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

In ihrem *Gutachten*³¹ vom 3. September 2007 kommt die *Weko* zum Schluss, dass Swisscom aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes auf dem Markt

für Zugänge zu Breitbanddiensten als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) wird der Markt aus Sicht der nachfragenden Gesuchstellerin Sunrise abgegrenzt. Sie ist im vorliegenden Fall die Marktgegenseite, die den regulierten Dienst beziehen will. Bei der Beurteilung der Marktstellung stützt sich die *Weko* auf die «vertikalen wirtschaftlichen Abhängigkeiten». Danach kann sich ein Unternehmen dann unabhängig verhalten, wenn aus Sicht der Marktgegenseite oder der betroffenen Marktteilnehmer keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen (N 38). Bei der Frage, ob und wie der Endkundenmarkt zu berücksichtigen sei, verweist die *Weko* auf einen Bundesgerichtsentscheid, der die Substituierbarkeit des Empfangs von Fernsehprogrammen ab Satellit mit demjenigen über Kabelnetze verneint³². Gemäss diesem Entscheid seien nicht perfekte Substitute bei der Analyse der Wettbewerbssituation nur begrenzt zu berücksichtigen und es sei primär auf die Wettbewerbskräfte im relevanten Markt abzustellen. Gäbe es im relevanten Markt keine Wettbewerber, dürften mögliche disziplinierende Einflüsse aus anderen Märkten nur begrenzt zu einer Einschränkung der Verhaltensspielräume des betroffenen Unternehmens führen (N 65). Ferner wird geltend gemacht, dass die Kundschaft träge sei (N 76), dass lokale und regionale Kabelnetzbetreiber keine schweizweiten Angebote machen könnten (N 78), dass die Technologie der Swisscom vergleichsweise stärker wachse als die Kabeltechnologie (N 80), dass die historische Betreiberin über ein landesweites Netz und eine grosse Kundenbasis verfüge, was ihr Vorteile verschaffe (N 81) und dass es im Retailmarkt gleichbleibende Preise gäbe (N 83). All dies spre-

che insgesamt für eine schwache Disziplinierung. Zusammenfassend wird festgehalten, dass ein gewisser Wettbewerbsdruck vonseiten der Kabelnetzbetreiber bestehe. Dieser sei indessen nur begrenzt zu berücksichtigen und nur beschränkt vorhanden, weshalb sich Swisscom unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten könne (N 88) und daher als marktbeherrschend zu qualifizieren sei (N 90). Die *ComCom* stützt sich in ihrer *Verfügung*³³ vom 21. November 2007 weitestgehend auf das Gutachten der *Weko*.

Im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid der *ComCom* vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom vor dem Bundesverwaltungsgericht ging es vor allem um die Frage des disziplinierenden Einflusses des Endkundenmarktes. Das *Bundesverwaltungsgericht* ist in seinem *Entscheid*³⁴ der Vorinstanz gefolgt: «Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz, die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde übereinstimmt, abzuweichen. Sie [Swisscom] vermag nicht darzulegen, inwiefern der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. Insbesondere geht ihr Vorwurf, die Vorinstanz habe, indem sie die Wettbewerbsverhältnisse nicht eingehend abgeklärt habe, weder den Vollbeweis noch den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der marktbeherrschenden Stellung erbracht, [...] fehl. Es kann somit festgehalten werden, dass weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb besteht, der das Verhalten der [Swisscom] disziplinieren würde»³⁵.

³⁰ Art. 3 lit. d^{bis} und Art. 11 Abs. 1 lit. a FMG.

³¹ Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 in Sachen «TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG» betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008, 222 ff.

³² BGE 130 II 449 ff. E. 5.5.

³³ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission *ComCom* vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom.

³⁴ BVGer vom 12. Februar 2009, A-109/2008.

³⁵ BVGer vom 12. Februar 2009, A-109/2008, E. 9.4.4.

c) Kritik

Die Verfügung betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom stützt sich auf den Umstand, dass es in der Schweiz kein alternatives Wholesaleangebot gebe, welches demjenigen der Swisscom ebenbürtig wäre. Seitens der Kabelnetzbetreiber existiere nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf Swisscom. Bei Vorhandensein von nur zwei relevanten Infrastrukturanbieterinnen im Sinne eines Duopols bilde wirksamer Wettbewerb die Ausnahme. Dieser «Zwei sind nicht genug»-Grundsatz wird volkswirtschaftlich nicht näher begründet. Angesichts hoher Fixkosten ist die Zahl der Wettbewerber, die profitabel am Telekommunikationsmarkt wirtschaften können, nicht unbegrenzt³⁶. Das Aufgreifkriterium der Zugangsregulierung bedient sich am Begriff der Marktbeherrschung, welche gemäss Art. 4 Abs. 2 KG dann gegeben ist, wenn sich das Unternehmen in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Diese strenge Anforderung ist geeignet, um den aus ökonomischer Sicht restriktiven Anforderungen an eine Regulierungsvoraussetzung (vgl. Kapitel III.) gerecht zu werden. Die Behörden und das Bundesverwaltungsgericht haben es aber versäumt, zu zeigen, dass sich Swisscom tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Eine aus regulierungsökonomischer Sicht sachgerechte Beurteilung hätte nachweisen müssen, dass das Unternehmen

in seinem Geschäftsgebaren von Konkurrenten, der Marktgegenseite und gegenüber den Endkunden nicht genügend diszipliniert wird und es so zu volkswirtschaftlichen Schäden kommt (Art. 1 KG). Stattdessen haben die Behörden und Gerichte den Wholesale vom Retailmarkt unterschieden und den sachlich relevanten Markt zu eng als Wholesalemarkt für Breitbanddienste, der die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge umfasst, abgegrenzt.

3. Fall 2: Zugang zu Mietleitungen

a) Ausgangslage

Mietleitungen³⁷ sind Datenleitungen, auf denen eine hohe Übertragungsqualität garantiert wird. Sie werden regelmässig von Geschäftskunden nachgefragt. Die Konkurrenzsituation auf dem Mietleitungsmarkt ist regional sehr unterschiedlich. In Ballungszentren sind verschiedene Netzbetreiber tätig, während in ländlichen Regionen der Wettbewerb weniger stark ausgeprägt ist. Geschäftskunden, die grosse Kapazitäten nachfragen, werden regelmässig von verschiedenen Netzbetreibern bedient. Mit Verweis auf die Marktstrukturen und die sich daraus ergebende Wettbewerbssituation (in Ballungszentren und für grosse Kapazitäten liege keine Marktbeherrschung vor) beschränkte Swisscom ihr reguliertes Angebot an Mietleitungen im Sinne von Art. 3 lit. e^{bis} i.V. mit Art. 11 FMG auf solche mit einer geringen Kapazität und ausserhalb der Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich.

Mit Gesuch vom 30. September 2008 hat Sunrise bei der ComCom beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, ihr regulierte Mietleitungen techno-

logieneutral und mit den markt- und branchenüblichen Übertragungskapazitäten (d.h. ohne Beschränkung auf 2 Mbit/s) sowie ohne regionale Beschränkung in der ganzen Schweiz anzubieten.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

In ihrem *Gutachten*³⁸ vom 23. Juni 2008 kam die Weko zum Schluss, dass Swisscom betreffend Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschend und im Fernnetz als nicht marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Die Auffassung von Swisscom, wonach in den sechs grossen Agglomerationen mehr Konkurrenz aktiv sei als in der übrigen Schweiz, sei teilweise zutreffend. Nichtsdestotrotz stellte die Weko eine flächendeckend wirkende beherrschende Stellung der Swisscom fest. Die ComCom stützte sich in ihrer *Verfügung*³⁹ vom 10. März 2010 materiell weitgehend auf das Gutachten der Weko. Dies insbesondere hinsichtlich der Frage der Wettbewerbsverhältnisse in den sechs zur Diskussion stehenden Ballungszentren und der Differenzierung nach Bandbreiten. Die Kabelnetze (Glasfasernetze und Koaxialnetze) wurden nicht zum gleichen Markt gezählt, obschon sich Koaxialkabel «grundsätzlich für die Herstellung von Mietleitungen eignen» (E. 2.3.2.1). Das Bundesverwaltungsgericht stützte die Argumentation der ComCom mit Urteil vom 28. Februar 2012 weitgehend. Insbesondere wies das Gericht darauf hin, dass es sich bei der ComCom und auch bei der Weko um Fachorgane handle,

³⁶ Zwar ist denkbar, dass das Wettbewerbspotenzial mit der Zahl der Marktteilnehmer grösser wird. Umgekehrt führt starker Wettbewerb aber auch dazu, dass die Zahl der Marktteilnehmer sinkt. Können auf einem Markt viele – teils ineffiziente – Unternehmen überleben, kann dies ebenso gut für fehlenden Wettbewerb sprechen (S. BUEHLER/C. KAISER/F. JÄGER, *Competition Policy and Exit Rates: Evidence from Switzerland*, Contributions to Economic Analysis & Policy Vol. 4, 2005, www.zora.uzh.ch/52191/1/wp0405.pdf).

³⁷ Mietleitungen: Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen (Art. 3 lit. e^{bis} FMG).

³⁸ Gutachten der Wettbewerbskommission vom 23. Juni 2008 in Sachen «Colt Telecom AG vs. Swisscom (Schweiz) AG» betreffend Mietleitungen, RPW 2008, 751 ff.

³⁹ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 10. März 2010 betreffend Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF).

weshalb deren Entscheide nur mit Zurückhaltung überprüft würden⁴⁰.

c) Kritik

In der Mietleitungsverfügung werden die Koaxialkabel der Kabelnetzbetreiber ohne eingehende Abklärungen vollständig vom relevanten Markt ausgenommen und im Zusammenhang mit der Marktstellung vertritt die ComCom die Ansicht, dass selbst die Berücksichtigung des 160 000 km langen Glasfasernetzes von Cablecom nichts an der Marktstellung von Swisscom ändere. Eine eingehende Prüfung der Marktwirkungen der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber wurde so zum Vornherein vermöglicht. Als Folge davon wurden die aktuellen und potenziellen Angebote von den Kabelnetzbetreibern in der Marktbeurteilung nicht berücksichtigt.

Nur wenn hohe Marktzutrittschranken bestehen, können Wettbewerbsvorteile tatsächlich dazu führen, dass sich ein Unternehmen unabhängig verhalten kann. Gerade diesbezüglich enthält die Verfügung indessen nur pauschale Aussagen, die nicht auf nähere Abklärungen und Analysen abstellen. Ebenso wenig stichhaltig ist der Hinweis auf die Praxis der EU, nach welcher gemäss ComCom ab 50% Marktanteil per se Marktbeherrschung vermutet werde (E. 2.3.3.1.2, 36). Im schweizerischen Recht besteht eine derartige Vermutung nicht. Vielmehr hielt bereits die Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz⁴¹ fest: «Das im Konzept des wirksamen Wettbewerbs zum Ausdruck kommende Wettbewerbsverständnis lehnt jeden strukturellen Determinismus ab, wonach aufgrund statischer Strukturmerkmale (Anzahl Firmen, Konzentration der Marktanteile etc.)

zwingend auf bestimmte Verhaltensweisen oder Wettbewerbsergebnisse zu schliessen wäre.» In ähnlicher Weise hat sich zu dieser Frage auch das Bundesgericht geäussert: «Er [ein hoher Marktanteil] kann auch das Resultat von Wettbewerb sein, wenn nämlich die Kunden zur Auffassung kommen, dass das Angebot des Marktführers tatsächlich das günstigste ist, und somit nicht auf das andere Angebot ausweichen wollen, obwohl sie dies ohne weiteres könnten» (BGE 130 II 449 E. 5.7.2). Auch im Mietleitungsfall fehlt bei der Beurteilung der Marktbeherrschung als Regulierungsvoraussetzung eine Prüfung aus der Sicht der Endkunden. Vielmehr wird auch hier vom Grundsatz ausgegangen, dass jedes Netz einen separaten Markt darstellt und dass der Eigentümer eines Netzes daher marktbeherrschend sein muss.

4. Zugang zum Dienst Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen

a) Ausgangslage

Das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen (VTA) ermöglicht es einer Anbieterin von Sprachtelefondiensten ebenfalls, den Telefonanschluss, der dem Endkunden von einer (anderen) marktbeherrschenden Netzbetreiberin angeboten wird, in Rechnung zu stellen. So erhält der Kunde nur noch eine Rechnung. Es gibt verschiedene Telefonanschlusstypen; im vorliegenden Fall interessiert der sog. Primäranschluss (PRA), über den gleichzeitig 30 Telefongespräche geführt werden können. Solche Anschlüsse werden regelmässig von Geschäftskunden nachgefragt, die an einem Standort gleichzeitig mehrere Telefonanschlüsse benötigen. Swisscom anerkannte ihre fernmeldegesetzliche Angebotspflicht für alle Anschlusstypen ausser für Primäranschlüsse. Für diese verweigerte sie ein reguliertes Angebot und machte stattdessen geltend, dass sie im Grosskundengeschäft im Angebot

von PRA mit anderen Anbieterinnen im Wettbewerb stehe und sich daher nicht unabhängig verhalten könne. Mit Gesuch vom 20. August 2007 reichte Sunrise bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom ein. Darin wurde unter anderem beantragt, Swisscom sei zu verpflichten, Sunrise die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

b) Würdigung durch Behörden und Gerichte

Die Weko kam in ihrem Gutachten⁴² vom 3. Juni 2008 zum Schluss, dass Swisscom auf dem Markt der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei (N 51). Marktgegenseite seien Fernmelde-diensteanbieterinnen, die ihren Endkunden neben Sprachtelefondiensten auch den Anschluss in Rechnung stellen wollen. Zu dieser Dienstleistung würden systembedingt keine Substitutionsmöglichkeiten existieren (N 14). Aus Endkundensicht seien die Netze von Kabelnetzbetreibern mögliche Substitute (N 20). Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln komme aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten praktisch nur für Geschäftskunden infrage (N 21). Den Einwand der Swisscom, wonach einzig die Marktverhältnisse im Bereich der Primäranschlüsse – also bei Grosskunden – Gegenstand dieses Verfahrens vor der ComCom seien und sie dort im Wettbewerb mit anderen Anbietern (Sunrise, Colt, Cablecom und Stromversorgern) stehe

⁴⁰ BVGer vom 28. Februar 2012, A-2969/2010, E. 2.2, 12.4.1, 12.4.5, 13.1, 27.5.1 und 30.5.

⁴¹ BBl 1995 I 513; vgl. auch die Ausführungen der Weko im Fall «Siemens/ Elektrowatt», RPW 1997, 540 ff.

⁴² Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. Juni 2008 in Sachen «Sunrise Communications AG (Sunrise) vs. Swisscom Fixnet AG» betreffend Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA), RPW 2008, 745 ff.

(N 22), liess die Weko nicht gelten. Die ComCom stützte sich in ihrer Verfügung⁴³ vom 23. Dezember 2008 weitestgehend auf das Gutachten der Weko. Die strittige Frage, ob sich die Marktbeherrschung auf die Primäranschlüsse bezieht oder auf das Verrechnen von solchen, beantwortet die ComCom eindeutig. Ihrer Ansicht nach gehe es um die nachgefragte Zugangsform und damit um die Marktbeherrschung beim Verrechnen von Primäranschlüssen. Sie stützte sich dabei auf Art. 11 Abs. 3 VKU, wonach der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen umfasse, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen würden. Die Marktgegenseite seien Fernmeldediensteanbieterinnen, welche Anschlüsse der Swisscom ihrer Kundschaft verrechnen wollten. Endkundinnen und Endkunden, die Primäranschlüsse nachfragen, würden nicht die Marktgegenseite bilden (E. 3.2.3, 20). Massgebend sei, dass die Verrechnung des Anschlusses nur von der Inhaberin des Anschlusses angeboten respektive gewährt werden könne. Daraus folge, dass im Bereich der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes jede Anschlussinhaberin an sich für die Verrechnung ihrer Teilnehmeranschlüsse marktbeherrschend sei.

c) Kritik

In der Verfügung betreffend Verrechnung des Teilnehmeranschlusses wurden zur Beurteilung der Marktbeherrschung nicht die Wettbewerbsverhältnisse bei den Primäranschlüssen untersucht. Vielmehr wurde der sachlich relevante Markt auf das Verrechnen

des Anschlusses abgegrenzt. Die Marktgegenseite sind die Fernmeldediensteanbieterinnen; Ausweichmöglichkeiten sind bei dieser engstmöglichen Marktabgrenzung keine vorhanden. Damit verliert der Marktbeherrschungsbegriff als Aufgreifkriterium für die Zugangsregulierung gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c FMG jeglichen Sinn.

V. Diskussion und Schlussfolgerung

1. Analyse des Vollzugs aus ökonomischer Sicht

Aus ökonomischer Sicht legitimiert sich eine Zugangsregulierung nur bei Vorliegen eines Marktversagens. Andernfalls muss davon ausgegangen werden, dass die volkswirtschaftlichen Kosten den Nutzen des Eingriffs überwiegen. Ansatzpunkt für die Identifikation eines Marktversagens bildet der Hausman/Sidak⁴⁴-Test. Dieser Test nimmt – anders als die Vorgabe von Art. 11 Abs. 3 VKU – die Sicht der Endkunden ein. Nachfolgend wird dieser Test auf die zur Diskussion stehenden Zugangsdienste schneller Bitstromzugang (BSA), regulierte Mietleitungen nach FMG (MLF) und Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse mit 30 Kanälen (VTA PRA) schematisch angewendet (siehe Tabelle nächste Seite).

Die schematische Analyse zeigt, dass in keinem der drei Fälle, in denen eine Marktbeherrschung als Regulierungsvoraussetzung festgestellt und dementsprechend nach Massgabe des Fernmeldegesetzes eingegriffen wurde, die Hausman/Sidak-Kriterien kumulativ erfüllt waren. Gemessen an diesen Kriterien liegt in keinem der drei Fälle ein durch einen «bottleneck» verursachtes Marktversagen vor. Die Qualifikation der Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Zu-

gangsregulierung orientiert sich in der Praxis offensichtlich nicht am Kriterium Marktversagen. Die Beurteilung der Marktbeherrschung erfolgt vielmehr nach «klassischer» kartellrechtlicher Vorgehensweise: Es werden in einem ersten Schritt Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VKU aus Sicht der nachfragenden Fernmeldediensteanbieterin abgegrenzt. Dabei stellen die einzelnen Zugangsdienste eigene relevante Märkte dar, was zu einer engen Marktabgrenzung führt. Das muss nicht unbedingt problematisch sein, wenn zur Beurteilung einer Marktbeherrschung die kompetitiven Wirkungen von angrenzenden und nachgelagerten Märkten sowie die Marktverhältnisse auf den Endkundenmärkten angemessen analysiert und entsprechend berücksichtigt würden. Die Vorgehensweise der Behörden und Gerichte zielt aber offensichtlich nicht darauf ab, zu prüfen, ob unabhängiges Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG möglich ist. Vielmehr wird nach der engen Marktabgrenzung eine mögliche Substituierbarkeit von Zugangsdiensten tendenziell verneint und die kompetitive Wirkung – etwa aus Endkundenmärkten – wird mit eher formalistischen Argumenten ausgeblendet. Sodann ergibt sich die festgestellte Marktbeherrschung aus einer Aneinanderreihung von Strukturmerkmalen, die in keinem Fall eindeutig gegen wirksamen Wettbewerb bzw. für ein Vorliegen eines Marktversagens bedingt durch einen «bottleneck» sprechen. Immer wieder betont werden die Marktanteile, welche für eine Marktbeherrschung sprechen würden. Marktanteile stellen aber kein hinreichendes Kriterium für Marktbeherrschung und damit einhergehend hohe (nicht wettbewerbsmässige) Preise dar. Hohe Marktanteile können geradezu das Resultat niedriger Preise sein. Insgesamt vermag die Kausalität der Argumentationskette aus ökonomischer Sicht in keinem der drei Fälle zu überzeugen, sodass in den drei Fällen der Nachweis einer aus ökonomischer

⁴³ Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 23. Dezember 2008 betreffend Bedingungen der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA).

⁴⁴ HAUSMAN/SIDAK (Fn. 26).

Kriterium nach Hausman/Sidak	Regulierter Zugangsdienst nach Fernmeldegesetz		
	BSA	MLF	VTA PRA
Die Gewährung des Zugangs zum Netzelement ist technisch möglich.	Ja	Ja	Ja
Der Netzbetreiber weigert sich, das Netzelement zu langfristigen Kosten der Netzelemente (total element long run incremental costs, TELRIC) anzubieten.	Ja	Ja	Ja
Es ist für einen Marktneuling faktisch unmöglich und unvernünftig, das Netzwerkelement zu duplizieren.	Nein Auf Basis der regulierten TAL («letzte Meile») kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung eines BSA mit wenig Aufwand selber herstellen. EWs sind Marktneulinge und haben die erforderlichen Netzwerkelemente dupliziert.	Nein Offensichtlich nicht: für hohe Bandbreiten und in städtischen Agglomerationen (Geschäftskunden) sind Mietleitungsnetze mehrfach dupliziert. Auf der Basis der regulierten TAL kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung von MLF mit wenig Aufwand selber herstellen.	Nein Offensichtlich nicht: bei Grosskunden sind PRA dupliziert. Auf Basis der TAL kann der Marktneuling das Netzwerkelement zur Herstellung eines PRA mit wenig Aufwand selber herstellen.
Das nachgefragte Netzwerkelement liegt in der Kontrolle eines Monopolanbieters von Telekommunikationsdiensten gegenüber Endkunden.	Nein Kabelnetze für Privatkunden TAL	Nein Alternative Mietleitungsnetze vorhanden TAL	Nein Netze anderer Telefonanbieter vorhanden TAL
Der Eigentümer des angeforderten Netzwerkelements übt gegenüber Endkunden im Angebot von Telekommunikationsdiensten Monopolmacht aus.	Nein Netzwerkelement (Breitbanddienst) ist mit anderen Breitbanddiensten auf Basis anderer Infrastrukturen bei Endkunden im Wettbewerb.	Nein Netzwerkelement bzw. Mietleitungsdienste ist mit anderen Mietleitungen auf Basis anderer Infrastrukturen bei Endkunden im Wettbewerb.	Nein Netzwerkelement bzw. PRA-Dienst ist mit anderen Telefonanschlüssen auf Basis anderer Infrastrukturen bei Grosskunden im Wettbewerb.

Sicht sachgerechten Regulierungsvoraussetzung nicht erbracht wurde. In keinem der drei Fälle wurde ansatzweise geprüft, ob sich das Unternehmen unabhängig verhalten könnte bzw. ob ein Marktversagen vorliegt. Wir kommen daher zum Schluss, dass der Marktbeherrschungstest in regulatorischen Zugangsverfahren seine vorgesehene Funktion als ökonomisch sachgerechte Voraussetzung der Regulierung, d. h. als

Kriterium zur Feststellung eines Marktversagens, nicht erfüllt.

2. Analyse des Vollzugs aus institutioneller Sicht

Mit der Liberalisierung im Jahr 1998 wurde der Telecom PTT ihr bisheriger Monopolschutz für das Erbringen von Fernmeldediensten entzogen. Vor der Liberalisierung durften weder die existierenden

Kabelfernsehnetze noch andere Netzbetreiber Telefon- und Internetdienste anbieten⁴⁵. So gab es zum Zeitpunkt der Liberalisierung im Festnetzbereich für die Telefonie und den Internetzugang (noch) keinen Markt und keinen Wettbewerb. Aus diesem Grund wurde der seit Jahrzehnten etablierten und vormaligen Monopolanbieterin Swisscom gleichzeitig mit der Liberalisierung eine Zugangsverpflichtung auf ihr Telefonnetz (Interkonnektion) auferlegt.

Mit der Einführung der sektorspezifischen Regulierung wurden auch die entsprechenden Institutionen geschaffen. Die ComCom ist die unabhängige Konzessions- und Regulierungsbehörde im Fernmeldebereich und wurde durch das Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997 ins Leben gerufen. Sie ist wie die WEKO eine unabhängige Behördenkommission. Die Unabhängigkeit der Sachverständigen soll sicherstellen, dass fachliche und sachliche Kriterien bei der Tätigkeit der Kommissionsmitglieder im Vordergrund stehen⁴⁶. Dies gerade im Hinblick auf die mitunter politisch heiklen Entscheide, die die ComCom zu fällen hat, wie es das Bundesgericht feststellte⁴⁷. Nichtsdestotrotz dürften in der Öffentlichkeit Entscheide zuungunsten der ehemaligen Monopolistin Swisscom als Entscheide für den Wettbewerb (und für die Konsumenten) und umgekehrt gewertet worden sein. Wir stellen die These auf, dass sich die ComCom, die kein Gericht, sondern eine Behördenkommission ist, dem Druck der Öffentlichkeit und der Medien nicht vollständig entziehen konnte. In einer analogen Rolle dürfte sich die Wettbewerbskommission befunden haben, welche einen Grossteil ihrer Ressourcen im Bereich der Infrastrukturmärkte für Untersuchungen gegen die Swisscom verwendete.

⁴⁵ BBl 1996 III 1410.

⁴⁶ BBl 1996 III 1447.

⁴⁷ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000.

Inzwischen sind seit der Liberalisierung über fünfzehn Jahre vergangen; die Technologien, die Marktteilnehmer, die Netze und die Infrastrukturen sowie die angebotenen Dienste haben sich stark entwickelt. Insbesondere die Digitalisierung ermöglichte es, dass über alle – teilweise schon lange bestehenden – Kommunikationsinfrastrukturen (Telefon-Kupferleitungen, Fernseh-Koaxialkabel, Glasfasernetze, Mobilfunknetze) die gleichen Dienste (Telefonie, schneller Internetzugang und Fernsehen) angeboten werden können. Die programmatische Aussage in der Botschaft zur Marktliberalisierung (1996), dass es «Sinn macht, diese Netze gegenseitig in Wettbewerb treten zu lassen»⁴⁸, hat sich im Markt bewahrheitet. Auch bei den Geschäftskunden stehen gerade in Ballungszentren und angrenzenden Gewerbegebieten sowie für das Angebot von hohen Bandbreiten mehrere Netzbetreiber miteinander im Wettbewerb⁴⁹.

Nichtsdestotrotz scheinen die Behörden ComCom und Weko diesen Infrastrukturwettbewerb – mithin die Abwesenheit eines Marktversagens im regulierungsökonomischen Sinn – nicht im gebotenen Ausmass zu anerkennen. Vielmehr wird die Marktbeherrschung in den Verfahren sozusagen reflexartig bejaht und damit der Kontrahierungszwang und die Preisvorschriften des FMG im Einzelfall «in Kraft gesetzt».

Dies wäre grundsätzlich nicht problematisch, da die ComCom die Zugangsverfahren nicht letztinstanzlich beurteilt und Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat uneingeschränkte Kognition und kann insbesondere auch die Ermessensausübung durch die ComCom überprüfen und bei Unangemessenheit den Entscheid aufheben oder korrigieren. Dies erscheint umso wichtiger, als es sich bei der Kommunikationskommission gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁵⁰ um keine richterliche Behörde handelt und diese – wie dargelegt – gerade bei politisch heiklen Fragen einer gewissen Voreingenommenheit verhaftet sein dürfte.

In fernmelderechtlichen Verfahren schränkt das Bundesverwaltungsgericht die eigene Kognition hingegen sehr stark ein: Das Gericht verweist jeweils darauf, dass es sich bei der ComCom als Vorinstanz und der Weko als Gutachterin nicht um gewöhnliche Vollzugsbehörden, sondern um verwaltungsunabhängige Kollegialbehörden mit besonderen Fachkompetenzen handle. Damit rechtfertigt sich eine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Entscheide der ComCom, insbesondere wenn es um die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe gehe. Beim Marktbeherrschungsbegriff handle es sich trotz der Definition in Art. 4 Abs. 2 KG um einen unbestimmten Gesetzesbegriff⁵¹. Die ComCom urteile zudem in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Na-

tur zu beantworten seien. Damit stehe der ComCom ein eigentliches «technisches» Ermessen zu, welches durch das Bundesverwaltungsgericht nicht angetastet werde, sofern die erforderlichen Abklärungen sorgfältig durchgeführt wurden⁵². Da das Bundesverwaltungsgericht die Marktbeherrschung als unbestimmten Gesetzesbegriff und auch die damit verbundenen *Fragen ökonomischer Natur* nur auf Plausibilität hin überprüft, besteht hinsichtlich der Frage, ob in einem konkreten Fall das Aufgreifkriterium «Marktbeherrschung» für die Zugangsregulierung gegeben ist, kein wirksamer Überprüfungsmechanismus für Verfügungen der ComCom. Das *institutionelle «Setting»* scheint damit eine Tendenz aufzuweisen, dass im Zweifelsfall regulierend in die Märkte eingegriffen wird.

Um ökonomisch sachgerechtere Regulierungsentscheide sicherzustellen, wäre bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eine Praxisänderung in Richtung einer genaueren und umfassenderen Überprüfung der Rechtsanwendung durch das Bundesverwaltungsgericht angezeigt. Sollte sich eine solche Praxisänderung als nicht möglich erweisen, wäre im Fernmelderecht die Ablösung der Regulierungsvoraussetzung «Marktbeherrschung» durch einen Test auf der Basis der von HAUSMAN und SIDAK erarbeiteten Kriterien, d.h. mit einer zwingenden Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Stufe der Endkunden, zu prüfen.

⁴⁸ BBl 1996 III 1417.

⁴⁹ Offensichtlich lohnt es sich, solche Kunden direkt anzuschliessen. In vielen Schweizer Städten herrscht schon seit Jahren ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Netzbetreibern, denn neben Swisscom und Cablecom verlegten dort z. B. auch Sunrise und Colt Telecom Glasfaserleitungen. Grosse Anbieter sind Baldata, EWB Bern, Cablecom (schweizweit), EWZ, Sunrise, SIG und andere. Energieversorgungsunternehmen haben dabei den Vorteil, dass sie ihre bestehenden Kabelkanäle für das Verlegen von Telekommunikationsleitungen nutzen können. Quelle: Elektrotechnik ET Ausgabe 3/10, 18, www.elektrotechnik.ch.

⁵⁰ BGer vom 3. Oktober 2001, 2A.503/2000, 5.

⁵¹ Ein unbestimmter Gesetzesbegriff liegt immer dann vor, wenn eine Norm die Tatbestandsvoraussetzungen in besonders offener und unbestimmter Weise umschreibt. Der Marktbeherrschungsbegriff ist trotz entsprechender Definition im Kartellgesetz als solche Norm zu qualifizieren (BGer vom 22. Februar 2007, 2A.327/2006, E. 7.2).

⁵² Vgl. statt vieler Urteile BVGer vom 28. Februar 2012, A-2969/2010, E. 2.2 und hierzu kritisch: M. MÜLLER/R. FELLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung. Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBI 2009, 442 ff.

Zusammenfassung

Eine Zugangsregulierung kann ein Marktversagen korrigieren. Der Regulierungseingriff verursacht regelmässig aber auch volkswirtschaftliche Kosten. Die Zugangsregulierung ist aus volkswirtschaftlicher Sicht daher nur dann gerechtfertigt, wenn ein Marktversagen – bedingt durch einen sogenannten «bottleneck» – vorliegt und der Nutzen des Eingriffs grösser als seine Kosten ist. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist ein Regulierungseingriff ökonomisch nicht sachgerecht.

Das FMG sieht als Voraussetzung für die Zugangsregulierung in den Telekommunikationsmärkten das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vor. Die Analyse der Praxis der Behörden und der Gerichte in FMG-Fällen hat gezeigt, dass dieses Kriterium vor dem Hintergrund der regulierungsökonomischen Erkenntnisse und Anforderungen zu extensiv angewendet wird bzw. dass das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zugangsregulierung zu rasch bejaht wird. Damit hat der Marktbeherrschungstest im Vollzug nicht den volkswirtschaftlichen Anforderungen standgehalten. Die Ursache für diese unbefriedigende Praxis liegt u. E. aber eher in einer fehlerhaften Rechtsanwendung als in einer fehlerhaften Gesetzgebung. Würde nämlich konsequent die vom Gesetzgeber vorgesehene Testfrage beurteilt, ob sich das zu beurteilende Unternehmen in erheblichem Umfang unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG), wären die hier analysierten Fälle anders entschieden worden. Von den Behörden und Gerichten wurde für die sachliche Marktabgrenzung regelmässig von einem separaten, sachlich relevanten Markt ausgegangen («ein Netz, ein Markt», «ein Dienst – ein Markt»). Unberücksichtigt blieb dabei, dass Wettbewerbsdruck aus vor- oder nachgelagerten bzw. benachbarten Märkten Verhaltensspielräume in aller Regel einengt. Mit anderen Worten wurden die «Abhängigkeiten» auf der eng definierten

Wholesale-Stufe viel stärker gewichtet als der auf den Endkundenmärkten bestehende Wettbewerb. Damit ist der im Zweckartikel des FMG vorgesehene Fokus auf den Endkunden vergessen gegangen. Es ist unklar, was die Ursache für diese extensive Anwendung der Zugangsregulierung des FMG ist. Möglich ist, dass das von der VKU vorgesehene Marktabgrenzungsdogma eine Rolle gespielt hat. Es könnte aber auch sein, dass das institutionelle Setting dafür verantwortlich ist: Die Weko und die ComCom müssen politisch heikle Entscheide fällen; dabei agieren sie nicht im politischen Vakuum. Vielmehr dürfte die öffentliche Wahrnehmung so sein, dass Entscheide der ComCom gegen die ehemalige Monopolistin automatisch als Entscheide für den Wettbewerb, mithin für die Konsumenten empfunden werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann die Verfügungen der ComCom zwar mit voller Kognition überprüfen; es ist dabei aber sehr zurückhaltend. Diese Verknüpfung einer «politischen» ersten Instanz mit einem zurückhaltenden Gericht in der zweiten Instanz führt zu Vollzugsdefiziten. Um zukünftig sachgerechtere Regulierungsentscheide sicherzustellen, wäre bei der Beurteilung der Marktbeherrschung eine Praxisänderung etwa bei der Überprüfung der Rechtsanwendung durch das Bundesverwaltungsgericht angezeigt. Allenfalls wäre auch zu prüfen, im Fernmelderecht die Ablösung der Regulierungsvoraussetzung «Marktbeherrschung» durch ein Kriterium zu ersetzen, welches – in Anlehnung an den HAUSMAN/SIDAK-Test – die Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Stufe der Endkunden zwingend in Betracht zieht.

Résumé

Une régulation de l'accès peut corriger une défaillance du marché. L'intervention réglementaire entraîne toutefois aussi régulièrement des coûts élevés pour la société. Du point de vue économique, la

régulation de l'accès n'est donc justifiée qu'en présence d'une défaillance du marché, résultant de ce qu'on appelle un «bottleneck», et lorsque l'utilité d'une telle intervention est supérieure à ses coûts. Si ces conditions ne sont pas remplies, une intervention réglementaire n'est pas justifiée économiquement.

A teneur de la LTC, la régulation de l'accès aux marchés de la télécommunication dépend de l'existence d'une position dominante. L'analyse, à la lumière des principes et des exigences économiques en matière de régulation, de la pratique des autorités et des tribunaux dans des cas soumis à la LTC montre que ce critère est appliqué de manière trop extensive, respectivement qu'il est trop rapidement considéré que les conditions d'une régulation de l'accès sont réunies. Lors de sa mise en œuvre, le test de la position dominante n'a ainsi pas résisté aux exigences économiques. Selon nous, cette pratique insatisfaisante est cependant plutôt due à une mauvaise application du droit qu'à une mauvaise législation. En effet, si la question test prévue par le législateur, soit celle de savoir si l'entreprise concernée est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart), était appliquée avec rigueur, les cas analysés ici auraient été tranchés différemment. Pour la délimitation du marché pertinent, les autorités et les tribunaux se fondent en général sur un marché de services distinct («un réseau, un marché», «un service – un marché»). Or, cela ne tient pas compte du fait que la pression concurrentielle provenant des marchés en amont, en aval ou voisins réduit en règle générale la marge de manœuvre d'une entreprise. En d'autres termes, il y a eu une plus forte pondération des «dépendances» au niveau étroitement défini des fournisseurs que de la concurrence s'exerçant effectivement sur le marché des clients finaux. Ainsi, la focalisation sur les clients finaux prévue dans l'article de la LTC consacré à son but a eu tendance à être oubliée. La cause

d'une application aussi extensive de la régulation de l'accès prévue dans la LTC n'est pas claire. Il est possible que le dogme de l'OCCE en matière de délimitation du marché pertinent ait joué un rôle, mais il est également possible que le cadre institutionnel en soit responsable: la Comco et la ComCom doivent rendre des décisions politiquement délicates, dans un cadre politique. Ainsi, l'opinion publique est telle que les décisions que la ComCom rend à l'encontre d'une entreprise qui exerçait anciennement un monopole sont

automatiquement perçues comme des décisions en faveur de la concurrence, donc en faveur des consommateurs. Le Tribunal administratif fédéral a certes un plein pouvoir de cognition pour revoir les décisions de la ComCom; il le fait toutefois avec beaucoup de réserve. Une telle combinaison d'une première instance «politique» et d'un tribunal de deuxième instance sur la réserve a pour conséquence des manquements dans la mise en œuvre. Afin d'assurer que des décisions plus appropriées soient rendues à l'avenir en

matière de régulation, il conviendrait que la pratique en matière d'examen de la position dominante change, notamment que le Tribunal administratif fédéral contrôle la manière dont le droit est appliqué. Il pourrait également être utile de remplacer, en droit de la télécommunication, la condition de régulation que constitue la position dominante par un critère qui tiendrait obligatoirement compte des rapports de concurrence au niveau des clients finaux, à l'instar du test HAUSMAN/SIDAK.

2. Urheberrecht | Droit d'auteur

2.4 Verwertungsrecht | Gestion des droits

«Zusatztarif zum GT 3a»

Bundesverwaltungsgericht vom 14. März 2014

Zurverfügungstellen von Fernsehgeräten in Hotelzimmern ist vergütungspflichtige Wahrnehmbarmachung

URG 10 II e, 22 II. Die hotelinterne Weitersendung ist über Art. 22 Abs. 2 URG freigestellt, da die entsprechenden Weitersendeeinrichtungen technisch auf eine Liegenschaft beschränkt sind und keinen offenen Empfängerkreis bedienen können (E. 8.4-8.5.4).

URG 10 II f. Die Wahrnehmbarmachung beruht auf der Übertragung einer Darbietung an einen anderen Ort und setzt – in Abgrenzung zur Sendung und Weitersendung – dort ein, wo zwischen Empfangsgerät und Publikum keine zusätzlichen Installationen mehr stehen (E. 8.6).

URG 10 II f, 19 I a, 22 I. Die mit dem Zurverfügungstellen von Fernsehgeräten in Gästezimmern verbundene Wahrnehmbarmachung ist vergütungspflichtig, denn sie fällt nicht unter den Privatgebrauch, weil der Hotelier damit einen Gewinnzweck verfolgt (E. 8.8-8.8.4).

URG 47 I. Mit der Schaffung eines Zusatztarifs zum bestehenden und weiterhin gültigen GT 3a verletzen die Verwertungsgesellschaften die Pflicht zur Schaffung gemeinsamer Tarife nicht, vorausgesetzt, die darin enthaltenen Regelungsgegenstände werden dereinst in die nächste Fassung des GT 3a überführt (E. 9).

LDA 10 II e, 22 II. La retransmission à l'intérieur d'un hôtel est licite en application de l'art. 22 al. 2 LDA, dans la mesure où les installations de retransmission ont une portée limitée à un immeuble et qu'elles ne peuvent

pas desservir un cercle illimité de destinataires (consid. 8.4-8.5.4).

LDA 10 II f. Les œuvres sont vues ou entendues par la retransmission d'une prestation à un autre lieu laquelle est admissible – par rapport à la diffusion et à la retransmission – à partir du moment où aucune autre installation ne fait office de relais entre le récepteur et le public (consid. 8.6).

LDA 10 II f, 19 I a, 22 I. La possibilité de voir ou entendre des œuvres grâce aux téléviseurs installés dans les chambres d'hôtel est soumise à redevance dans la mesure où elle ne tombe pas sous le coup de l'usage privé, l'hôtelier poursuivant un but lucratif (consid. 8.8-8.8.4).

LDA 47 I. En établissant un tarif complémentaire au TC 3a en vigueur, les sociétés de gestion ne violent pas leur obligation d'établir des tarifs communs pour autant que les dispositions qui y sont contenues soient reportées dans la prochaine version du TC 3a (consid. 9).

Abteilung II; teilweise Gutheissung der Beschwerde; Akten-Nr. B-6540/2012

In einem aufsichtsrechtlichen Verfahren hat das BGer am 13. November 2012 letztinstanzlich festgehalten, der geltende GT 3a (Empfang von Sendungen; Aufführungen mit Ton- und Tonbildträgern zur allgemeinen Hintergrundunterhaltung) biete keine Grundlage für das Inkasso von Vergütungen für Nutzungen in Hotel- und Spitalzim-

mern sowie in Ferienhäusern und -wohnungen (s. dazu BGer, sic! 2013, 154 ff., «GT 3a» mit Anmerkung von F. WIGGER). Um diesen insoweit tariflosen Zustand zumindest für Nutzungen in Gästezimmern zu beseitigen, legten die Verwertungsgesellschaften – nach ergebnislosen Verhandlungen mit den betroffenen Nutzerverbänden – der ESchK einen entsprechenden Zusatztarif zum GT 3a zur Genehmigung vor.

Anlässlich einer mündlichen Verhandlung teilte die ESchK mit, sie werde den vorgelegten Zusatztarif nicht genehmigen, halte ihn aber mit einem geänderten Wortlaut für genehmigungsfähig. Daraufhin reichten die Verwertungsgesellschaften einen in diesem Sinne abgeänderten Tarifvorschlag ein, den die ESchK – ohne den Nutzerverbänden Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen – mit Entscheid vom 30. November 2012 genehmigte.

Gegen diesen Entscheid erhoben zwei Nutzerverbände Beschwerde beim BVGer. Gerügt wurde im Wesentlichen, dass sich die Nutzerverbände zur geänderten – und von der ESchK genehmigten – Fassung des Tarifs nicht hätten äussern können. Überdies sei die ESchK in der Sache zu Unrecht davon ausgegangen, der Empfang in Gästezimmern begründe eine Vergütungspflicht als Weitersendung oder Wahrnehmbarmachung. Vielmehr handle es sich dabei um eine private und damit freie Nutzung.

Dass die ESchK den Nutzerverbänden nicht Gelegenheit gab, sich zur geänderten Fassung des Tarifs verneh-

men zu lassen, qualifiziert das BVGer als schwerwiegenden Verfahrensmangel, der zu einer Kassation des Genehmigungsentscheids führen muss (E. 4 und 5 des Entscheids [hier nicht abgedruckt]). Aus Gründen der Verfahrensökonomie sah sich das BVGer aber dennoch zu einer materiellen Beurteilung der Beschwerde veranlasst, um die Rückweisung an die ESchK mit verbindlichen Weisungen verbinden zu können.

Aus den Erwägungen:

8.3 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Nutzung von Sendeeinhalten in Gästezimmern sei vergütungsfrei, was auch das von ihnen ins Recht gelegte Parteigutachten R. VON BÜREN bestätige. Es handle sich weder um eine Wahrnehmbarmachung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. f URG noch um eine Weitersendung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. e URG, und die für die Entscheidungen des EuGH massgebliche EU-Richtlinie 2001/29/EG gelte nicht für die Schweiz. Die Beschwerdegegnerinnen halten dagegen, dass es sich nicht um einen Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 URG handle. Massgeblich seien die Entscheide des EuGH C-136/09 und C-306/05, die den Empfang in Hotel- und Spitalzimmern grundsätzlich der Gebührenpflicht unterstellten.

8.4 Die Beschwerdegegnerinnen machen als Rechtsgrundlage für den Gebühreneinzug in Gästezimmern unter anderem das Weitersenderecht von Art. 10 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 35 Abs. 1 URG geltend. Das Weitersenderecht gilt auch dann, wenn die weitergesendeten Werke nicht an öffentlich zugänglichen Orten, sondern im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die eng unter sich verbunden sind, konsumiert werden (Art. 19 Abs. 1 URG). Wenn es sich vorliegend um eine Weitersendung handelte, wäre demzufolge irrelevant, ob die gesendeten Inhalte im privaten oder öffentlichen Bereich konsumiert und damit

allenfalls öffentlich wahrnehmbar gemacht werden.

8.5 Ein Teil der Lehre will aus BGE 119 II 51 ff. E. 3b ableiten, dass eine Hausverteileranlage für Radio- und Fernsehsignale eine Weitersendung bewirke (H. PFORTMÜLLER, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 10 N 13; D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, URG 10 N 37). In diesem Entscheid wurde dies so formuliert: «[...] *la retransmission dans les chambres des clients d'émissions de radio et de télévision diffusées au moyen du réseau câblé privé de l'hôtel constitue un acte de réception non soumis au droit exclusif de l'auteur [...]*». Dabei fällt auf, dass nach geltendem Recht eine Weitersendung grundsätzlich exklusive Urheberrechte bewirkt. Das zitierte Urteil entstand allerdings noch unter dem Bundesgesetz vom 7. Dezember 1922 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (aURG). In Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 dieses Gesetzes wurden das Recht zur öffentlichen Mitteilung der Sendung mit oder ohne Draht durch ein anderes als das ursprüngliche Sendeunternehmen von einer Erlaubnis des Urhebers abhängig gemacht. Das altrechtliche Weitersenderecht deckte sich somit nicht mit demjenigen von Art. 10 Abs. 2 lit. e URG, das keine öffentliche Mitteilung voraussetzt. Deshalb kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, dass die Signalverteilung zu Gästezimmern als Weitersendung im Sinne des aktuell geltenden URG zu qualifizieren sei.

8.5.1 Das Weitersenderecht wird von Art. 22 Abs. 2 URG eingeschränkt. Demzufolge ist die Weitersendung von Werken über technische Einrichtungen, die von vorneherein auf eine kleine Empfängerzahl beschränkt sind, wie Anlagen eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung, erlaubt. Damit besteht eine

Schranke des Urheberrechts, die Verbots- und Vergütungsansprüche, i.V.m. Art. 38 URG auch für Leistungsschutzrechte, ausschaltet, was den Empfängern erleichtern soll, sich an kollektiven Empfangsanlagen zu beteiligen (R. OERTLI, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 22 N 20 f.).

8.5.2 Auf die Interpellation AUBRY vom 28. Januar 1982 zur Frage der unterstellten und nicht unterstellten Hausverteileranlagen antwortete Bundesrat FRIEDRICH, dass der Begriff der Öffentlichkeit ein taugliches Kriterium bilde, um den urheberrechtlich freien Privatempfang etwa durch Gemeinschaftsantennen eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung von der öffentlichen Mitteilung abzugrenzen (AB 1983, 1829 f.).

8.5.3 Während das BGer sowie ein Teil der Lehre den Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern nicht als öffentliche Mitteilung einstufen (vgl. BGE 119 II 51 ff. E. 3b; I. CHERPILLOD, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 292 f.; PFORTMÜLLER, URG 10 N 13), stellen sich andere Autoren dezidiert gegen diese Meinung. Sie argumentieren, ein Hotel mit über vierhundert Zimmern sei kein Mehrfamilienhaus. Es sei zweifelhaft, ob der Gesetzgeber, der sich auf die Rechtsprechung in den Entscheiden BGE 107 II 71 und 110 II 67 bezog, wirklich auch Hotels mit einbeziehen wollte, weil es ihm nur um die Beseitigung der hässlichen Antennenwälder auf den Hausdächern gegangen sei. Es gehe nicht darum, ob der Ort der Wiedergabe privat oder öffentlich sei, sondern darum, ob die Weitersendung an einen individuell bestimmbaren und persönlich verbundenen oder einen grösseren Personenkreis erfolgt. Wie der EuGH in seinem Urteil C-306/05 vom 7. Dezember 2006 festgehalten habe, würden sowohl Art. 11^{bis} Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RBÜ als auch Art. 8 WCT die urheberrechtliche Freistellung der Weiterleitung von

Sendungen in Hotelzimmer ausschliessen, was aufgrund von Art. 1 Abs. 2 URG auch für die schweizerische Rechtslage massgeblich sein müsse (BARRELET/EGLOFF, URG 22 N 9; vgl. M. REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rz. 119, 129; M. REHBINDER/A. VIGANÒ, URG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 10 N 21). Art. 22 Abs. 2 URG sei eine zulässige «petite réserve», nicht jedoch der Empfang in Gästezimmern (F.E. MAHR, Fernsehen im Hotelzimmer, AJP 2008, 172–179, 179).

8.5.4 Das von Bundesrat FRIEDRICH verwendete Kriterium der Öffentlichkeit zur Abgrenzung von Hausverteileranlagen zu Weitersendeanlagen deckt sich nicht mit dem in E. 8.7 [hier nicht abgedruckt] nachstehend diskutierten Begriff der Öffentlichkeit von Wahrnehmbarmachungen. Die Öffentlichkeit von Signalverteileranlagen (auf den Stand der Technik von 1982 bezogen) setzt nicht beim Konsumenten oder Werkmittler an, sondern wird vom Standpunkt der Signalverteileranlage aus betrachtet und ergibt sich aus dem Gegensatz von aus technischen Gründen auf eine Liegenschaft beschränkten Signalverteileranlagen zu Anlagen für mehrere Liegenschaften und einen nicht zum Vornherein definierten Kreis von Empfängern, welche ein- und austreten können (s. E. 8.7.2 [hier nicht abgedruckt]).

8.6 Nachdem sich das BGer und ein Teil der Lehre bezüglich der Weitersendung in Gästezimmer für die Anwendbarkeit von Art. 22 Abs. 2 URG und somit gegen eine gebührenpflichtige Weitersendung aussprechen, ist abzuklären, ob der Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern einer gebührenpflichtigen öffentlichen Wahrnehmbarmachung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 35 Abs. 1 URG entspricht. In der Botschaft zum URG vom 29. August 1984 wurde vom Bundesrat festgehalten, dass ein Wahrnehmbarmachen vorliege, wenn der Werk-

genuss Nebenzweck bleibe (BBl 1984 III 225). So wie man Sendungen über einen Bildschirm, beispielsweise in einem Restaurant, wahrnehmbar machen kann, kann man auch zugänglich gemachte Werke für einen nicht durch den Eigengebrauch abgedeckten Personenkreis wahrnehmbar machen. In diesem Sinne stellt das Wahrnehmbarmachen von Werken nicht nur in Bezug auf das Senden und Weitersenden, sondern auch bezüglich des Zugänglichmachens durch On-Demand-Dienste eine den Urheberinnen und Urhebern vorbehaltene Zweitverwertung dar (BBl 2006, 3421). Damit wird das Wahrnehmbarmachen als simultane Übertragung einer Darbietung an einen anderen Ort als denjenigen, wo sie stattfindet, verstanden (R. AUF DER MAUR, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 33 N 10). Das Recht der Wahrnehmbarmachung von Sendungen wird erst dort genutzt, wo zwischen Empfangsgerät und Publikum keine zusätzlichen Installationen mehr stehen, abgesehen von Verstärkern und Lautsprechern (BARRELET/EGLOFF, URG 10 N 37). Dabei erfasst das Recht der Wahrnehmbarmachung alles, was nicht Eigengebrauch i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. a und b ist (BARRELET/EGLOFF, URG 10 N 38; vgl. F. DESSEMONTET, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 203). Auch die internationalen Verträge stellen nicht auf die Weitersendung oder die Wahrnehmbarmachung, sondern auf die Öffentlichkeit der Wiedergabe ab (Art. 11^{bis} Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RBÜ, Art. 8 WCT). M.a.W. umfasst die Wahrnehmbarmachung die verschiedenen Arten des öffentlichen Empfangs, weshalb sie vom erlaubten Eigengebrauch im persönlichen Bereich abzugrenzen ist.

[...]

8.8 [... Der Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG] betrifft die Werkverwendung durch natürliche Personen im persönlichen Bereich und

im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde.

8.8.1 Die eng verbundenen Personen müssen sich kennen, dürfen sich nicht nur zufällig versammelt haben und deren Anzahl muss eng begrenzt sein (BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; CH. GASSER, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 19 N 6 f.; CH. GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, 50). Es muss eine Schicksalsgemeinschaft vorliegen, die bei Personen, die gemeinsam unter einem Dach wohnen, wie Internatsschülern, Heimbewohnern oder Pensionären in einer Familienpension noch gegeben ist, nicht aber in einem Hotel, wo sich die Gäste nur oberflächlich kennen und nach kurzer Zeit wechseln (GASSER, 55; CHERPILLOD, 272; etwas einschränkender R.M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 222). Der persönliche Bereich der Werkverwendung, das heisst die Geheim- und Privatsphäre, bestimmt sich nicht nur nach geografischen Gesichtspunkten und beschränkt sich nicht auf die eigenen vier Wände. Dabei lassen sich drei Fallgruppen bilden: (1) der natürliche Familienkreis; (2) dauerhafte Freunde und (3) die Quasi-Familie oder familienähnliche Gemeinschaft (GASSER, 51, 56 f.).

8.8.2 Grundsätzlich bedeutet die Werkverwendung im persönlichen Bereich den Gebrauch durch diejenige Person, welche das Werk verwendet, was auch den Gebrauch mit Gewinnzweck einschliesst. Der erlaubte Eigengebrauch betrifft jede Werkverwendung, also Vervielfältigung, Aufführung, Vorführung, Übermittlung per E-Mail an befreundete Personen und so weiter und setzt weder das Eigentum noch den Besitz an einem Werkexemplar voraus (CHERPILLOD, 269; HILTY, Rz. 222). Somit ist gleichgültig, ob die private Werkwiedergabe einem unterhaltenden, belehrenden oder

wirtschaftlichen Zweck dient (REHBINDER, Rz. 119). Das BGer stellte in einem neueren Urteil Räume, die in der Regel der Öffentlichkeit oder doch einem grösseren, unbestimmten Personenkreis zugänglich sind, dem privaten Charakter von Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen entgegen (BGer, sic! 2013, 154 ff. E. 2.6, «GT 3a»). Unter Vorbehalt einer wirtschaftlichen Betrachtung oder der Annahme einer sukzessiven Öffentlichkeit gelten Gästezimmer somit als Privaträume, was für den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen einen erlaubten Eigengebrauch nahelegt.

8.8.3 Bei einer wirtschaftlichen Betrachtung kann aber die Ausweitung der kostenlosen Lizenz auf Nutzungen mit kommerzieller Wirkung unzulässig erscheinen (REHBINDER/VIGANÒ, URG 22 N 6 in fine; vgl. GASSER, URG 19 N 8 ff.), denn die Öffentlichkeit werde vom Umfang des Kreises der möglichen Empfänger, aber auch von der wirtschaftlichen Bedeutung der Wiedergabe bestimmt (MAHR, 176). Diese Argumentation stützt sich hauptsächlich auf den Wortlaut von Art. 22 aURG, der für den privaten Gebrauch voraussetzte, dass damit kein Gewinnzweck verfolgt werde (BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8; P. BRÜGGER, in: Festschrift 100 Jahre URG, Bern 1983, 325 f.). Unter der Ägide dieses Gesetzeswortlauts hat das BGer damals entschieden, dass der private Gebrauch nicht als Gegensatz zu einem öffentlichen Gebrauch zu verstehen, sondern der gewerblichen oder beruflichen Verwendung gegenüberzustellen sei, wobei juristischen Personen, freien Berufen und dem Gemeinwesen gewisse Verwendungen, die lediglich die Arbeit erleichterten, erlaubt seien (BGE 108 II 475 ff. E. 3). In Bezug auf den heutigen Gesetzeswortlaut wird von einem Teil der Lehre kritisiert, das Ausmass der dem Rechtsschutz entzogenen Handlungen sei zu Unrecht nur durch das Merkmal des

privaten Kreises begrenzt. Diese bedürfe daher der konventionskonformen Auslegung im Licht des Drei-Stufen-Tests. Der «persönliche Bereich» sei mit der schützenswerten Privatsphäre in Bezug zu setzen. Er sei nicht an einen bestimmten Ort gebunden, sondern an den sozialen Handlungskontext. Umgekehrt sei er nicht beliebig auf Handlungen erstreckbar, welche zwar persönlich, aber im öffentlichen Kontext vorgenommen werden. Zu Recht knüpfe die wohl herrschende Lehre den Privatgebrauch an weitere, ungeschriebene, aber aus dem privaten Charakter und dem Normzweck abzuleitende Tatbestandsmerkmale. So dürften mit der Nutzung keine Einnahmen angestrebt werden (REHBINDER/VIGANÒ, URG 19 N 14 ff.; GASSER, URG 19 N 8; BARRELET/EGLOFF, URG 19 N 8) und die normale Werkverwertung dürfe nicht beeinträchtigt werden. Vielmehr entstünden beim Urheber Verwertungsansprüche, wenn im Privatbereich eine Werknutzung im Sinne einer unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Verwertungshandlung erfolge (BRÜGGER, 329 f.).

8.8.4 In der Botschaft zum URG vom 29. August 1984 wird vom Bundesrat festgehalten, dass es im Urheberrecht keinen inhärenten Grundsatz gebe, wonach die private Werknutzung frei und unentgeltlich sein müsse. Es bestehe aber der international anerkannte Grundsatz, dass der Urheber an jeder Verwendung seines Werks wirtschaftlich zu beteiligen sei (BBl 1984 III 191). Später wurden diese Grundsätze allerdings relativiert, indem ausgeführt wurde, dass das in Art. 22 aURG enthaltene Verbot eines Gewinnzwecks fallengelassen worden sei (Botschaft zum URG vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 537). Zwar lockert die geltende Version von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG das Gewinnzweckverbot, indem der Privatgebrauch auch gewisse indirekt berufliche oder gewerbliche Zwecke zulässt und anstelle des ver-

folgten Zwecks das Gegensatzpaar «privat – öffentlich» stellt. Dies wird allerdings durch die unveränderte Auslegungspraxis relativiert. Aus der Tatsache, dass sich die Botschaft zum URG mit Ausnahme der Vervielfältigungen zur Einsparung des Kaufpreises nachdrücklich auf die bundesgerichtliche Praxis bezog, ist wohl darauf zu schliessen, dass ansonsten die (altrechtliche) bundesgerichtliche Praxis auch ins geltende Recht übernommen wurde (GASSER, 49 f., 64; Botschaft zum URG, BBl 1989 III 477, 539 ff.). Das BGer hat dies zwar nicht ausdrücklich, jedoch implizit bestätigt, indem es ausführte, «da die Nutzung für den Eigengebrauch erfolgt, sind mit ihr naturgemäss keine eigentlichen Einnahmen verbunden» (BGer vom 24. März 1995, 2A.142/1994, 27, «GT 4»).

8.9

8.9.1 Fraglich ist, ob die wirtschaftliche Betrachtung mittels des Kriteriums des Gewinnzwecks dort greift, wo in der Regel keine Gewinnstrebigkeit vorliegt. Die Vorinstanz sieht solche Nutzungen als vergleichbar mit denjenigen des GT 3b an. Mit dem GT 3b werden die Entschädigungen für Urheber- und Leistungsschutzrechte an Aufführungen mit Ton- und Tonbildträgern sowie am Empfang von Sendungen zur allgemeinen Hintergrundunterhaltung für Bahnunternehmen, Fluggesellschaften, Reiseunternehmen, Betreiber von Reklamelautsprecher-Wagen, Schausteller und Schifffahrtsunternehmen geregelt. Dabei haben die fraglichen Nutzungen eine begleitende, ergänzende oder nebensächliche Funktion. Die vom GT 3b erfassten Werkverwendungen haben aber in der Regel einen Gewinnzweck gemeinsam, weshalb der Werkvermittler, nämlich der Betreiber der entsprechenden Anlage, zur Wahrnehmbarmachung (zum Beispiel des On-Board Entertainment Systems) vom erlaubten Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG nicht mehr

gedeckt ist. Allerdings sind einige Autoren der Meinung, dass das Kriterium des Gewinnzwecks weit ausgelegt werden müsse, so dass auch nichtkommerzielle oder für andere unentgeltlich erbrachte Nutzungen, etwa solche im kirchlichen, politischen, sozialen oder kulturellen Zusammenhang, unter das Verbotswort fallen (HILTY, Rz. 151; BARRELET/EGLOFF, URG 10 N 1; GASSER, 39; vgl. im deutschen Recht T. DREIER/G. SCHULZE, Urheberrechtsgesetz, München 2004, UrhG 15 N 44).

8.9.2 Ein Gewinnzweck des Werkverwenders ist demzufolge auch nach geltendem Recht nicht mit dem erlaubten Eigengebrauch von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vereinbar.

8.9.3 Im vorliegenden Fall ist somit entscheidend, wem die Rolle des Werkverwenders zukommt. Beim Betreiber des Gästezimmers liegt in der Regel ein Gewinnzweck vor, nicht aber beim Gast, der sich mit dem Radio- und Fernsehempfang lediglich unterhalten will. Deshalb ist abzuklären, ob der Gast oder der Betreiber des Gästezimmers Werkverwender ist.

8.9.4 Den Nutzungshandlungen von Art. 10 Abs. 2 lit. a–f URG ist gemeinsam, dass sie nicht beim eigentlichen Werkgenuss ansetzen, sondern Handlungen beschreiben, die im Sinne einer Werkvermittlung notwendig sind, um den Werkgenuss zu ermöglichen (HILTY, Rz. 150; GASSER, 38). Die Berechtigung des Urhebers muss demzufolge schon eine Stufe vor dem Werkgenuss einsetzen, nämlich bei der Werkvermittlung. Damit wird dem Urheber ein Anspruch gegen den Werkvermittler gesichert, welcher vom Urheber leichter zu erfassen ist als der Letztverbraucher. Der Werkvermittler legt das an den Urheber bezahlte Entgelt auf den Endverbraucher um, welcher somit nur mittelbar für den Werkgenuss bezahlt (REHBINDER, Rz. 61). Dabei wird die Werkvermittlung begrifflich überwiegend als Unterfall der Werkverwendung angesehen. Der

Werkvermittler macht durch gewerbmässige Werkverwendung der Öffentlichkeit Werke zugänglich und vermittelt zwischen dem Werkschöpfer und dem Konsumenten, damit dieser das Werk geniessen kann. Deshalb werden vor allem die Werkmittler ins Recht gefasst, von dem der Urheber sein Entgelt verlangen kann. Ob dieser seinerseits die Kosten tatsächlich auf den Werkgeniesser überwälzen kann, bleibt dem Markt überlassen (GASSER, 39 ff.; HILTY, Rz. 150).

8.9.5 In Deutschland werden die Werkvermittler in technische, kreative und ökonomisch-organisatorische Werkvermittler aufgeteilt. Letztere sind Verwerter von Kulturgütern, die Gelder aufwenden und ein wirtschaftliches Risiko in Kauf nehmen, um ein Werk zu veröffentlichen, zu verbreiten oder anderweitig der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Auch wenn ein ideelles Kulturinteresse bei dieser Verwertergruppe vorhanden sein mag, ist ihre Tätigkeit doch vom Verdienststreben geprägt. Sie möchten durch die Kulturverwertung ihre Kosten amortisieren und darüber hinaus Gewinne erwirtschaften. Das Gewinnstreben der Werkvermittler steht somit in einem Spannungsverhältnis zum Interesse der Urheber an weitestmöglicher finanzieller Beteiligung (G. SCHINDLER, Grenzen der dinglichen Aufspaltbarkeit urheberrechtlicher Nutzungsrechte, Münster 2009, 109 f.; vgl. DREIER/SCHULZE, UrhG 15 N 43, die auf die persönliche Beziehung zwischen dem Veranstalter und den Werkgeniessern abstellen).

8.9.6 Werknutzer ist in Gästezimmern demzufolge nicht der Gast, sondern der Werkvermittler, mithin also beispielsweise der Hotelier. Nachdem dieser für gewöhnlich einen Gewinnzweck verfolgt, kann er für sich keinen erlaubten Eigengebrauch geltend machen.

[...]

8.11 Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Vorinstanz zu Recht

entschieden hat, dass die fraglichen Nutzungen von Sendungen und Auführungen in Gästezimmern gebührenpflichtig sind. Umso begründeter ist der Verfahrensanspruch der vom Tarif belasteten Beschwerdeführerinnen und die aufgrund seiner Verletzung verfügte Rückweisung an die Vorinstanz.

9.

9.1 Weiter ist vorfrageweise abzuklären, ob ein geltender Tarif über einen Zusatztarif ergänzt werden darf. Eine aus Art. 47 Abs. 1 URG folgende Pflicht zur Aufstellung Gemeinsamer Tarife, wenn mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig sind, besteht a fortiori auch mit Bezug auf ähnliche Nutzungsweisen im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaften. Es ist Teil der Angemessenheitsprüfung eines Tarifs, die Notwendigkeit eines zusätzlichen Tarifs für in technisch vergleichbarer Weise bereits in mehreren genehmigten Tarifen enthaltene Nutzungsformen abzuklären, wobei selbst eine sachliche Unvereinbarkeit der Tarifsysteme noch kein hinreichender Grund für einen zusätzlichen Tarif wäre (BVGer, sic! 2011, 430 ff. E. 6.1, «Public-Viewing-Tarif III»; E. BREM/V. SALVADÉ/G. WILD, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2012, URG 47 N 2 ff.; BARRELET/EGLOFF, URG 47 N 4; C. GOVONI/A. STEBLER, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 464; vgl. BBl 1989 III 558).

9.2 Von der Pflicht zum Gemeinsamen Tarif kann es vorübergehende Ausnahmen geben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein bestehender und weiterhin gültiger Gemeinsamer Tarif bis zu dessen Ablauf vorübergehend einen Zusatztarif braucht (D. MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, Rz. 61), etwa wenn die Gültigkeit der Rechtsgrundlage unklar ist und ein Verwertungs- und Nutzungsunter-

bruch aufgrund einer tariflosen Periode droht (GOVONI/STEBLER, 465). Dies war beispielsweise beim GT S Sender (1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009, verlängert bis zum 31. Dezember 2010) der Fall, wo für die Nutzung der neu hinzugekommenen Leistungsschutzrechte noch der «Zusatztarif Swissperform zum Gemeinsamen Tarif S für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken» erlassen wurde. Aufgrund des vorübergehenden Charakters des Zusatztarifs ist dieser in den nächsten Haupttarif zu integrieren, damit der Verpflichtung zu einem Ge-

meinsamen Tarif nachgekommen wird (MEIER, Rz. 61).

9.3 Mit dem vorliegenden Zusatztarif für den Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern sollte eine Verwertungs- und Nutzungslücke aufgrund einer tariflosen Periode abgedeckt werden. Dass unter diesen Voraussetzungen ein Zusatztarif abgeschlossen werden kann, ist grundsätzlich zulässig (E. 9.2). Unbehilflich ist der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, dass der GT 3a Zusatz den Anforderungen an einen eigenständigen Tarif genüge, weil ein neuer Tarif für ähnliche Nutzungsweisen im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungs-

gesellschaften gegen die Pflicht zu gemeinsamen Tarifen verstossen würde. Nachdem die Erstellung von Zusatztarifen aber grundsätzlich zulässig ist und die Vorinstanz bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen Zusatztarif ein gewisses Ermessen hat, verletzt der strittige Zusatztarif die Pflicht zu Gemeinsamen Tarifen nicht.

10.

10.1 Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[...]

Wf

4. Kennzeichenrecht | Droit des signes distinctifs

4.1 Marken | Marques

«Keytrader»

Bundesgericht vom 27. Juni 2014

Marke «Keytrader» nicht unterscheidungskräftig – andere Massstäbe im Firmen-, Marken- und Lauterkeitsrecht

MSchG 55 I a; UWG 9 I a. Das Rechtschutzinteresse des Klägers an einer Unterlassungsklage ist gegeben, wenn der Beklagte die Rechtmässigkeit seines Verhaltens in den Rechtsvorträgen verteidigt, auch wenn er die Verletzungen in Hinblick auf den Prozess eingestellt hat; dies gilt ungeachtet, ob sich das Begehren auf MSchG oder UWG stützt (E. 2.3-2.3.2).

MSchG 2 a; OR 944. Da sich Zeichen im Firmen- und im Markenrecht auf unterschiedliche Gegenstände (Unternehmensträger einerseits, bestimmte Waren und Dienstleistungen andererseits) beziehen, lässt der unterscheidungskräftige Charakter eines Firmenzeichens nicht ohne weiteres auf den unterscheidungskräftigen Charakter eines entsprechenden Markenzeichens schliessen (E. 3.5, 3.5.4).

MSchG 2 a; BV 29 II. Der Anspruch auf das rechtliche Gehör wird verletzt, wenn ein Gericht sich für den Nachweis der Existenz eines Wortes (hier: «key trader» bzw. «key-trader») allein auf drei Fundergebnisse im Internet stützt, ohne den Parteien Gelegenheit geboten zu haben, sich dazu zu äussern (E. 3.5.3).

MSchG 2 a. Auch wenn das Zeichen «Keytrader» kein bestehender englischer Begriff ist, so ruft er beim massgeblichen Publikum (hier: überwiegender Teil der Schweizer Bevölkerung) in Hinsicht auf Dienstleistungen im Finanzbereich sowie auf den In-

halt von Software und Datenträgern die Vorstellung eines besonders wichtigen Händlers bzw. Wertpapierhändlers hervor und ist daher beschreibend (E. 3-3.5.4).

MSchG 2 a. Der massgebliche Adressatenkreis ist bei Prüfung der Verkehrsdurchsetzung einer Marke gleich zu bestimmen wie bei der Prüfung von deren Unterscheidungskraft. Mit der Befragung eines Fachpublikums lässt sich die Verkehrsdurchsetzung einer Marke nicht nachweisen, wenn der massgebliche Adressatenkreis der überwiegende Teil der Schweizer Bevölkerung ist (E. 4-4.4).

MSchG 2 a; BV 26, 190. Die Löschung einer Markeneintragung durch den Zivilrichter verletzt die Eigentums-garantie nicht (E. 5-5.3).

UWG 3 I d. Im Rahmen der Beurteilung der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr darf nicht allein auf die Markeneintragung und deren allfällige ursprüngliche Unterscheidungsschwäche abgestellt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob das Zeichen infolge Gebrauchs in einem bestimmten Bereich Verkehrsgeltung erlangt hat (E. 7).

LPM 55 I a; LCD 9 I a. L'intérêt juridique du demandeur à une action en interdiction est donné lorsque le défendeur soutient que ces agissements ne constituent pas une violation, même si ce dernier a cessé l'atteinte en vue du procès; ceci est applicable

tant pour une action fondée sur la LPM que sur la LCD (consid. 2.3-2.3.2).

LPM 2 a; CO 944. Dans la mesure où les signes servent à distinguer des objets différents en droit des raisons de commerce et en droit des marques (les entreprises d'une part et, d'autre part, les produits et services), le fait qu'une raison de commerce ait un caractère distinctif ne permet pas de conclure sans autre à l'existence du caractère distinctif du signe correspondant au regard du droit des marques (consid. 3.5, 3.5.4).

LPM 2 a; Cst. 29 II. Le droit d'être entendu est violé lorsqu'un tribunal se fonde uniquement sur trois résultats d'une recherche sur Internet en guise de preuve pour l'existence d'un terme (en l'espèce: «key trader» respectivement «key-trader») sans donner l'occasion aux parties de soumettre des observations (consid. 3.5.3).

LPM 2 a. Bien que le signe «Keytrader» ne soit pas en tant que tel un terme anglais, le public pertinent (soit en l'espèce la majorité de la population suisse) l'associe – en matière de services dans le secteur financier ainsi qu'en relation avec le contenu de logiciels et de supports de données – avec l'idée d'un négociant, respectivement d'un courtier en valeurs mobilières, particulièrement important. Par conséquent, ce signe est descriptif (consid. 3-3.5.4).

LPM 2 a. Dans le cadre de l'examen de l'imposition d'une marque sur le

marché, le public pertinent à prendre en considération est le même que celui auquel il est fait référence dans l'analyse du caractère distinctif. Un sondage conduit auprès d'un public spécialisé ne permet pas de prouver l'imposition d'une marque dans le commerce lorsque le public pertinent est constitué de la majorité de la population suisse (consid. 4-4.4).

LPM 2 a; Cst. 26, 190. **La radiation de l'enregistrement d'une marque par le juge civil ne viole pas la garantie de la propriété (consid. 5-5.3).**

LCD 3 I d. **L'analyse du risque de confusion au sens du droit de la concurrence déloyale ne doit pas être effectué uniquement au regard de la marque telle qu'elle est enregistrée et de son éventuel faible caractère distinctif. Il faut encore examiner si le signe en question a acquis une notoriété dans le commerce de par son utilisation dans un secteur déterminé (consid. 7).**

I. zivilrechtliche Abteilung; teilweise Gutheissung der Beschwerde; Akten-Nr. 4A_38/2014

Die UBS AG (Beschwerdeführerin) klagte vor dem HGer AG gegen die Keytrade Bank SA (Beschwerdegegnerin), eine belgische Gesellschaft, welche Anfang 2009 ihre Zweigniederlassung im Genfer Handelsregister hat eintragen lassen.

Die Beschwerdeführerin stützte sich insbesondere auf ihre seit Anfang 1998 eingetragene schweizerische Marke «Keytrader», die unter anderem für Dienstleistungen im Versicherungs- und Finanzwesen der Klasse 36, für Software und Datenträger der Klasse 9 sowie für weitere Dienstleistungen der Klassen 36, 38 und 42 eingetragen ist.

Sie beantragte die Unterlassung der Verwendung des Zeichens «Keytrade» als Teil von verschiedenen Wort-/Bildmarken im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen (Rechtsbegeh-

ren 1), die Unterlassung der Verwendung der nämlichen Zeichen als Domainnamen (Rechtsbegehren 2) sowie als Firma (Rechtsbegehren 3). Zudem verlangte sie die Löschung der Domainnamen www.keytradebank.ch und www.keytradepro.ch (Rechtsbegehren 4) sowie der Firma aus dem Genfer Handelsregister (Rechtsbegehren 5). Die Beschwerdegegnerin erhob Widerklage auf Nichtigerklärung der gegnerischen Marke.

Die Beschwerdegegnerin war Anfang 2012 gezwungen – veranlasst durch ein anderes Verfahren gegen die Keytrade AG, das ebenfalls auch vom BGer entschieden wurde –, ein Rebranding vorzunehmen, und trat nunmehr unter dem Zeichen «Strateo» auf (vgl. sic! 2012, 816 ff., «Keytrade AG/Keytrade Bank SA» mit Anmerkung von E. MARBACH).

Das HGer AG hiess in der Folge die Widerklage auf Markennichtigkeit gut und wies die Unterlassungsbegehren, soweit sie sich auf Markenrecht stützten, ab. Auf die Rechtsbegehren betreffend die Löschung der Domainnamen und der Firmenbezeichnung trat es wegen Gegenstandslosigkeit nicht ein; ebenso wenig auf die Unterlassungsbegehren, soweit diese sich auf das UWG stützten.

Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde vor BGer, wobei allein die Gegenstandslosigkeit des Rechtsbegehrens auf Firmenlöschung nicht mehr strittig war.

Aus den Erwägungen:

2.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet ein «rechtsfehlerhaftes Nicht-eintreten» auf ihre Rechtsbegehren Ziff. 1–3.

2.3.1 Das Rechtsschutzinteresse an der Unterlassungsklage – sowohl gestützt auf das MSchG wie auch das UWG – setzt eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr voraus. Der Kläger hat mithin darzutun, dass der Beklagte entweder die Verletzungen

bereits begangen hat und Wiederholungen nicht auszuschliessen sind oder dass konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er sie erstmals begehen wird (BGE 116 II 357 ff. E. 2a m.H.; vgl. auch BGE 124 III 72 ff. E. 2a, sic! 1998, 214, «Contra Schmerz»; L. DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, 3. Aufl., Basel 2011, Rn. 271 ff.). Eine Wiederholungsgefahr ist in der Regel schon dann anzunehmen, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch in einem solchen Fall zu vermuten, dass er es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 124 III 72 ff. E. 2a, sic! 1998, 214, «Contra Schmerz»; 116 II 357 ff. E. 2a; DAVID, Rn. 273). Dies gilt insbesondere, wenn der Verletzer zwar im Hinblick auf den Prozess die Verletzungen eingestellt hat, in seinen Rechtsvorträgen aber nach wie vor sein Verhalten als rechtmässig verteidigt (BGE 128 III 96 ff. E. 2e).

2.3.2 Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist die Vorinstanz auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1–3 – zumindest soweit diese auf eine Verletzung des Markenrechts gestützt wurden – eingetreten und hat die Klage insoweit abgewiesen. Sie verwies in Dispositivziff. 1, mit der sie die Klage teilweise als gegenstandslos geworden abschrieb, auf die E. 7.6.1 und 7.6.2 (*je in fine*). Dort wird ausgeführt, die klägerischen Rechtsbegehren 4 und 5 seien mangels Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos abzuschreiben. Demgegenüber hält die Vorinstanz in E. 7.7 fest, die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1–3 der Verletzungsklage vom 20. April 2010 (in der zuletzt aufrechterhaltenen Form) seien auf ihre materielle Begründetheit zu prüfen. Zur Begründung des nach wie vor bestehenden Rechtsschutzinteresses an den klägerischen Unterlassungsbegehren Ziff. 1–3 wies sie zutreffend darauf hin, die

Beschwerdegegnerin habe im bisherigen Verfahrensverlauf gegenüber der Beschwerdeführerin nie verbindlich zugesichert, künftig auf die Verwendung des Zeichens «Keytrade» inkl. Kombinationen zu verzichten, sondern verteidige ihr früheres Verhalten in ihren Parteivorträgen nach wie vor als rechtmässig.

Der Beschwerdeführerin ist jedoch insoweit beizupflichten, als der angefochtene Entscheid unzutreffend und widersprüchlich ist, wenn er in seinen weiteren Erwägungen davon ausgeht, die Unterlassungsklage (nach Rechtsbegehren Ziff. 1–3) sei – soweit sie alternativ auf eine lauterkeitsrechtliche Anspruchsgrundlage (Art. 2 und aArt. 3 lit. d UWG) gestützt wird – infolge Einstellung der Verwendung der fraglichen Zeichen gegenstandslos geworden und daher nur noch hinsichtlich der Kostenverlegung zu prüfen. Angesichts der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, wonach die Beschwerdegegnerin die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens in ihren Parteivorträgen nach wie vor bestritt, ist ein Rechtsschutzinteresse an den fraglichen Unterlassungsbegehren unabhängig davon zu bejahen, ob sich die Beschwerdeführerin zu deren Begründung auf das MSchG oder – als alternative Anspruchsgrundlage – auf das UWG beruft (dazu nachfolgend E. 7).

[E. 2.4–2.4.3: Erwägungen darüber, dass die strittigen Domainnamen nicht mehr abrufbar seien und auch keine Wiederholungsfahr dargetan sei, weshalb kein Rechtsschutzinteresse mehr am entsprechenden Lösungsbegehren bestehe.]

3. Die Vorinstanz beurteilte sodann zuerst die Begründetheit der Widerklage. Die Beschwerdegegnerin machte mit ihrer Widerklage im Wesentlichen geltend, die klägerische Marke «Keytrader» (CH P-559536) sei nichtig, weil sie beschreibend sei. Weiter brachte sie vor, die Beschwerdeführe-

rin habe die Marke nicht rechtserhaltend gebraucht.

3.1 Die Vorinstanz erkannte, die Marke «Keytrader» sei beschreibend und deshalb nicht unterscheidungskräftig für Aufzeichnungsträger und Software in der Klasse 9, für Dienstleistungen im Finanzwesen (Klasse 36) sowie für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen in den Klassen 38 und 42. In diesem Rahmen liege auch keine Verkehrsdurchsetzung vor. Soweit die Marke unterscheidungskräftig sei, sei sie für Dienstleistungen im Versicherungswesen (Klasse 36) und für elektronische und elektrische Instrumente und Apparate etc. (Klasse 9) nicht rechtserhaltend gebraucht worden.

Letzteres wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten und sie wehrt sich in diesem Umfang nicht gegen die Teillöschung der Marke.

Hingegen stellt sie den beschreibenden Charakter der Marke für die von der Vorinstanz erwähnten Waren und Dienstleistungen in Abrede. Sie wirft der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Ermittlung des Sinngehalts von «Keytrader» offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen und eine Gehörverletzung vor. Sodann beanstandet sie eine rechtsfehlerhafte Anwendung von Art. 2 lit. a MSchG, wobei sie insbesondere moniert, dass die Vorinstanz die Erkenntnisse aus dem vergleichbaren Verfahren 4A_45/2012 (sic! 2012, 816 ff., «Keytrade AG/Keytrade Bank SA») nicht berücksichtigt habe, was zu einer nicht nachvollziehbaren rechtlichen Ungleichbehandlung von Kennzeichen führe.

3.2 Eine Marke ist nichtig, wenn ein Ausschlussgrund nach Art. 2 MSchG gegeben ist. Vorliegend zu prüfen ist der Tatbestand von Art. 2 lit. a MSchG: Danach sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleis-

tungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden.

Als Gemeingut im Sinne von Art. 2 lit. a MSchG vom Markenschutz ausgeschlossen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung namentlich beschreibende Zeichen, die sich in Angaben über die Art, Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert oder sonstige Merkmale der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen erschöpfen und daher die zu deren Identifikation erforderliche Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft nicht aufweisen (BGE 139 III 176 ff. E. 2; 131 III 495 ff. E. 5, sic! 2005, 814, «Felsenkeller»; je m.H.). Dazu gehören auch Qualitätsangaben, mithin diejenigen Zeichen, deren inhaltliche Aussage sich in einer reklamehaften Anpreisung oder Selbstdarstellung erschöpft (BGE 129 III 225 ff. E. 5.1, sic! 2003, 427 f., «Masterpiece»; 128 III 447 ff. E. 1.6; 100 Ib 250 ff. E. 1). Sowohl die Bezeichnung der avisierten Benutzer oder Empfänger als auch eine Beschreibung des Kreises der Hersteller oder Erbringer der gekennzeichneten Produkte kann zudem die Unterscheidungskraft einer Marke beseitigen (D. ASCHMANN, in: M. Noth/G. Bühler/F. Thouvenin [Hg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, MSchG 2 N 175; vgl. auch E. MARBACH, SIWR III/1, 2. Aufl., Basel 2009, Rn. 294; BGE 139 III 176 ff. E. 5.2, sic! 2013, 441, «You» m.H. auf BGer vom 20. August 1996, 4A.13/1995, E. 4b, sic! 1997, 159, «Elle»). Der beschreibende Charakter solcher Hinweise muss vom angesprochenen Publikum ohne besondere Denkarbeit und ohne besonderen Fantasiaaufwand unmittelbar erkennbar sein (BGE 135 III 359 ff. E. 2.5.5, sic! 2009, 523, «Melodie mit 7 Tönen»; 131 III 495 ff. E. 5, sic! 2005, 814, «Felsenkeller»; 129 III 225 ff. E. 5.1, sic! 2003, 427 f., «Masterpiece»; 128 III 447 ff. E. 1.5, sic! 2003, 32 f., «Première/Paris Première»; je m.H.).

Dass eine Angabe neuartig, ungewohnt oder fremdsprachig ist, schliesst

ihren beschreibenden Charakter nicht aus. Entscheidend ist, ob das Zeichen nach dem Sprachgebrauch oder den Regeln der Sprachbildung von den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz als Aussage über bestimmte Merkmale oder Eigenschaften der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung aufgefasst wird (BGer vom 21. März 2014, 4A_528/2013, E. 5.1, nicht publ. in: BGE 140 III 109 ff.; vom 8. August 2011, 4A_39/2011, E. 8.3; vom 27. Mai 2010, 4A_109/2010, E. 2.3.1 m.H., sic! 2010, 907, «terroir [fig.]»). Dies kann namentlich auch aufgrund von englischsprachigen Bestandteilen des Zeichens der Fall sein, die von einem nicht unbedeutenden Teil des Zielpublikums verstanden werden (BGE 129 III 225 ff. E. 5.1, sic! 2003, 427 f., «Masterpiece»; BGer vom 21. März 2014, 4A_528/2013, E. 5.1, nicht publ. in: BGE 140 III 109 ff.).

Das BGer prüft grundsätzlich als Rechtsfrage frei, wie der massgebende Adressatenkreis für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen ist und wie das allgemeine Publikum aufgrund der erwarteten Aufmerksamkeit das Zeichen wahrnimmt (BGE 139 III 176 ff. E. 2, sic! 2013, 441, «You»; 134 III 547 ff. E. 2.3, sic! 2008, 891, «Freischwinger Panton [3D] II»; 133 III 342 ff. E. 4, sic! 2007, 741, «Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]»; j.m.H.). Der massgebende Verkehrskreis kann je nach Prüfungsgesichtspunkt unterschiedlich sein. So beurteilt sich die Freihaltebedürftigkeit eines Zeichens nach dem Bedürfnis bzw. Verständnis der Konkurrenten, während bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft auf das Verständnis des durchschnittlichen Abnehmers abzustellen ist (BGE 139 III 176 ff. E. 2, sic! 2013, 441, «You»).

3.3 Die Vorinstanz nahm an, dass sich die beanspruchten Waren und Dienstleistungen (Finanzdienstleistungen und damit verbundene technische Produkte) sowohl an das Fachpersonal im

Finanzbereich (professionelle Nutzer) als auch an die Mehrheit der in der Schweiz ansässigen Personen (private Finanz- bzw. Bankkunden) richten. Massgebend sei das Verständnis des überwiegenden Teils der in der Schweiz wohnhaften Bevölkerung. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht angefochten; davon ist auszugehen.

3.4 Die Vorinstanz befasste sich sodann mit dem Sinngehalt von «Keytrader». Sie stellte fest, der Bestandteil «Key» könne insbesondere «Haupt-» oder ähnliches, aber auch «Schlüssel» ausdrücken. «Trader» meine allgemein «Händler» oder spezifisch «Wertpapierhändler». Andere Sinngehalte seien im vorliegenden Kontext zu vernachlässigen.

Laut Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mit einer demoskopischen Umfrage nachgewiesen, dass der Bestandteil «Key» aktuell die dominierende Bedeutung «Schlüssel» habe. Dieser Sinngehalt weise höchstens eine geringe inhaltliche Nähe zu den mit «Keytrader» bezeichneten Produkten bzw. Dienstleistungen auf. Einzeln betrachtet sei der Bestandteil «Key» der klägerischen Marke für das massgebliche Angebot durchaus unterscheidungskräftig.

Zum Bestandteil «Trader» führte die Vorinstanz aus, es sei notorisch, dass der überwiegende Teil der in der Schweiz wohnhaften Bevölkerung (und erst recht das Fachpublikum), wenn das Wort «Händler» im Zusammenhang mit einer Bank oder Finanzgeschäften vernommen werde, nicht an einen Kleinwarenhändler oder Krämer denke. In jüngerer Vergangenheit hätten Börsenhändler für viele Aufsehen erregende, vor allem negative Schlagzeilen in der Tagespresse, aber auch in den Online-Medien gesorgt. Deshalb verstehe die breite schweizerische Öffentlichkeit im Kontext von Finanzgeschäften unter «Händler» hauptsächlich einen Börsenhändler oder Händler, der mit Wertschriften, Devisen, Waren oder noch

allgemeiner mit fungiblen Gütern handle.

Hinsichtlich der in der Klasse 9 beanspruchten Software und Aufzeichnungsträger erachtete es die Vorinstanz als naheliegend, dass die Abnehmer den Begriff «Keytrader» auf den vermittelbaren Inhalt dieser Waren beziehen; der Begriff «Trader» beschreibe sodann vor allem die Benutzer, weshalb er auch aus diesem Grund als Sachbezeichnung gelten müsse und für Software und Aufzeichnungs- bzw. Datenträger nicht unterscheidungskräftig sei. «Trader» mit dem Sinngehalt «Händler von Wertschriften» sei für die beanspruchten Dienstleistungen im Finanzwesen (nicht aber im Versicherungswesen) beschreibend und bezeichne auch im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 38 und 42 die Erbringer der beanspruchten Dienstleistungen bzw. die avisierten Benutzer der gekennzeichneten Produkte.

Die Vorinstanz prüfte sodann, ob die Kombination von «Key» und «Trader» den beschreibenden Charakter des Bestandteils «Trader» bezüglich der betroffenen Waren und Dienstleistungen aufhebe. Dies verneinte sie mit der Begründung, dass der Begriff «Keytrader» oder «Schlüsselhändler» im Zusammenhang mit Bank- bzw. Finanzgeschäften nicht im Sinne von «Händler, der mit Schlüsseln handelt» aufgefasst, sondern in Bezug auf Wertschriften-, Geld- und Börsenhandel allgemein gesetzt werde. Im Übrigen sei «Key» als Attribut von Personen in der englischen Sprache durchaus häufig (z. B. key player, key customer). Eine Fantasiebezeichnung liege nicht vor. Die zusammenhängende Schreibweise ändere daran nichts. Der Bestandteil «Key» wolle die Wichtigkeit des nachfolgenden Begriffs «trader» betonen und damit dessen Bedeutung erhöhen, weshalb er auch dessen dominierende Rolle – und damit aber auch dessen beschreibenden Charakter – nicht verändere.

Aus dem Vergleich mit den auch im deutschen Sprachgebrauch geläufigen Kombinationen von «Schlüssel» mit anderen Substantiven (z. B. Schlüssel-funktion, Schlüsselindustrie, Schlüssel-spieler) erhelle dem massgebenden Adressaten im angesprochenen Publikum, dass der «Keytrader» als «Schlüsselhändler» ein besonders wichtiger Händler bzw. Wertpapierhändler sein müsse.

3.5 Die vorinstanzliche Beurteilung ist im Lichte der nach Art. 2 lit. a MSchG massgebenden Grundsätze zu prüfen. Wegen der unterschiedlichen Rechtslage bezüglich der Eintragungsfähigkeit im Firmen- und im Markenrecht kann aus dem Umstand, dass die Firma «Keytrade AG» firmenrechtlich eintragungsfähig ist und Schutz genießt, da sie trotz Verwendung der Sachbezeichnung «trade» als Hinweis auf den Unternehmensträger verstanden wird (BGer vom 12. Juli 2012, 4A_45/2012, sic! 2012, 816 ff., «Keytrade AG/Keytrade Bank SA»), nicht geschlossen werden, dass «Keytrade», geschweige denn «Keytrader» auch hinsichtlich der konkret beanspruchten Waren und Dienstleistungen unterscheidungskräftig ist und markenrechtlichen Schutz beanspruchen kann. Mit der Firma wird der Unternehmensträger als Rechtssubjekt bezeichnet, nicht aber die vom fraglichen Unternehmen angebotenen Waren oder Dienstleistungen (F. THOUVENIN/M. NOTH, in: M. Noth/G. Bühler/F. Thouvenin [Hg.], Markenschutzgesetz, Bern 2009, MSchG Einleitung N 97). Ausserdem darf die Firma nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung, neben dem vom Gesetz vorgeschriebenen wesentlichen Inhalt, Angaben enthalten, die auf die Natur des Unternehmens hinweisen (Art. 944 Abs. 1 OR). Aufgrund des je unterschiedlichen Gegenstands (Unternehmensträger einerseits, bestimmte Waren oder Dienstleistungen andererseits), auf den sich die Beurteilung des beschreibenden Charakters

im Firmenrecht und im Markenrecht bezieht, lassen sich die Erkenntnisse einer firmenrechtlichen Entscheidung nicht ohne Weiteres auf das Markenrecht übertragen. Ob einem Zeichen die erforderliche Unterscheidungskraft zukommt, lässt sich nicht abstrakt beurteilen, sondern ausschliesslich im Hinblick auf die beanspruchten Produkte, entsprechend dem Verständnis der massgebenden Verkehrskreise (MARBACH, Rn. 265).

Da somit nicht ohne Weiteres von jenem firmenrechtlichen auf den vorliegenden markenrechtlichen Fall geschlossen werden kann, stellt es entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin keine Verletzung der aus dem Gehörsanspruch fliessenden Begründungspflicht dar, wenn sich die Vorinstanz nicht im Einzelnen mit den bundesgerichtlichen Erwägungen im Verfahren 4A_45/2012 auseinandergesetzt hat.

Es steht jedoch nichts entgegen, den zur Firma «Keytrade AG» ergangenen Entscheid (BGer vom 12. Juli 2012, 4A_45/2012, sic! 2012, 816 ff., «Keytrade AG/Keytrade Bank SA») im Hinblick auf den massgebenden Sinngehalt von «Keytrader» aus Kohärenzgründen mitzuberücksichtigen.

3.5.1 Der Bestandteil «Trader» ist für die beanspruchten finanzbezogenen Dienstleistungen der Klassen 36, 38 und 42 beschreibend, indem – was die Vorinstanz zutreffend angenommen hat – «Trader» vom allgemeinen Publikum ohne besonderen Fantasiaufwand als «Händler» bzw. in Bezug auf Finanzdienstleistungen als «Börsen- oder Wertpapierhändler» aufgefasst wird, und damit den Anbieter bzw. die angesprochenen Benutzer der gekennzeichneten Produkte beschreibt. Entsprechend wurde im Verfahren 4A_45/2012 der beschreibende Gehalt von «Trade» als Sachbezeichnung bejaht, die als Hinweis auf den Tätigkeitsbereich einer Handelsfirma verstanden werden kann. Umso mehr

muss das für «Trader» gelten, da dieser Begriff im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen spezifisch einen «Börsen- oder Wertpapierhändler» bezeichnet und damit den Erbringer der Dienstleistung oder deren Empfänger direkt und konkret beschreibt.

Hinsichtlich der in der Klasse 9 beanspruchten Software und Daten- bzw. Aufzeichnungsträger ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Abnehmer den Begriff «Trader» mit dem Sinngehalt «Börsen- oder Wertpapierhändler» auf den vermittelbaren Inhalt dieser Waren beziehen. Sie verstehen den Begriff «Trader» als Hinweis auf den Zweck der damit bezeichneten Ware, nämlich den Börsen- oder Wertpapierhandel zu ermöglichen. Gleichzeitig wird damit unmittelbar der Benutzer bzw. Abnehmer der Waren beschrieben, weshalb die Vorinstanz dem Begriff zu Recht auch für diese Waren der Klasse 9 die Unterscheidungskraft abgesprochen hat.

3.5.2 Was den Bestandteil «Key» angeht, anerkannte auch die Vorinstanz, dass er in Alleinstellung in seiner – nach dem dominierenden Verständnis des Publikums massgebenden – Bedeutung als «Schlüssel» für das beanspruchte Angebot unterscheidungskräftig wäre. Sie stellte damit auf die demoskopische Umfrage der Beschwerdeführerin ab, die ergeben hatte, dass die überwiegende Mehrheit des Publikums (88%) «key» als «Schlüssel» versteht und nur 2% auch an die Bedeutung «haupt-» oder «wichtig» denken. Trotzdem ging sie dann bei der Beurteilung des Gesamteindrucks der Kombination «Keytrader» davon aus, dass das angesprochene Publikum dieses Zeichen als «Schlüsselhändler» im Sinne eines «besonders wichtigen Händlers bzw. Wertpapierhändlers» versteht.

Sie unterstellt damit, dass dem durchschnittlichen Schweizer Publikum die Bedeutung von «key» als «haupt-» oder «wichtig» bekannt sei, was die Be-

schwerdeführerin als in Widerspruch zum Ergebnis der demoskopischen Umfrage stehend und damit als offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung rügt. Diese Rüge ist unbegründet. Denn aus dem Umstand, dass nur 2% der Befragten auch die Bedeutung «haupt-» oder «wichtig» nannten, als sie gefragt wurden, welche Bedeutung dem Wort «key» zukomme, muss nicht folgen, dass die Mehrheit nicht doch an diese Bedeutung denken würde, wenn sie nach der Bedeutung von «key» in Kombination mit einem nachfolgenden Substantiv gefragt würde. Nur bei einer solchen Wortkombination liegt es nahe, an jene Konnotation zu denken, während bei der Frage nach der Bedeutung von «key» in Alleinstellung diese Attributs-Bedeutung mangels dazugehörenden Substantivs kaum in Betracht fällt. Der Vorinstanz kann daher keine offensichtlich unrichtige Feststellung vorgeworfen werden.

3.5.3 Die Beschwerdeführerin betont sodann, dass «Keytrader» kein englisches Wort sei und dementsprechend in keinem englischen Lexikon vorkomme. Sie wirft der Vorinstanz eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und eine Gehörsverletzung vor, indem sie ohne Anhörung der Parteien im Internet nachforschte, ob der Begriff «Keytrader» vorkomme. Dabei war die Vorinstanz in drei amerikanischen Online-Medien fündig geworden, allerdings in der Schreibweise «key trader» oder «key-trader». Allein mit diesen drei Fundergebnissen belegt sie ihre Feststellung, die Verwendung von «Key Trader» zur Bezeichnung eines besonders wichtigen Händlers sei im englischen Sprachgebrauch durchaus üblich. Das genügt nicht und kann nicht ausschlaggebend sein, da – wie die Beschwerdeführerin zu Recht moniert – die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien geboten hätte, dass ihnen Gelegenheit eingeräumt worden wäre, sich zu diesem, die Feststellung der Vorinstanz allein stützen-

den und deshalb entscheidungswesentlichen Beweismaterial zu äussern. Die kritisierte Feststellung der Vorinstanz entbehrt daher der Grundlage. Darauf kann nicht abgestellt werden. Wie im Verfahren 4A_45/2012 (sic! 2012, 816 ff., «Keytrade AG/Keytrade Bank SA») für das Wort «Keytrade» muss vielmehr auch hier davon ausgegangen werden, dass nicht nachgewiesen ist, dass das zu einem Wort verknüpfte «Keytrader» im Englischen besteht.

3.5.4 Auch wenn hinsichtlich des Verständnisses des Begriffs «Keytrader» nicht auf die von der Vorinstanz recherchierten drei ausländischen Websites abzustellen ist, kann nicht gesagt werden, das Zeichen «Keytrader» entziehe sich im Zusammenhang mit den beanspruchten Finanzdienstleistungen jeglicher Sinngebung. Das Gegenteil trifft zu: Auch ohne Leerschlag zwischen «Key» und «Trader» wird das Wort sowohl in der visuellen Wahrnehmung als auch in der Aussprache in seine zwei Bestandteile zerlegt. Der beschreibende Gehalt von «Trader» und dessen dominierende Bedeutung wird [recte: werden] daher durch die Voranstellung von «Key» nicht aufgehoben. Hierin ist der Vorinstanz beizupflichten.

Weiter ist anerkannt, dass im Englischen das Wort «key» in Kombination mit einem Substantiv verschiedentlich vorkommt und (als Eigenschaftswort) dessen Wichtigkeit betont (so das BGer im Urteil 4A_45/2012, E. 3.3.1, sic! 2012, 817, «Keytrade AG/Keytrade Bank SA»). Das Gleiche gilt im Deutschen für das Wort «Schlüssel» (z. B. Schlüsselerlebnis, Schlüsselargument, Schlüsselzeuge, Schlüsselspieler etc.). Es darf daher davon ausgegangen werden, dass eine entsprechende Verbindung von «key» mit einem geeigneten Substantiv – nicht zuletzt in Verbindung mit Personen (z. B. key customer, key account manager, key witness, key player) – vom Publikum zwanglos in diesem Sinngehalt, d. h. einer Ver-

stärkung der Wichtigkeit dieses Substantivs, aufgefasst wird.

Während die Verbindung der Sachbezeichnung «Trade» (mit der allgemeinen Bedeutung «Handel») mit dem Zusatz «Key» im Zusammenhang mit einem derart bezeichneten Rechtsträger keine klar umrissene Bedeutung aufweist, die der Eintragung einer entsprechenden Firma entgegenstehen würde (vgl. Urteil 4A_45/2012, E. 3.3.1, sic! 2012, 817, «Keytrade AG/Keytrade Bank SA»), ist der Begriff «Trader» bezogen auf die beanspruchten Finanzdienstleistungen durchaus einer Steigerung der Bedeutung zugänglich: Mit dem Zusatz «key» wird betont, dass es sich bei dem damit qualifizierten «Trader» um einen besonders wichtigen handelt, der unter den anderen hervorsticht. Werden die vorliegend massgebenden Produkte aus dem Finanzbereich damit bezeichnet, wird der anpreisende Sinngehalt des Zusatzes «key» daher von den angesprochenen Verkehrskreisen ohne Weiteres verstanden (vgl. ASCHMANN, MSchG 2 N 163). Im Ergebnis ist daher der Vorinstanz zu folgen, dass «Keytrader» im Gesamteindruck beim massgebenden Publikum die Vorstellung eines besonders wichtigen Händlers bzw. Wertpapierhändlers hervorruft.

In dieser Bedeutung ist «Keytrader» aber für die betroffenen Waren und Dienstleistungen – wie der Begriff «Trader» – beschreibend. Die Vorinstanz verneinte mithin die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens zu Recht.

4.

4.1 Zeichen, die Gemeingut sind, können grundsätzlich nach Art. 2 lit. a MSchG mittels Durchsetzung im Verkehr Kennzeichnungskraft und markenrechtlichen Schutz erlangen, soweit im Einzelfall nicht ein absolutes Freihaltebedürfnis besteht (BGE 137 III 77 ff. E. 3.1, sic! 2011, 238, «Hotel-Sterne»; 134 III 314 ff. E. 2.3.2, sic! 2008, 230, «M [fig.]; M Budget/M-Joy»).

Die Vorinstanz verneinte ein absolutes Freihaltebedürfnis an «Keytrader» für die betreffenden Waren und Dienstleistungen (Aufzeichnungsträger und Software in der Klasse 9, Dienstleistungen im Finanzwesen der Klasse 36 sowie Waren und Dienstleistungen der Klassen 38 und 42). Sie prüfte daher, ob es sich als Marke im Verkehr durchgesetzt hatte, was sie jedoch für nicht nachgewiesen hielt.

4.2 Ein Zeichen hat sich im Verkehr durchgesetzt, wenn es von einem erheblichen Teil der Adressaten der betreffenden Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr als individualisierender Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wird. Die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens kann aus Tatsachen abgeleitet werden, die erfahrungsgemäss einen Rückschluss auf die Wahrnehmung des Zeichens durch das Publikum erlauben. Dazu gehören etwa langjährige bedeutsame Umsätze, die unter einem Zeichen getätigt worden sind, oder intensive Werbeanstrengungen. Möglich ist aber auch der direkte Nachweis durch eine repräsentative Befragung des massgebenden Publikums (BGE 140 III 109 ff. E. 5.3.2, sic! 7/8/2014, 465, «ePostSelect [fig.]»; 131 III 121 ff. E. 6; 130 III 328 ff. E. 3.1, sic! 2004, 570, «Uhrenarmband [3D]»; je m.H.).

4.3 Die Beschwerdeführerin hatte zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung die Studie der D & S Institut für Markt- und Kommunikationsforschung AG (heute Link Marketing Services AG), Zürich (heute Luzern), vom 8. November 2010 eingereicht. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz umfasst diese Studie 104 halbstrukturierte Interviews mit Effektenhändlern bzw. Banken in der Schweiz. Sie zeigt, dass die Marke «Keytrader» unter den von der Finma zugelassenen Banken und Effektenhändlern einen hohen Bekanntheitsgrad genießt. Zur Wahrnehmung der Marke im massge-

benden Verkehrskreis, dem überwiegenden Teil der Schweizer Bevölkerung, äussere sich – so die Vorinstanz – die Studie hingegen nicht. Dass sich die Marke «Keytrader» im massgebenden Verkehrskreis durchgesetzt habe, sei durch die Umfrage somit nicht bewiesen.

4.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, um spezialisierte Angebote gegenüber Produkten des täglichen Bedarfs nicht zu benachteiligen, hätte es sich angesichts der mit der demoskopischen Umfrage und weiteren Belegen nachgewiesenen hohen sektoriellen Bekanntheit bei richtiger Anwendung von Art. 2 lit. a MSchG gerechtfertigt, in Bezug auf die Verkehrsdurchsetzung auf die tatsächlichen und potentiellen Nutzer des «Keytrader»-Angebots abzustellen und so auf ein schützbares Zeichen zu schliessen. Auch insofern habe die Vorinstanz Art. 2 lit. a MSchG rechtsfehlerhaft angewendet und die besonderen Umstände des Einzelfalles schlicht verkannt.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz ist vielmehr zutreffend davon ausgegangen, dass für die Bestimmung des massgebenden Verkehrskreises auch im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung von den potentiellen Abnehmern der beanspruchten Waren und Dienstleistungen auszugehen ist und nicht vom konkreten Kundenkreis des Ansprechers (MARBACH, Rn. 441–443; E. MARBACH, Die Verkehrskreise im Markenrecht, sic! 2007, 3 ff., insb. 9 f.; A. WYSS, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, Bern 2013, 107 ff.). Als potenzielle Abnehmer von Finanzdienstleistungen und den damit zusammenhängenden technischen Produkten hat die Vorinstanz den überwiegenden Teil der Schweizer Bevölkerung gesehen und damit den massgebenden Verkehrskreis für die derivative Unterscheidungskraft gleich definiert wie für die originäre Unterscheidungskraft (vgl. vorne E. 3.3). Dies ist korrekt und nicht zu beanstanden.

Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet, soweit sie sich gegen die Verneinung der Durchsetzung der klägerischen Marke richtet.

5. Die Beschwerdeführerin erblickt in der Nichtigerklärung und Löschung der seit Jahren gebrauchten Marke «Keytrader» (CH P-449536) einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV. Die Nichtigerklärung sei insbesondere wegen des hohen wirtschaftlichen Schadenspotenzials unverhältnismässig.

5.1 Die Immaterialgüterrechte bilden Eigentum im Sinne von Art. 26 Abs. 1 BV und als solches Schutzobjekt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie (BGE 139 III 110 ff. E. 2.3.1; 126 III 129 ff. E. 8a, sic! 2000, 210 f., «Kodak II»; G. BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, BV 26 N 12). Das gilt mithin namentlich für das hier betroffene Markenrecht (THOUVENIN/NOTH, Einleitung MSchG N 25). Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum indessen nur mit dem Inhalt, den es nach Massgabe der jeweiligen Rechtsordnung hat, und sie bietet grundsätzlich keinen Schutz gegen deren Änderung (BGE 123 III 454 ff. E. 5b; 101 Ia 443 ff. E. 2c).

Nach dem schweizerischen Markenrechtssystem verleiht die Registrierung der Marke keine Rechtsbeständigkeit. Die Möglichkeit der Nichtigerklärung einer registrierten Marke bei gegebenen Voraussetzungen ist in Art. 52 MSchG vorgesehen und beruht auf gesetzlicher Grundlage. Die Eintragung der Marke schafft kein wohl erworbenes Recht am Ausschliesslichkeitsanspruch, sondern steht unter dem Vorbehalt anderer Beurteilung durch den Zivilrichter (MARBACH, Rn. 197). Den Eintragungsentscheiden des Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) kommt für den Zivilrichter keine bindende Wirkung zu. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Schutzunfähigkeit einer registrierten Marke im Zivilprozess widerklage- oder einrede-

weise geltend gemacht werden. Daraus folgt als Grundsatz, dass das IGE in Zweifelsfällen eine Marke einzutragen und die endgültige Entscheidung dem Zivilrichter zu überlassen hat (BGE 135 III 359 ff. E. 2.5.3, sic! 2009, 522, «Melodie mit 7 Tönen»; 130 III 328 ff. E. 3.2, sic! 2004, 571, «Uhrenarmband [3D]»; je m.H.; für die Ausnahmen von der Zweifelsfallregel: BGE 136 III 474 ff. E. 6.5, sic! 2011, 108, «Madonna [fig.]»). Der Zivilrichter prüft die Schutzfähigkeit einer angegriffenen Marke frei. Dabei können sich absolute Ausschlussgründe bei veränderter Wahrnehmung eines Zeichens sogar erst nach der Eintragung verwirklichen, z. B. kann ein ursprünglich unterscheidungskräftiges Zeichen zu einem Freizeichen degenerieren (MARBACH, Rn. 197). Deshalb trägt der Inhaber einer registrierten Marke stets das Risiko, dass sich sein Zeichen in einem allfälligen Nichtigkeitsprozess nicht behaupten kann. Dieses Risiko musste auch der Beschwerdeführerin bewusst sein.

5.2 Sodann gesteht auch die Beschwerdeführerin zu, dass ein öffentliches Interesse an der Löschung nichtiger Marken aus dem Register besteht. Sie betont aber vor allem, dass eine Löschung in ihrem Fall unverhältnismässig sei, weil aufgebaute grosse wirtschaftliche Werte vernichtet würden.

Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat den Interessen des Inhabers einer registrierten Marke, der diese lange Zeit gebraucht und damit einen wirtschaftlichen Wert aufgebaut hat, mit dem Verkehrsdurchsetzungstatbestand (Art. 2 lit. a MSchG) durchaus Rechnung getragen, indem ein originär nicht unterscheidungskräftiges Zeichen bei nachgewiesener Verkehrsdurchsetzung dennoch Schutz behält und nicht nichtig ist. Die Beschwerdeführerin vermochte aber die Verkehrsdurchsetzung ihrer Marke «Keytrader» nicht nachzuweisen.

5.3 Schliesslich postuliert die Beschwerdeführerin, bei der Verhältnismässigkeitsprüfung müsse beachtet werden, dass im Ausland bezüglich des nachträglichen Widerrufs von Marken positivrechtliche Vorschriften zur Verbesserung der Rechtssicherheit bestünden. So könne eine Marke nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne zumindest gegenüber Angriffen gestützt auf gewisse absolute Ausschlussgründe unanfechtbar werden.

Damit kritisiert die Beschwerdeführerin das schweizerische Markenrechtssystem, wie es im MSchG und damit in einem Bundesgesetz geregelt ist. Ob diese Regelung einen unverhältnismässigen Eingriff in die Eigentums-garantie darstellt, weil sie bei gegebenen Voraussetzungen die Nichtigerklärung einer registrierten Marke ohne zeitliche Befristung zulässt, hat das BGer nicht zu überprüfen (Art. 190 BV). Jedenfalls kann allein aus dem Bestand entsprechender ausländischer Vorschriften nicht auf eine verfassungswidrige Unverhältnismässigkeit der schweizerischen Regelung geschlossen werden, zumal das jeweilige Rechtssystem als Ganzes und nicht bloss punktuelle Vorschriften zu betrachten sind.

Die Berufung der Beschwerdeführerin auf eine Verletzung der Eigentums-garantie geht demnach fehl.

6. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, soweit sie sich gegen die Gutheissung der Widerklage richtet. Es bleibt bei der vorinstanzlichen Nichtigerklärung der Marke «Keytrader» der Beschwerdeführerin (für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen) nach Dispositivziff. 2.1.

Hievon ist auch betreffend die Unterlassungsklage (Ziff. 1–3) der Beschwerdeführerin auszugehen, und die Vorinstanz konnte dieselbe ohne Weiteres abweisen, soweit sie sich auf Markenrecht stützte.

7.

7.1 Soweit die Unterlassungsklage jedoch eventualiter auf das UWG ge-

stützt wurde, hatte die Vorinstanz nach wie vor zu prüfen, ob die entsprechenden Unterlassungsbegehren auf dieser Grundlage zu schützen sind. Wie bereits dargelegt, besteht ein Rechtsschutzinteresse an den Rechtsbegehren Ziff. 1–3 auch insoweit, als diese von der Beschwerdeführerin alternativ mit einer Verletzung des UWG begründet wurden (dazu vorne E. 2.3.2). Die Vorinstanz hat die lauterkeitsrechtlich abgestützten Unterlassungsbegehren damit zu Unrecht wegen Gebrauchseinstellung der inkriminierten Zeichen durch die Beschwerdegegnerin als gegenstandslos erachtet und sie in der Folge in Verletzung von Bundesrecht nur im Hinblick auf die Kostenverteilung geprüft.

7.2

7.2.1 Nach Art. 2 UWG ist unlauter und widerrechtlich jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgerebahren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Unlauter handelt gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d bzw. aArt. 3 lit. d UWG insbesondere, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.

Unter diesen mitunter als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichneten Tatbestand der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen fallen sämtliche Verhaltensweisen, bei denen das Publikum durch die Schaffung von Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten (BGE 135 III 446 ff. E. 6.1; 128 III 353 ff. E. 4, sic! 2002, 768 f., «Montana.ch II»; je m.H.). Ob eine lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr besteht, ist dabei hinsichtlich eines konkreten Wettbewerbsver-

haltens zu bestimmen (BGE 129 III 353 ff. E. 3.3, sic! 2003, 596 f., «Puls»).

7.2.2 Die Vorinstanz ging zunächst zwar grundsätzlich zutreffend davon aus, dass die Kennzeichnungskraft aus Sicht der massgebenden Verkehrskreise und die Verwechselbarkeit mit ähnlich gekennzeichneten Produkten anhand der tatsächlichen Produktpräsentation in Würdigung der konkreten Umstände zu prüfen sei. In der Folge verzichtete sie jedoch auf die Prüfung der von der Beschwerdeführerin behaupteten lauterkeitsrechtlichen Verkehrsgeltung von «Keytrader», die aufgrund des engeren massgebenden Verkehrskreises im Vergleich zum Markenrecht nicht *a priori* auszuschliessen war, und ging – unter Verweis auf ihre markenrechtlichen Erwägungen – selbst unter der Annahme der Verkehrsgeltung von einer «eher hohen ursprünglichen Unterscheidungsschwäche» von «Keytrader» mit «bestenfalls eingeschränktem Schutzzumfang» aus. In einer Eventualbegründung verneinte

sie die Verwechslungsgefahr unter Annahme einer «durchschnittlichen Kennzeichnungskraft» von «Keytrader», wiederum mit Hinweis auf eine «ursprünglich relativ hohe Unterscheidungsschwäche» des Zeichens.

Es ist widersprüchlich und geht mit Blick auf die gebotene Beurteilung einer lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr anhand der konkreten Umstände nicht an, von einer hypothetischen Verkehrsgeltung des fraglichen Zeichens auszugehen und ihm gleichzeitig – unter Hinweis auf die markenrechtliche Beurteilung der ursprünglichen Unterscheidungskraft – eine hohe Unterscheidungsschwäche zu unterstellen. Die Vorinstanz verkennt mit ihren Erwägungen, dass die ursprüngliche Unterscheidungsschwäche durch Verkehrsdurchsetzung infolge langdauernden und/oder intensiven Gebrauchs gerade überwunden werden kann (vgl. zur Unterscheidung zwischen originärer und derivativer Unterscheidungskraft im Markenrecht BGE

140 III 109 ff. E. 5.3.2). Sollte «Keytrader» für Online-Handelsplattformen tatsächlich Verkehrsgeltung erlangt haben, liegt eine Verwechslungsgefahr nach Art. 3 Abs. 1 lit. d bzw. aArt. 3 lit. d UWG auf der Hand, wenn ein anderer Wettbewerber dieselben Dienstleistungen mit dem Zeichen «Keytrade» anbietet, wobei eine solche auch dann nicht ausgeschlossen werden kann, wenn dem Zeichen lediglich kennzeichnungsschwache Zusätze wie «Bank», «Pro», «ID» oder «Mobilesite» beigefügt werden, die für beide Angebote gleichermaßen beschreibend wirken.

Die erfolgte bloss abstrakte Prüfung der lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsgefahr lediglich im Hinblick auf die Kostenfolgen ist mit Bundesrecht nicht vereinbar. Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung der Unterlassungsbegehren (Ziff. 1–3) nach UWG an die Vorinstanz zurückzuweisen.

[...]

Ko

«Axveva | Adexxa»

Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 10. Dezember 2013

Domainennamen nicht per se markenverletzend, sondern nur in Verbindung mit Webseiteninhalt

MSchG 3 I c. Ein Domainname, der einer Marke ähnlich ist, verletzt diese nur dann, wenn die entsprechende Webseite Waren oder Dienstleistungen betrifft, die mit denjenigen, für welche die Marke eingetragen ist, zumindest gleichartig sind; untersagt werden kann daher einzig die Verwendung eines Domainnamens in Bezug auf bestimmte Waren und Dienstleistungen, nicht aber generell (E. 2.3).

ZPO 85; MSchG 55 II; OR 41 ff., 62 ff., 423. Unbezifferte Forderungsklagen setzen voraus, dass ein materiell-

rechtlicher Anspruch auf Auskunftserteilung besteht, was bei Forderungen aus unerlaubter Handlung, ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsanmassung gegeben ist (E. 2.5).

LPM 3 I c. Un nom de domaine similaire à une marque viole cette dernière uniquement lorsque le site internet correspondant concerne des produits ou des services au moins similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée; l'utilisation d'un nom de domaine ne peut ainsi être interdite

qu'en relation avec des produits et services spécifiques, mais pas de manière générale (consid. 2.3).

CPC 85; LPM 55 II; CO 41 ss, 62 ss, 423. Des actions en paiement non chiffrées exigent qu'une demande de renseignement soit matériellement fondée; un tel intérêt existe dans le cas des actions fondées sur un acte illicite, un enrichissement illégitime ou une gestion d'affaire imparfaite (consid. 2.5).

2. Abteilung; Teilurteil mit teilweiser Gutheissung der Begehren; Akten-Nr. D2Z 12 2

Die Klägerin, Axxeva Services AG, ist im Bereich Personal- und Stellenvermittlung sowie Personalverleih tätig und Inhaberin der Wortmarke Axxeva, eingetragen in den Klassen 35, 41 und 42. Sie wirft der im selben Bereich tätigen Beklagten eine Verletzung ihrer Marken-, Firmen- und Namensrechte sowie unlauteren Wettbewerb vor. Der Einzelrichter des OGer Appenzell Ausserrhoden hiess einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Markenrecht vollumfänglich gut. Noch während des laufenden ordentlichen Verfahrens änderte die Beklagte die von ihr vormals geführte, umstrittene Firma Adexxa Services AG in abbatex services ag.

Aus den Erwägungen:

2. Materielles

2.1 Klägerisches Rechtsbegehren

Ziffer 1 Satz 1

[Gutheissung des klägerischen Unterlassungsbegehrens auf der Grundlage von Art. 956 Abs. 2 OR mit Bezug auf die Verwendung der Firma Adexxa Services AG in der Schweiz wegen firmenrechtlicher Verwechslungsgefahr.]

2.2 Klägerisches Rechtsbegehren

Ziffer 2

[Gutheissung des klägerischen Unterlassungsbegehrens auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 1 lit. a MSchG mit Bezug auf die Verwendung des Kennzeichens «Adexxa» im Bereich Personal- und Stellenvermittlung sowie Personalverleih, wobei unter anderem ausdrücklich untersagt wird, dieses Kennzeichen im erwähnten Bereich als Domainname mit den Second-Level-Domains «.ch», «.eu», «.de», «.at», «.net», «.info» und «.org» zu verwenden.]

2.3 Klägerisches Rechtsbegehren

Ziffer 3

[...]

Das fragliche Begehren lautet wie folgt: «Die Beklagte sei anzuweisen, die

Webseiten www.adexxa.ch, www.adexxa.org, www.adexxa.info, www.adexxa.net, www.adexxa.eu und www.adexxa.at vom Internet zu nehmen und/oder vom Internet nehmen zu lassen.»

Das OGer gelangt zur Ansicht, dass diesem Begehren aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden kann. Wie bereits in vorstehender E. 2.1 erwähnt, müsste aufgrund der Formulierung des Begehrens eine Verwechslungsgefahr verneint werden, wenn unter den genannten Internetadressen beispielsweise Tierfutter angeboten würde. Erst die Verknüpfung des Namens Adexxa mit den auf einer Webseite der Beklagten tatsächlich angebotenen, sich mit denjenigen der Klägerin grösstenteils überschneidenden Dienstleistungen ist nicht zulässig (M. KAISER/D. RÜETSCHI, Immaterialgüterrecht in a nutshell, Zürich 2009, 149). Die von der Beklagten verwendeten Domainnamen verletzen folglich für sich allein genommen noch nicht das Recht der Klägerin an der Marke «Axxeva», so dass das Begehren auf Löschung der fraglichen Webseiten mangels branchenbezogener Beschränkung des Rechtsbegehrens abzuweisen ist. Selbst wenn jedoch das Lösungsbegehren auf den Inhalt Personal- und Stellenvermittlung sowie Personalverleih beschränkt wäre, bestünde nach Ansicht des OGer kein Anspruch der Klägerin auf die Löschung beispielsweise von Bildern sowie weiteren Inhalten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zeichen «Adexxa» stehen. Es wäre mit anderen Worten nicht hinreichend klar, welche Teile der Webseiten von einer Entfernung effektiv betroffen wären. Hinzu kommt, dass mit der Gutheissung von Ziff. 2 des klägerischen Rechtsbegehrens das von der Klägerin Gewollte, nämlich das Verbot an die Adresse der Beklagten, die Domainnamen «adexxa.ch», «adexxa.org», «adexxa.info», «adexxa.net», «adexxa.de», «adexxa.eu» und «adexxa.

at» im Bereich Personal- und Stellenvermittlung sowie Personalverleih zu verwenden und/oder verwenden zu lassen, bereits vollumfänglich erreicht ist. Aufgrund des Gesagten hat die Klägerin auf alles, was über das Rechtsbegehren Ziff. 2 hinausgeht, keinen Anspruch. Ziff. 3 des klägerischen Rechtsbegehrens ist abzuweisen.

Unabhängig von der vorliegenden Beurteilung würde es der Beklagten bereits an der erforderlichen Passivlegitimation fehlen. Die in Ziff. 3 des klägerischen Rechtsbegehrens aufgeführten Domainnamen waren bis zur Urteilsfällung laut Whois entweder auf den Namen des am 10. Dezember [recte: Oktober] 2012 bei der Adexxa Services AG ausgeschiedenen Verwaltungsratsmitgliedes X eingetragen (adexxa.org, adexxa.info, adexxa.net) oder waren frei (adexxa.ch, adexxa.de, adexxa.eu, adexxa.at). Die Beklagte hat folglich keine Verfügungsgewalt über diese Domainnamen, weshalb eine Pflicht zur Löschung ihr gegenüber nicht durchgesetzt werden könnte. Das Begehren der Klägerin müsste also bereits mangels Passivlegitimation abgewiesen werden.

2.4 [...]

2.5 Klägerisches Rechtsbegehren

Ziffer 5

[...]

Ziff. 5 des klägerischen Rechtsbegehrens lautet wie folgt: «Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Gericht zu Handen der Klägerin (innert 60 Tagen nach Rechtskraft des Teilurteils zu den Rechtsbegehren 1–5) vollständig Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen (nach anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung) betreffend den erzielten Gewinn, welcher im Zusammenhang mit der Verwendung des Zeichens «adexxa» und/oder «Adexxa Services AG» gemäss Rechtsbegehren 1–4 steht, insbesondere betreffend ihre Umsätze, die einzelnen Verwaltungs-, Vertriebs- und Gemeinkosten, den

erzielten Geschäftserlös sowie den daraus von ihr errechneten Gewinn; die Beklagte sei insbesondere verpflichtet, sämtliche Unterlagen einzureichen, auf welche im Rahmen der geforderten Rechnungslegung Bezug genommen wird.»

Gemäss Art. 55 Abs. 2 MSchG bleiben neben den in Abs. 1 vorgesehenen Leistungsklagen die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorbehalten. Anwendbar sind also die Bestimmungen von Art. 41 ff. OR bzw. Art. 423 OR. Die Klägerin hat davon Gebrauch gemacht und fordert in Ziff. 6 ihres Rechtsbegehrens von der Beklagten Schadenersatz und/oder die Herausgabe des Gewinns. Bei Ziff. 6 wird zu beachten sein, dass nach konstanter Rechtsprechung des BGer Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe aus der gleichen Markenrechtsverletzung nicht kumuliert werden können. Neuerdings hat das BGer dies dahingehend relativiert, dass ein Schaden neben einem Gewinn-

herausgabeanspruch geltend gemacht werden kann, sofern er in diesem nicht aufgeht (R. STAUB, Handkommentar Markenschutzgesetz, Bern 2009, MSchG 55 N 77). Allerdings kann die Klägerin mit der Ausübung des Wahlrechts bezüglich der Anspruchsgrundlage bis zum Ergebnis des Beweisverfahrens zuwarten (STAUB, MSchG 55 N 116). In diesem Sinne ist die Formulierung im Begehren Ziff. 6 «... und/oder ...» zulässig. Zudem wird [...] von der Klägerin nach Abschluss des Beweisverfahrens bzw. nach Auskunftserteilung die Forderung zu beziffern sein (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Voraussetzung bei der Stufenklage bzw. bei unbezifferten Forderungsklagen ist, dass ein Anspruch auf Auskunftserteilung materiellrechtlicher Natur besteht (STAUB, MSchG 55 N 114; A. MARKUS, Berner Kommentar ZPO I, Bern 2013, ZPO 85 N 18). Für Ansprüche aus Geschäftsanmassung und Bereicherungsrecht ist das unbestritten. Nach zutreffender Ansicht muss ein solcher Anspruch auch bei Schadenersatzansprüchen gestützt auf Art. 41 ff. OR gelten (STAUB, MSchG 55 N 114). Die Klägerin stützt ihre Scha-

denersatz- und Gewinnherausgabeforderung auf Art. 41 ff. OR, Art. 62 ff. OR sowie Art. 423 OR ab, was aufgrund des Gesagten zulässig ist.

Sodann muss die Auskunft gegenüber der Klägerin und grundsätzlich nicht dem Gericht erteilt werden. Dem Geheimhaltungsbedürfnis der Beklagten ist gebührend Rechnung zu tragen. Auskunftsansprüche dürfen nur soweit als nötig gutgeheissen werden (STAUB, MSchG 55 N 115). Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 5 erachtet das OGer als den vorstehend festgestellten Verletzungen von Firmen- sowie Markenrecht durch die Beklagte als angemessen und insofern als nötig. Anzupassen ist Ziff. 5 insoweit, als lediglich die gutzuheissenden klägerischen Begehren Ziff. 1 Satz 1 und Ziff. 2 Grundlage für die Auskunftserteilung hinsichtlich eines allfällig erzielten Gewinnes bilden können. Abgesehen von dieser Korrektur ist das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 5 gutzuheissen. [...]

Lb

«Converse All Star»

Handelsgericht Bern vom 28. Februar 2014

(Massnahmeentscheid)

Beweislast für Fälschung importierter Markenartikel trotz Erschöpfungsgrundsatz beim Markeninhaber

MSchG 13. Ist strittig, ob es sich um gefälschte oder um parallel importierte Markenwaren handelt, liegt die Beweislast trotz des Erschöpfungsgrundsatzes beim Markeninhaber (E. 9).

MSchG 13. Das Anbringen nicht untrennbar mit der Qualität der Produkte verbundener Merkmale wie

z.B. Seriennummern ist markenrechtlich nicht zu beanstanden (E. 13 b).

MSchG 13; ZPO 156. Hält ein beweiselasteter Gesuchsteller Dokumente, die anhand produktspezifischer Eigenschaften die Gefälschtheit von Waren glaubhaft machen könnten, zurück, anstatt sie vorbehaltlich der

Anerkennung schutzwürdiger Interessen und der Gewährung entsprechender Schutzmassnahmen zu den Akten zu reichen, muss er die Folgen der Beweislosigkeit tragen (E. 13 c).

LPM 13. Lorsque la question est litigieuse de savoir s'il s'agit de marchandises de marque falsifiées ou

d'importations parallèles, le fardeau de la preuve incombe au titulaire de la marque malgré le principe de l'épuisement (consid. 9).

LPM 13. Du point de vue du droit des marques, il n'est pas critiquable d'apposer des caractéristiques qui ne sont pas indissociables de la qualité des produits comme des numéros de série (consid. 13 b).

LPM 13; CPC 156. Le demandeur ayant le fardeau de la preuve doit supporter les conséquences de l'absence de preuve lorsqu'il retient des documents qui pourraient rendre vraisemblable la contrefaçon de marchandises à l'aide de propriétés spécifiques au produit au lieu de les déposer au dossier sous réserve de la reconnaissance d'intérêts dignes de protection et de l'octroi des mesures de protection correspondantes (consid. 13 c).

Handelsgericht Bern; Abweisung des Begehrens; HG 13 116 SUN CAB

Die zum Nike-Konzern gehörenden Gesuchstellerinnen beantragten der Instruktionsrichterin des Handelsgerichts Bern, dem Discounter OTTO's u. a. zu verbieten, diverse angeblich gefälschte Turnschuhe der Marke «Converse All Star» zu vertreiben, und verlangte Auskunft über die Vertriebswege. Sie legten zwar dar, dass die streitgegenständlichen Schuhe Seriennummern aufweisen, die nicht in ihrer Datenbank enthalten waren, reichten aber unter Berufung auf deren Geheimnischarakter zusätzliche Fälschungsmerkmale nicht ein, sondern boten dies nur an. OTTO's machte geltend, die Turnschuhe seien parallel importierte Originalprodukte, und berief sich dafür u. a. auf dem Gericht eingereichte, aber den Gesuchstellerinnen nicht offenzulegende Informationen über die Vertriebswege. Die Instruktionsrichterin weist mangels Glaubhaftmachung einer Marken-

rechtsverletzung sowohl das Gesuch um Unterlassung als auch das Gesuch um Akteneinsicht ab.

Aus den Erwägungen:

9. a) Nach dem Grundsatz der Erschöpfung ist das ausschliessliche Verbreitungsrecht des Markeninhabers nach dem erstmaligen Inverkehrbringen einer Ware durch den Markeninhaber oder mit dessen Zustimmung mit Bezug auf dieses konkrete Warenexemplar erschöpft (L. DAVID, in: H. Honsell et al. [Hg.], Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, MSchG 13 N 16; E. MARBACH, Markenrecht, SIWR III/1, 2. Aufl., Basel 2009, N 1536; F. THOUVENIN/M. DORIGO, in: M. Noth et al. [Hg.], Markenschutzgesetz [MSchG], Bern 2009, MSchG 13 N 92).

b) Der Zustimmung des Markeninhabers ist der Vertrieb durch Lizenznehmer oder sonstige Vertragspartner gleichgestellt, welche die Ware als vertraglich Ermächtigte in Verkehr bringen (MARBACH, N 1538). Entscheidend ist die Möglichkeit zur Kontrolle der unter der Marke in Verkehr gebrachten Waren (B. ABEGG, Der Gebrauch fremder Marken im Geschäftsverkehr, Bern 2013, 188, m.w.H.). Unerheblich ist auch, ob ein Vertrag korrekt umgesetzt wurde oder nicht. Verletzt ein Lizenznehmer z. B. Absprachen über das Vertriebsgebiet, so bildet dies daher noch keine Markenverletzung (MARBACH, N 1539; ähnlich THOUVENIN/DORIGO, MSchG 13 N 99).

c) Mit Bezug auf die territoriale Tragweite hat sich das BGer für die internationale Erschöpfung ausgesprochen (BGE 122 III 469; bestätigt in den Urteilen des BGer vom 11. April 2002, 4C.357/2001, sic! 2002, 605, vom 12. Januar 2000, 4C.354/1999, sic! 2000, 321). Demnach bewirkt auch die Erstveräusserung im Ausland die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, mit

der Folge, dass der Markeninhaber den Import der im Ausland in Verkehr gesetzten Waren nicht gestützt auf sein Markenrecht verhindern kann (THOUVENIN/DORIGO, MSchG 13 N 117). Demgegenüber wird die rechtlich allein geschützte Unterscheidungsfunktion durch den Import qualitativ gleichwertiger Originalware nicht beeinträchtigt (MARBACH, N 1543).

d) Nach der wohl herrschenden Lehre trägt grundsätzlich der Dritte die Beweislast für den Nachweis der Voraussetzungen der Erschöpfung, zumal dieser aus dem Vorliegen der erforderlichen Sachumstände ein Recht zur Weiterverbreitung der fraglichen Waren ableitet (THOUVENIN/DORIGO, MSchG 13 N 132; CH. WILLI, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht, Zürich, 2002, MSchG 13 N 67). Im Resultat darf die Verteilung der Beweis- und Substanziierungslast jedoch nicht dazu führen, dass der Markeninhaber von jedem Händler unbeschränkt Auskunft über die Herkunft von Originalmarkenwaren verlangen kann (WILLI, MSchG 13 N 67). Eine Umkehr der Beweislast rechtfertigt sich allerdings, wenn der Dritte den Nachweis des erstmaligen Inverkehrbringens durch den Markeninhaber bzw. mit dessen Zustimmung nur schwer erbringen kann, zumal dem Markeninhaber der umgekehrte Beweis in aller Regel leichter fallen wird (THOUVENIN/DORIGO, MSchG 13 N 132; im Ergebnis auch WILLI, MSchG 13 N 67). Allenfalls muss zum Schutz des Dritten der Nachweis zugelassen werden, dass im Herkunftsland Markenwaren gleicher Art und Qualität in Verkehr gebracht werden (WILLI, MSchG 13 N 67).

e) Eine Erschöpfung kann jedoch nur an Originalwaren, nicht aber an widerrechtlich von einem Dritten mit der Marke gekennzeichneten Erzeugnissen eintreten. Bei gefälschten Waren erfolgt deshalb keine Erschöpfung (WILLI, MSchG 13 N 61). Macht der Markeninhaber Warenfälschung gel-

tend, so trifft ihn die Beweislast für die entsprechenden Behauptungen (WILLI, MSchG 13 N 67; HGer Zürich vom 13. Dezember 2007, Nr. HG020324, sic! 2009, 412).

f) Nach dem Gesagten obliegt es zunächst den Gesuchstellerinnen, dem Gericht glaubhaft darzulegen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen um Warenfälschungen handelt; darin ist ihre anspruchsbegründende Behauptung zu erblicken. Gelingt den Gesuchstellerinnen ein derartiger Nachweis nicht, haben sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Die Gesuchstellerinnen verkennen offenbar die Tragweite des Erschöpfungsgrundsatzes, der ausschliesslich bei Originalwaren zur Anwendung gelangt. Deshalb können die Gesuchstellerinnen mit Bezug auf den Erschöpfungsgrundsatz nicht ableiten, dass die Gesuchsgegnerin bereits vorgängig die Glaubhaftmachungslast für die Zustimmung für das Inverkehrbringen der streitgegenständlichen Schuhe trifft; anders offenbar die deutsche Rechtsprechung, vgl. Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes I ZR 52/10 vom 15. März 2012, 10, Ziff. 10, 12 ff., Ziff. 25; GB 20). Eine derartige Glaubhaftmachungslast wäre wohl erst dann denkbar, wenn die Gesuchstellerinnen behauptet und auch glaubhaft nachgewiesen hätten, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen um Originalware handelt, für welche ihre Zustimmung für das Inverkehrbringen fehlt. Folglich wäre es in dieser Konstellation grundsätzlich an der Gesuchsgegnerin, die Zustimmung für das Inverkehrbringen der streitgegenständlichen Schuhe glaubhaft nachzuweisen.

Zu einer Verschiebung der Glaubhaftmachungslast für die anspruchsbegründenden Behauptungen zur Gesuchsgegnerin, kommt es schliesslich auch dann nicht, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf einen zulässigen Parallelimport oder andere Rechtfertigungsgründe berufen möchte. Derar-

tige Rechtfertigungsgründe werden mit den Vorbringen der Gesuchstellerinnen gegeneinander abgewägt, sofern sie gegenüber dem Gericht glaubhaft gemacht werden.

[...]

b. Verfügungsgrund

13. a) Die Gesuchstellerinnen bringen im Wesentlichen vor, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen deswegen um Fälschungen handle, weil die Zungenetiketten der Schuhe Seriennummern aufweisen, die sich mit Einträgen in der Avery Dennison-Datenbank nicht decken. Ausgehend von dieser Annahme gehen die Gesuchstellerinnen davon aus, dass die jeweiligen Etiketten nicht mit Genehmigung der Gesuchstellerin 2 gedruckt worden seien, es sich folglich bei den Etiketten und den dazugehörigen Schuhen um Fälschungen handeln müsse.

Fälschungsnachweis anhand abweichender Seriennummern auf Zungenetiketten

b) Die Argumentation der Gesuchstellerinnen ist nicht stichhaltig, da aufgrund einer abweichenden Seriennummer nicht bereits darauf geschlossen werden kann, dass die entsprechenden Schuhe ohne Genehmigung der Gesuchstellerinnen produziert worden und somit als Fälschungen zu erachten sind. Die 13-stellige Seriennummer auf einer Zungenetikette gibt in erster Linie Aufschluss darüber, ob der dazugehörige Schuh in der Avery Dennison-Datenbank registriert ist oder nicht. Damit wird einerseits glaubhaft gemacht, dass es sich bei den registrierten Schuhen wohl tatsächlich um Originalware handelt. Andererseits hindert dies die Gesuchstellerinnen nicht, Schuhe ohne, mit nicht registrierten oder identischen Seriennummern zu vertreiben; es hindert sie ebenfalls nicht, Schuhe mit unterschiedlichen Zungenetiketten zu ver-

treiben. Im Übrigen muss gestützt auf die Ausführungen der Gesuchstellerinnen angenommen werden, dass die Zungenetiketten mit den Seriennummern in erster Linie dazu dienen, den Vertriebsweg bis in die Produktionsstätten nachvollziehen zu können (GB 22 Ziff. 3). Die Seriennummern sollen somit eine gewisse Kontrolle über den Vertriebsweg zulassen.

Entscheidend für die Annahme einer Warenfälschung ist vielmehr, ob die Gesuchstellerinnen anhand von *produktspezifischen Eigenschaften* der streitgegenständlichen Schuhe glaubhaft darlegen können, inwiefern zu den von ihnen vertriebenen Originalschuhen eine Diskrepanz besteht. Dies wird von den Gesuchstellerinnen zumindest durch nicht registrierte Seriennummern, die auf Zungenetiketten abgedruckt und auf den streitgegenständlichen Schuhen angebracht sind, nicht glaubhaft dargelegt.

Mit Bezug auf die von den Gesuchstellerinnen verwendeten Seriennummern bleibt anzumerken, dass diese auch nicht untrennbar mit der Qualität der streitgegenständlichen Schuhe verknüpft sind (siehe auch OGer Basellandschaft vom 17. Oktober 1995, SJZ 1996, 315 f.) und deshalb nicht als produktspezifische Eigenschaft zu betrachten sind. Daher sagen die von den Gesuchstellerinnen festgestellten divergierenden Seriennummern nichts über die Beschaffenheit der Ware aus und beeinträchtigen letztlich auch nicht die rechtlich geschützte Unterscheidungsfunktion ihrer Marken (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Selbst wenn die Gesuchsgegnerin die Seriennummern nachträglich verändert hätte – was sie nach eigenen Ausführungen nicht getan hat und auch nicht von den Gesuchstellerinnen behauptet wird –, wäre dies markenrechtlich nicht zu beanstanden, sofern die Seriennummern bloss zur Kontrolle eines Vertriebssystems dienen (ABEGG, 208, m.w.H.). Gleichwohl besteht in technischer Hinsicht die Möglichkeit,

andere Kontrollelemente in einen Schuh zu integrieren, die mit produkt-spezifischen Eigenschaften zusammenfallen (HGer Zürich vom 13. Dezember 2007, Nr. HG02324, sic! 2009, 413, aus dem hervorgeht, dass Bestandteile des klägerischen Markenzeichens mit mikroskopisch erkennbaren Farbpartikeln ausgestattet waren; vgl. dazu auch WILLI, MSchG 13 N 81).

Vorbehaltene Dokumente betreffend weitere Fälschungsmerkmale

c) Die Gesuchstellerinnen führen aus, es lasse sich anhand weiterer, äusserlich erkennbarer Fälschungsmerkmale nachweisen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen um Fälschungen handle. Sie halten fest, dass es sich hierbei um streng gehütete Geschäftsgeheimnisse handle. Die Gesuchstellerinnen bieten dem Gericht die vertrauliche Mitteilung äusserer Fälschungsmerkmale mit Hilfe von Aussagen eines sachverständigen Zeugen und Dokumentennachweisen an, verlangen jedoch eine Zusage des Gerichts zur vertraulichen Behandlung dieser Merkmale. Dazu ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerinnen offenbar über Dokumente verfügen, welche einer Beurteilung, ob es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen allenfalls um Fälschungen handelt, dienen würden.

Der Rückbehalt von Dokumenten liegt im Ermessen der Gesuchstellerinnen, doch kann dieser nicht ohne zivilprozessrechtliche Folgen davon abhängig gemacht werden, ob das Gericht den Gesuchstellerinnen vorgängig eine Zusage um vertrauliche Behandlung abgibt. Die Gesuchstellerinnen hätten im vorliegenden Verfahren beantragen können, vertrauliche Dokumente vorbehaltlich der Anerkennung von schutz-

würdigen Interessen und der Gewährung entsprechender Schutzmassnahmen (vgl. Art. 156 ZPO) zu den Akten zu reichen, so wie dies auch die Gesuchsgegnerin zutreffend erkennt. Für das von den Gesuchstellerinnen gewillkürte Vorgehen besteht einerseits keine zivilprozessrechtliche Grundlage und andererseits steht es auch einer zügigen Beweisabnahme durch das Gericht entgegen. Letzteres gilt ebenfalls für die Einvernahme des mit den vertraulichen Dokumenten genannten sachverständigen Zeugen, der in den USA domiziliert ist. Selbst wenn dieser zeitnah für eine Aussage erscheinen könnte, müsste zunächst eine mündliche Verhandlung (allenfalls unter Beizug eines Übersetzers) anberaunt werden, was zu einer weiteren Verfahrensverzögerung führen würde. Zusammenfassend ergibt sich, dass die von den Gesuchstellerinnen vorstehend erwähnten und vorbehaltenen Beweismittel durch das Gericht im vorliegenden Massnahmeverfahren nicht berücksichtigt werden können.

d) Angesichts der gegenwärtigen Aktenlage bestehen seitens des Gerichts erhebliche Zweifel, ob von den Gesuchstellerinnen aufgrund der ins Recht gelegten Dokumente glaubhaft gemacht wird, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen tatsächlich um Fälschungen handelt. Die abschliessende Beurteilung kann an dieser Stelle vorläufig offen gelassen werden, da die Gegenpartei ihrerseits Argumente ins Feld führt, welche im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind.

14. [...]

c) [...]

Zusammenfassend hat die Gesuchsgegnerin mit Bezug auf den Grossteil der streitgegenständlichen Schuhe

aus der Lieferung B glaubhaft nachgewiesen, dass [sie] diese letztlich von einer Gesellschaft bezogen hat, [die] zumindest die Kontrolle über das Inverkehrbringen von Markenartikeln der Gesuchstellerinnen hatten.

15. Nach der vorstehenden Würdigung der Beweismittel der Parteien steht fest, dass die Gesuchstellerinnen nicht glaubhaft nachweisen konnten, ob es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen um Fälschungen handelt. Die Gesuchsgegnerin macht ihrerseits glaubhaft geltend, dass es sich bei den streitgegenständlichen Schuhen grösstenteils nicht um Fälschungen handelt, sondern [dass diese] vielmehr durch Gesellschaften ausgeliefert wurden, welche zumindest über die nötige Kontrolle zum Inverkehrbringen von Markenartikeln der Gesuchstellerinnen verfügten. Für die streitgegenständlichen Schuhe aus der Lieferung B mit den Farbkennzeichen 1P626 und 1G349 konnte nicht glaubhaft nachgewiesen werden, dass diese ebenfalls von der Société A stammen. Demgegenüber konnten die Gesuchstellerinnen auch nicht glaubhaft nachweisen, dass es sich hierbei um Fälschungen handelt, womit sie die Folgen der Glaubhaftmachungslast zu gewärtigen haben.

Nach dem Gesagten steht fest, dass weder eine Gefährdung noch eine Verletzung der Markenrechte der Gesuchstellerinnen glaubhaft ausgewiesen ist. Folglich erübrigt sich eine weitere Prüfung der Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen, soweit sich die Gesuchstellerinnen auf ihre Markenrechte stützen.

[...]

Pl

Weitere Entscheidungen in markenrechtlichen Eintragungs- und Widerspruchsverfahren | Autres arrêts en matière d'enregistrement ou d'opposition à des enregistrements de marques

Zusammengestellt von | Rédigé par **EUGEN MARBACH*** | **MICHEL MÜHLSTEIN****

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher, Bern.
** Avocat, Genève.

Datum – Nummer Date – Numéro	Thema Thème	Kernaussage Point central	Ergebnis Décision
BVGer vom 28. April 2014 (B-2766/2013) «Red Bull Bulldog»	Relative Ausschussgründe: Zeichenähnlichkeit/ Verwechslungsgefahr; Stellenwert eines parallelen Entscheides des HABM	Die Zeichen «Red Bull» und «Bulldog» sind schriftbildlich, visuell und phonetisch ähnlich (zwei Silben, sieben Buchstaben, Element «Bull», Buchstabe «D» im Element «Red» resp. «Dog»). Bulldoggen (als Hunderasse) sind «bullige» Hunde, weshalb auch bezüglich des Sinngehalts eine gewisse Überschneidung besteht. Angesichts der Bekanntheit der Widerspruchsmarke gewährleistet der Sinngehalt daher keinen rechtsgenügenden Zeichenabstand. Einer parallelen und (abweichenden) Entscheidung des HABM (R 107/2012-2 vom 16. November 2012) kommt keine präjudizierende Wirkung zu (Bestätigung der Rechtsprechung).	Es besteht Verwechslungsgefahr (Abweisung der Beschwerde)
BVGer vom 8. Mai 2014 (B-4664/2013) «Stone Contimilestone»	Relative Ausschussgründe: Aufmerksamkeit des Käufers; Verwechslungs- gefahr bei integraler Übernahme einer schwachen Marke	Beide Zeichen sind für identische Waren (Reifen, Klasse 12) geschützt. Bei Reifen ist es üblich, den Untergrund (Schnee, Sand etc.), für welche sie besonders geeignet sind, auszuweisen. Eine Marke «stone» ist daher stark beschreibend und nur schwach kennzeichnend. Der Reifenkauf ist kein alltägliches Geschäft; es ist daher von einer normalen oder sogar erhöhten Aufmerksamkeit der Käufer auszugehen. Die Marke «Contimilestone» ist deutlich länger als die Widerspruchsmarke «Stone», wobei das übereinstimmende Element nicht abgesetzt ist. Die schriftbildliche Übereinstimmung ist gering, und klanglich unterscheiden sich die beiden Marken klar. Im wertenden Gesamtblick ist die Verwechslungsgefahr zu verneinen.	Keine Verwechslungs- gefahr (Abweisung der Beschwerde)

Datum – Nummer Date – Numéro	Thema Thème	Kernaussage Point central	Ergebnis Décision
<p>TAF du 4 juin 2014 (B-3056/2012)</p> <p>«Arctic (fig.) Arctic Velvet»</p> 	<p><i>Opposition:</i> Usage d'une forme de la marque divergeant essentiellement de la marque enregistrée</p>	<p>Le début et la fin des mots étant perçus comme prépondérants par le public, celui-ci aura l'attention attirée par l'ours polaire inclus dans l'initiale de la marque antérieure. Cet animal fait ainsi partie de ce qui confère à la marque sa force distinctive; il ne s'agit pas d'un simple ajout décoratif. C'est d'autant moins le cas que l'élément verbal «Arctic» est peu distinctif pour des bières, des boissons non alcooliques, des vins et des liqueurs, car il fait penser à une boisson servie froide. Par conséquent, l'usage de l'élément verbal «Arctic» sans la représentation de l'ours polaire laisse une impression d'ensemble distincte de celle découlant de la marque enregistrée et ne vaut pas usage de cette dernière.</p>	<p>Absence de vraisemblance d'usage de la marque antérieure (Rejet du recours)</p>
<p>TAF du 10 juin 2014 (B-4297/2012)</p> <p>«Arctic (fig.) Arctic Velvet Tröpfli»</p> 	<p><i>Opposition:</i> Risque de confusion; adjonction d'éléments verbaux peu distinctifs dans la marque attaquée</p>	<p>Dans la procédure devant l'PI, la défenderesse a omis d'exciper du défaut d'usage de la marque antérieure. Dans la marque attaquée, les éléments «Velvet» et «Tröpfli» sont peu distinctifs, le premier faisant penser à une texture ou un goût velouté et le second à une «bonne goutte». Même s'il existe une association d'idées entre «Arctic» et le fait de servir des boissons froides, cet élément verbal n'est pas descriptif et jouit d'une protection normale. La marque attaquée reprend le seul élément verbal de celle antérieure, l'adjonction, dans celle postérieure, d'un «c» ne modifiant pas l'impression d'ensemble. Certes, l'ours polaire est omis dans la marque attaquée, mais, le public retenant d'une marque mixte essentiellement son élément verbal, les acheteurs risquent de croire à l'existence d'un lien entre les titulaires des marques en cause, celles-ci concernant des produits identiques s'adressant à un large public.</p>	<p>Risque de confusion au moins indirect (Rejet du recours)</p>
<p>TAF du 10 juin 2014 (B-4637/2012)</p> <p>«Arctic (fig.) Arctic Velvet Nothing Cocktail»</p> 	<p><i>Opposition:</i> Risque de confusion; adjonction d'éléments verbaux peu distinctifs dans la marque attaquée</p>	<p>Voir ci-dessus ad ATAF B-4297/2012, étant précisé que l'élément «Cocktail» est descriptif et donc dépourvu de caractère distinctif pour des produits des classes 32 et 33, tandis que l'élément «Nothing» apparaît secondaire, perdu entre «Velvet» et «Cocktail», l'élément prépondérant étant «Arctic».</p>	<p>Risque de confusion au moins indirect (Rejet du recours)</p>

Datum – Nummer Date – Numéro	Thema Thème	Kernaussage Point central	Ergebnis Décision
<p>BVGer vom 12. Juni 2014 (B-3119/2013)</p> <p>«Swissprimbeef Appenzeller Prim(e)beef (fig.)»</p> 	<p>Relative Ausschlussgründe: Verwechslungsgefahr bei Übereinstimmung in gemeinfreien Elementen</p>	<p>Die Widerspruchsmarke «Swissprimbeef» wird vom massgeblichen Durchschnittskonsumenten als «Swissprim(e)beef» interpretiert. Die blosse Übereinstimmung in den gemeinfreien Elementen «Prim» bzw. «Prim(e)» und «Beef» führt im Regelfall zu keiner Verwechslungsgefahr. Solange nicht nachgewiesen ist, dass die Elemente «Beef» oder «Prim(e)» die gesamte Marke assoziieren, würde auch die (behauptete) Bekanntheit der Widerspruchsmarke aufgrund intensiven Gebrauchs nicht weiterhelfen.</p>	<p>Keine Verwechslungsgefahr (Abweisung der Beschwerde)</p>

6. Technologierecht | Droit de la technologie

6.1 Patente | Brevets d'invention

«Selektiver Serotonin-Wiederaufnahmehemmer»

Bundespatentgericht vom 31. März 2014

(Massnahmeentscheid)

Verletzung eines ergänzenden Schutzzertifikats durch Anbieten während der Schutzdauer

PatG 140d I, 8. **Während der Laufzeit des Schutzrechts steht dem Schutzrechtsinhaber der für Erzeugnisse gewährte Schutz hinsichtlich aller Verletzungstatbestände und damit auch hinsichtlich des Anbietens ungeschmälert zur Verfügung (E. 4).**

PatG 140d I, 8. **Das umfassende Verbot des Anbietens ist durch die zeitliche Dimension des Patent- bzw. Schutzzertifikatschutzes gedeckt; eine funktionsbezogene Betrachtung dahin, ob sich das Angebot auf ein weiteres Verhalten bezieht, das für sich, etwa als Herstellen, Inverkehrbringen oder Einfuhr, unter den zeitlich begrenzten Schutz des Patents fällt, verbietet sich damit (E. 4).**

LBI 140d I, 8. **Durant la période de protection, la protection accordée pour les produits est intégralement à disposition du titulaire pour tous les éléments constitutifs de l'infraction et, partant, également pour ce qui concerne de l'offre (consid. 4).**

LBI 140d I, 8. **L'interdiction complète de l'offre est couverte par la dimension temporelle du brevet ou du certificat de protection; une appréciation fonctionnelle selon laquelle l'offre est susceptible de se rapporter à un autre comportement qui tombe sous la protection temporelle limitée du brevet, comme la fabrication, la mise en circulation ou l'importation, est dès lors exclue (consid. 4).**

Gutheissung des Begehrens; Akten-Nr. S2014_003 (O2014_007)

Die Klägerinnen sind Inhaberin bzw. ausschliessliche Lizenznehmerin eines in der Schweiz registrierten ergänzenden Schutzzertifikats für den Wirkstoff Z («Massnahme-Schutzzertifikat») und des schweizerischen Teils des Europäischen Patents («Grundpatent»), das dem Massnahme-Schutzzertifikat zugrunde liegt. Die Laufdauer des Massnahme-Schutzzertifikats endet am 31. Mai 2014. Es stützt sich auf ein als selektiver Serotonin-Wiederaufnahmehemmer zugelassenes Originalpräparat P®.

Die Beklagte ist Inhaberin der Marktzulassung für die Generika X® und Y®, die als einzigen Wirkstoff Z enthalten. Noch vor Ablauf des Massnahme-Schutzzertifikats begann die Beklagte, ihre beiden Generika in der Schweiz zu bewerben und dafür Bestellungen entgegenzunehmen. Die Klägerinnen reichen beim BPatGer eine Klage und ein Massnahmebegehren ein und verlangen Unterlassung, Auskunft und Rechnungslegung sowie finanzielle Kompensation, wobei das Unterlassungsbegehren superprovisorisch beantragt wird. Das BPatGer heisst das Begehren gut.

Aus den Erwägungen:

4. Das glaubhafterweise von der Aussendienstmitarbeiterin S. der Beklagten dem Apotheker Dr. K. vorgelegte Bestellformular präsentiert sich wie folgt: [...].

Das Produkt wird zwar mit «P» bezeichnet, aber nachdem die Beklagte glaubhafterweise keine Präparate der

Klägerinnen und schon gar kein P® verkauft, hingegen die Zulassung für ein entsprechendes Generikum hat, kann das nur verstanden werden als quasi Tarnbezeichnung für das entsprechende von der Beklagten zu liefernde Generikum.

Nachdem glaubhaft dargetan ist, dass das Generikum X® bzw. Y® der Beklagten unter das Massnahme-Schutzzertifikat fällt, stellt die Einladung zu dessen Bestellung ein Anbieten und damit eine Patentverletzung dar (Art. 140d in Verbindung mit Art. 8 PatG).

Dies gilt auch für den Fall, dass eine Lieferung erst nach Ablauf des Schutzzertifikates in Aussicht gestellt worden sein sollte. Mit dem BGH (X ZR 76/05 vom 5. Dezember 2006, «Simvastatin», Rz. 10) ist davon auszugehen, dass aus dem Sinn und Zweck des Verbots des Anbietens von Erzeugnissen, die Gegenstand des Schutzrechts sind, folgt, dass dem Schutzrechtsinhaber während der Laufzeit des Schutzrechts der für Erzeugnisse gewährte Schutz hinsichtlich aller Verletzungstatbestände und damit auch hinsichtlich des Anbietens ungeschmälert zur Verfügung stehen soll. Deshalb ist es jedem Dritten, solange der Schutz besteht, schlechthin verboten, das geschützte Erzeugnis anzubieten. Dieses umfassende Verbot ist durch die zeitliche Dimension des Patent- bzw. Schutzzertifikatschutzes gedeckt und dient insbesondere dazu, den Schutzrechtsinhaber in effektiver Weise bis zum Schutzrechtsablauf dadurch zu schützen, dass

jegliche schutzrechtsverletzende Handlung verboten ist. «Eine funktionsbezogene Betrachtung des Verbots des Anbietens während der Schutzdauer dahin, ob sich das Angebot auf ein weiteres Verhalten bezieht, das für sich, etwa als Herstellen, Inverkehrbringen oder Einfuhr, unter den zeitlich be-

grenzten Schutz des Patents fällt, verbietet sich damit» (Rz. 10).

Ebenfalls glaubhaft, ja nachgerade offensichtlich ist, dass das Vorgehen der Beklagten einen nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil mit sich bringt, und dass, weil dieser Nachteil sich täg-

lich fortlaufend verstärkt, ein dringliches Einschreiten angezeigt ist.

Damit sind die Voraussetzungen zum Erlass des superprovisorisch beantragten Verbots gegeben.

[...]

St

7. Wettbewerbsrecht | Droit de la concurrence

7.1 Lauterkeitsrecht | Concurrence déloyale

«Keytrader»

Bundesgericht vom 27. Juni 2014

UWG 3 I d, 9 I a.

Siehe 4.1 Marken

8. Weitere Rechtsfragen | Autres questions juridiques

Verfassungsrecht | Droit constitutionnel

«Keytrader»

Bundesgericht vom 27. Juni 2014

BV 26, 29 II, 190.

Siehe 4.1 Marken

Obligationenrecht | Droit des obligations

«Axveva | Adexxa»

Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 10. Dezember 2013

OR 41 ff., 62 ff., 423.

Siehe 4.1 Marken

**«Keytrader»
Bundesgericht vom 27. Juni 2014**

OR 944.

Siehe 4.1 Marken

Prozessrecht | Droit de la procédure

**«Axveva | Adexxa»
Obergericht Appenzell Ausserrhoden vom 10. Dezember 2013**

ZPO 85.

Siehe 4.1 Marken

**«Converse All Star»
Handelsgericht Bern vom 28. Februar 2014
(Massnahmeentscheid)**

ZPO 156.

Siehe 4.1 Marken

Recht auf Vergessen: Und wer da googelt, der findet nicht mehr

Urteil des EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, «Google Spain SL, Google Inc. | Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González»

PATRICK EGGIMANN*

Auf Ersuchen der spanischen Audiencia Nacional befand der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens, dass der Betreiber einer Internetsuchmaschine für personenbezogene Daten verantwortlich ist, die auf Internetseiten von Dritten erscheinen und vom Suchmaschinenbetreiber anhand einer Namenssuche und mittels entsprechender Links zugänglich gemacht werden. Die dahingehende Tätigkeit einer Suchmaschine wird demnach als «Verarbeitung personenbezogener Daten» im Sinne von Art. 2 lit. b der Richtlinie 95/46¹ beurteilt und der Suchmaschinenbetreiber als für diese Tätigkeit «Verantwortlicher» nach deren Art. 2 lit. d. Gestützt auf Art. 7 und 8 der Grundrechtscharta² kann die von der Datenbearbeitung betroffene Person verlangen, dass die jeweiligen Informationen einer breiten

Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbezug in die Ergebnisliste einer Suchmaschine zur Verfügung gestellt werden. In diesem Fall überwiegen die Interessen des Betroffenen nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch jene der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu diesen Informationen aufgrund einer anhand des Namens des Betroffenen durchgeführten Suche.

À la demande de l'Audiencia Nacional espagnole, la Cour de justice européenne a jugé, dans une procédure préjudicielle, que l'exploitant d'un moteur de recherche Internet est responsable des données personnelles qui apparaissent sur les pages web de tiers et qui sont mises à disposition par le moteur de recherche au travers d'une recherche nominale et de liens correspondants. Cette activité d'un moteur de recherche est ainsi considérée comme un «traitement de données à caractère personnel» au sens de l'art. 2 lit. b de la Directive 95/46¹; l'exploitant du moteur de recherche est pour sa part considéré comme «responsable» de cette activité au sens de l'art. 2 lit. d de la Directive. Par ailleurs et sur la base des art. 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux², la personne touchée par le traitement de données peut demander que ces informations ne soient plus mises à disposition du grand public par leur inclusion dans la liste de résultats d'un moteur de recherche. Dans un tel cas, les intérêts de la per-

sonne concernée l'emportent non seulement sur les intérêts économiques de l'exploitant du moteur de recherche, mais également sur ceux du grand public d'avoir accès à cette information au moyen d'une recherche effectuée en utilisant le nom de la personne concernée.

- I. Ausgangslage und Vorlagefragen
 1. Ausgangslage
 2. Vorlagefragen
- II. Aus den Erwägungen des EuGH
 1. Sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46 in Bezug auf die Tätigkeit des Suchmaschinenbetreibers als Anbieter von Inhalten
 2. Tragweite des Rechts auf Löschung und/oder des Rechts auf Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten über die eigene Person
- III. Kernaussagen und Kommentierung
 1. Kernaussagen des EuGH-Entscheids
 2. Kommentar

I. Ausgangslage und Vorlagefragen

1. Ausgangslage

MARIO COSTEJA GONZÁLEZ, ein spanischer Staatsangehöriger, erhob 2010 bei der spanischen Datenschutzbehörde Beschwerde gegen die in Spanien weit verbreitete Tageszeitung La Vanguardia Ediciones SL sowie gegen Google Spain und Google Inc. Er machte geltend, dass bei der Eingabe seines Namens in die von Google betriebene Suchmaschine zwei Seiten der Tageszeitung von Januar und März 1998 angezeigt würden. Darauf wurde insbesondere die Versteigerung eines Grundstücks angekündigt,

* MLaw, Zürich.

¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. vom 23. November 1995, Nr. L 281, 31 ff.).

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO du 25 novembre 1995, n° L 281, 31 ss.).

² Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (ABl. vom 18. Dezember 2000, Nr. C 364, 1 ff.).
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (JO du 18 décembre 2000, n° C 364, 1 ss.).

die mit einer Pfändung wegen Schulden bei der Sozialversicherung im Zusammenhang stand.

COSTEJA GONZÁLEZ beantragte, La Vanguardia sei anzuweisen, die betreffenden Seiten zu löschen oder so zu ändern, dass die ihn betreffenden Daten nicht mehr angezeigt würden. Alternativ sollte von den vom Suchmaschinenbetreiber zur Verfügung gestellten technischen Möglichkeiten Gebrauch gemacht werden. Im Weiteren beantragte er, Google Spain oder Google Inc. sei anzuweisen, die ihn betreffenden Daten zu löschen oder zu verbergen, sodass diese weder in den Suchergebnissen noch in den Links zur Zeitung erscheinen würden. Er behauptete in diesem Zusammenhang, die Pfändung sei seit Jahren erledigt und verdiene keine Erwähnung mehr.

Die AEPD wies die Beschwerde, soweit sie sich gegen La Vanguardia richtete, mit der Begründung zurück, der Herausgeber habe die strittigen Informationen rechtmässig veröffentlicht. Soweit sich die Beschwerde gegen Google Spain und Google Inc. richtete, wurde ihr jedoch stattgegeben. Die AEPD forderte die beiden Gesellschaften entsprechend auf, die für die Entfernung aus dem Index erforderlichen Massnahmen zu treffen und den Zugang inskünftig zu verhindern. Dagegen erhoben Google Spain und Google Inc. bei der Audiencia Nacional (Spanien) zwei Klagen auf Aufhebung des Entscheids. Vor diesem Hintergrund hat das spanische Gericht dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Vorlagefragen

Die Vorlagefragen bezogen sich auf den räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46, auf die Verarbeitung von Inhalten nach Art. 2 lit. b Richtlinie 95/46 und die Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers für diese Verarbeitung nach Art. 2 lit. d der Richtli-

nie sowie auf die Tragweite des Rechts auf Löschung und/oder auf Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten über die eigene Person in Verbindung mit dem Recht auf Vergessenwerden. Der EuGH hatte sich daher im Wesentlichen mit der Frage auseinandersetzen, ob das Recht auf Löschung und Sperrung personenbezogener Daten nach Art. 12 lit. b der Richtlinie 95/46 und das Recht auf Widerspruch gegen eine Verarbeitung nach deren Art. 14 Abs. 1 lit. a dahingehend auszulegen ist, dass die Indexierung auch für rechtmässig veröffentlichte Informationen verhindert werden kann.

II. Aus den Erwägungen des EuGH

1. Sachlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46 in Bezug auf die Tätigkeit des Suchmaschinenbetreibers als Anbieter von Inhalten

a) Verarbeitung personenbezogener Daten

22 Google Spain und Google Inc. vertreten die Auffassung, die Tätigkeit der Suchmaschinen sei nicht als Verarbeitung der Daten, die auf den in der Suchergebnisliste angezeigten Internetseiten Dritter erschienen, anzusehen, da Suchmaschinen sämtliche im Internet verfügbaren Informationen verarbeiten würden, ohne zwischen personenbezogenen Daten und anderen Informationen zu unterscheiden. Selbst wenn diese Tätigkeit als «Datenverarbeitung» einzustufen sein sollte, könne der Suchmaschinenbetreiber nicht als für die Verarbeitung «Verantwortlicher» angesehen werden, da er keine Kenntnis von den personenbezogenen Daten und keine Kontrolle über sie habe.

[...]

25 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 2 lit. b der Richtlinie 95/46 die «Verarbeitung personenbezogener

Daten» definiert als «jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verarbeitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten».

[...]

27 Bei der Tätigkeit, um die es im Ausgangsverfahren geht, ist unstrittig, dass sich unter den Daten, die von den Suchmaschinen gefunden, indexiert, gespeichert und den Nutzern zur Verfügung gestellt werden, auch Informationen über bestimmte oder bestimmbar natürliche Personen, also «personenbezogene Daten» im Sinne von Art. 2 lit. a der Richtlinie, befinden.

28 Indem er das Internet automatisch, kontinuierlich und systematisch auf die dort veröffentlichten Informationen durchforstet, «erhebt» der Suchmaschinenbetreiber mithin personenbezogene Daten, die er dann mit seinen Indexierprogrammen «ausliest», «speichert» und «organisiert», auf seinen Servern «aufbewahrt» und gegebenenfalls in Form von Ergebnislisten an seine Nutzer «weitergibt» und diesen «bereitstellt». Diese Vorgänge sind in Art. 2 lit. b der Richtlinie 95/46 ausdrücklich und ohne Einschränkung genannt, sodass sie als «Verarbeitung» im Sinne dieser Bestimmung einzustufen sind, ohne dass es darauf ankommt, ob der Suchmaschinenbetreiber dieselben Vorgänge auch bei anderen Arten von Informationen ausführt und ob er zwischen diesen Informationen und personenbezogenen Daten unterscheidet.

29 Daran ändert auch nichts, dass die personenbezogenen Daten bereits im Internet veröffentlicht worden sind

und von der Suchmaschine nicht verändert werden.

[...]

32 Zur Frage, ob der Suchmaschinenbetreiber bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die von der Suchmaschine im Rahmen einer Tätigkeit wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ausgeführt wird, als «für die Verarbeitung Verantwortlicher» anzusehen ist, ist festzustellen, dass Art. 2 lit. d der Richtlinie 95/46 den «für die Verarbeitung Verantwortlichen» definiert als «die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet».

33 Über die Zwecke und Mittel der genannten Tätigkeit und somit in deren Rahmen vom Suchmaschinenbetreiber selbst ausgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet aber der Suchmaschinenbetreiber, sodass er als für diese Verarbeitung «Verantwortlicher» im Sinne von Art. 2 lit. d der Richtlinie 95/46 anzusehen ist.

[...]

39 Schliesslich ist festzustellen, dass der Umstand, dass die Herausgeber von Websites die Möglichkeit haben, dem Suchmaschinenbetreiber u. a. mit Hilfe von Ausschlussprotokollen wie «robot.txt» oder Codes wie «noindex» oder «noarchive» zu signalisieren, dass eine bestimmte auf ihrer Website veröffentlichte Information ganz oder teilweise von den automatischen Indizes der Suchmaschinen ausgeschlossen werden soll, nicht bedeutet, dass das Fehlen eines solchen Hinweises seitens der Herausgeber von Websites den Suchmaschinenbetreiber von seiner Verantwortung für die von ihm im Rahmen der Tätigkeit der Suchmaschinen vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten befreie.

[...]

b) Räumlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46

54 Insoweit ergibt sich insbesondere aus [...] Art. 4 der Richtlinie 95/46, dass der Unionsgesetzgeber vermeiden wollte, dass der gemäss der Richtlinie gewährleistete Schutz einer Person vorenthalten und umgangen wird, und deshalb einen besonders weiten räumlichen Anwendungsbereich vorgesehen hat.

55 Im Hinblick auf dieses Ziel der Richtlinie 95/46 und den Wortlaut ihres Art. 4 Abs. 1 lit. a ist davon auszugehen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für den Dienst einer Suchmaschine wie Google Search erfolgt, die von einem Unternehmen betrieben wird, das seinen Sitz in einem Drittstaat hat, jedoch in einem Mitgliedstaat über eine Niederlassung verfügt, «im Rahmen der Tätigkeiten» dieser Niederlassung ausgeführt wird, wenn diese die Aufgabe hat, in dem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der angebotenen Werbeflächen der Suchmaschine, mit denen die Dienstleistung der Suchmaschine rentabel gemacht werden soll, und diesen Verkauf selbst zu sorgen.

56 Unter solchen Umständen sind nämlich die Tätigkeiten des Suchmaschinenbetreibers und die seiner Niederlassung in dem betreffenden Mitgliedstaat untrennbar miteinander verbunden, da die die Werbeflächen betreffenden Tätigkeiten das Mittel darstellen, um die in Rede stehende Suchmaschine wirtschaftlich rentabel zu machen, und die Suchmaschine gleichzeitig das Mittel ist, das die Durchführung dieser Tätigkeiten ermöglicht.

[...]

c) Umfang der Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers nach der Richtlinie 95/46

68 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die Bestimmungen der

Richtlinie 95/46, soweit sie Verarbeitungen personenbezogener Daten betreffen, die zu Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten und insbesondere des Rechts auf Achtung des Privatlebens führen können, im Licht der Grundrechte auszulegen sind, die nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, und nun in der Charta verankert sind (vgl. u. a. Urteile «Connolly/Kommission», C-274/99 P, EU:C:2001:127, Rn. 37, und «Österreichischer Rundfunk u. a.», EU:C:2003:294, Rn. 68).

69 So garantiert Art. 7 der Charta das Recht auf Achtung des Privatlebens, und Art. 8 der Charta proklamiert ausdrücklich das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten. In den Abs. 2 und 3 des letztgenannten Artikels wird präzisiert, dass diese Daten nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden dürfen, dass jede Person das Recht hat, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken, und dass die Einhaltung dieser Vorschriften von einer unabhängigen Stelle überwacht wird. Diese Erfordernisse werden insbesondere durch die Art. 6, 7, 12, 14 und 28 der Richtlinie 95/46 durchgeführt.

70 Nach Art. 12 lit. b der Richtlinie 95/46 garantieren die Mitgliedstaaten jeder betroffenen Person das Recht, vom für die Verarbeitung Verantwortlichen je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten zu erhalten, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht, insbesondere wenn diese Daten unvollständig oder unrichtig sind. Da diese letztgenannte Präzisierung in Bezug auf die Nichterfüllung bestimmter in Art. 6 Abs. 1 lit. d der Richtlinie

95/46 genannter Erfordernisse exemplarischen, und nicht abschliessenden Charakter hat, kann eine Verarbeitung auch deshalb nicht den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen und somit für die betroffene Person das in Art. 12 lit. b der Richtlinie garantierte Recht begründen, weil andere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäss der Richtlinie nicht erfüllt sind.

[...]

72 Vorbehaltlich besonderer Vorschriften, die die Mitgliedstaaten für die Verarbeitung personenbezogener Daten für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke vorsehen können, hat der für die Verarbeitung Verantwortliche nach dem Wortlaut des genannten Art. 6 der Richtlinie 95/46 dafür zu sorgen, dass die personenbezogenen Daten «nach Treu und Glauben und auf rechtmässige Weise verarbeitet werden», «für festgelegte eindeutige und rechtmässige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden», «den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen», «sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind» und «nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht». Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat insofern alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit Daten, die die Anforderungen der genannten Bestimmung nicht erfüllen, gelöscht oder berichtigt werden.

73 Was die Zulässigkeit gemäss Art. 7 der Richtlinie 95/46 angeht, kommt für eine von einem Suchmaschinenbetreiber ausgeführte Verarbeitung, wie sie im Ausgangsverfahren

in Rede steht, als Zulässigkeitsgrund Art. 7 lit. f der Richtlinie in Betracht.

74 Nach dieser Bestimmung ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, erforderlich ist, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, insbesondere ihr Recht auf Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die gemäss Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie geschützt sind, überwiegen. Die Anwendung von Art. 7 lit. f der Richtlinie 95/46 erfordert also eine Abwägung der jeweiligen einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen, in deren Rahmen die Bedeutung der Rechte der betroffenen Person, die sich aus den Art. 7 und 8 der Charta ergeben, zu berücksichtigen ist (vgl. Urteil «ASNEF/FECMD», EU:C:2011:777, Rn. 38 und 40).

75 Ob eine Verarbeitung den Bestimmungen von Art. 6 und Art. 7 lit. f der Richtlinie 95/46 entspricht, kann im Rahmen eines Antrags gemäss Art. 12 lit. b der Richtlinie geprüft werden; unter bestimmten Voraussetzungen kann die betroffene Person darüber hinaus aber auch ihr Widerspruchsrecht gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie ausüben.

76 Nach dem genannten Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 erkennen die Mitgliedstaaten das Recht der betroffenen Person an, zumindest in den Fällen von Art. 7 lit. e und f der Richtlinie jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, dass sie betreffende Daten verarbeitet werden, wobei dies nicht bei einer im einzelstaatlichen

Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung gilt. Bei der im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie vorzunehmenden Abwägung lassen sich somit spezieller alle Umstände der konkreten Situation der betroffenen Person berücksichtigen. Im Fall eines berechtigten Widerspruchs kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht mehr auf diese Daten beziehen.

77 Anträge gemäss Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 können von der betroffenen Person unmittelbar an den für die Verarbeitung Verantwortlichen gerichtet werden, der dann sorgfältig ihre Begründetheit zu prüfen und die Verarbeitung der betreffenden Daten gegebenenfalls zu beenden hat. Gibt der für die Verarbeitung Verantwortliche den Anträgen nicht statt, kann sich die betroffene Person an die Kontrollstelle oder das zuständige Gericht wenden, damit diese die erforderlichen Überprüfungen vornehmen und den für die Verarbeitung Verantwortlichen entsprechend anweisen, bestimmte Massnahmen zu ergreifen.

[...]

80 Wie bereits [...] ausgeführt, kann eine von einem Suchmaschinenbetreiber ausgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen, wenn die Suche mit dieser Suchmaschine anhand des Namens einer natürlichen Person durchgeführt wird, da diese Verarbeitung es jedem Internetnutzer ermöglicht, mit der Ergebnisliste einen strukturierten Überblick über die zu der betreffenden Person im Internet zu findenden Informationen zu erhalten, die potenziell zahlreiche Aspekte von deren Privatleben betreffen und ohne die betreffende Suchmaschine nicht oder nur sehr schwer hätten miteinan-

der verknüpft werden können, und somit ein mehr oder weniger detailliertes Profil der Person zu erstellen. Zudem wird die Wirkung des Eingriffs in die genannten Rechte der betroffenen Person noch durch die bedeutende Rolle des Internets und der Suchmaschinen in der modernen Gesellschaft gesteigert, die den in einer Ergebnisliste enthaltenen Informationen Ubiquität verleihen (vgl. in diesem Sinne Urteil «eDate Advertising u. a.», Rs. C-509/09 und C-161/10, EU:C:2011:685, Rn. 45).

81 Wegen seiner potenziellen Schwere kann ein solcher Eingriff nicht allein mit dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers an der Verarbeitung der Daten gerechtfertigt werden. Da sich die Entfernung von Links aus der Ergebnisliste aber je nach der Information, um die es sich handelt, auf das berechtigte Interesse von potenziell am Zugang zu der Information interessierten Internetnutzern auswirken kann, ist in Situationen wie der des Ausgangsverfahrens ein angemessener Ausgleich u. a. zwischen diesem Interesse und den Grundrechten der betroffenen Person aus den Art. 7 und 8 der Charta zu finden. Zwar überwiegen die durch diese Artikel geschützten Rechte der betroffenen Person im Allgemeinen gegenüber dem Interesse der Internetnutzer; der Ausgleich kann in besonders gelagerten Fällen aber von der Art der betreffenden Information, von deren Sensibilität für das Privatleben der betroffenen Person und vom Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zu der Information abhängen, das u. a. je nach der Rolle, die die Person im öffentlichen Leben spielt, variieren kann.

82 Nach der Beurteilung der Anwendungsvoraussetzungen von Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46, die die Kontrollstelle oder das zuständige Gericht vorzunehmen haben, wenn sie mit einem Antrag wie dem des Ausgangsverfahrens befasst

werden, können sie den Suchmaschinenbetreiber anweisen, aus der Liste mit den Ergebnissen einer anhand des Namens einer Person durchgeführten Suche Links zu von Dritten veröffentlichten Seiten mit Informationen über diese Person zu entfernen, ohne dass eine solche Anordnung voraussetzt, dass der Name und die Informationen vorher oder gleichzeitig vom Herausgeber der Internetseite, auf der sie veröffentlicht worden sind, freiwillig oder auf Anordnung der Kontrollstelle oder des Gerichts von dieser Seite entfernt werden. [...]

85 Ausserdem kann die vom Herausgeber einer Website in Form der Veröffentlichung von Informationen zu einer natürlichen Person ausgeführte Verarbeitung gegebenenfalls «allein zu journalistischen ... Zwecken» erfolgen, sodass für sie nach Art. 9 der Richtlinie 95/46 Ausnahmen von den Erfordernissen der Richtlinie gelten, während dies bei einer vom Betreiber einer Suchmaschine ausgeführten Verarbeitung nicht der Fall ist. Mithin ist nicht auszuschliessen, dass die betroffene Person unter bestimmten Umständen die Rechte gemäss Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 gegen den Suchmaschinenbetreiber, aber nicht gegen den Herausgeber der Website geltend machen kann.

86 Schliesslich ist festzustellen, dass der Zulässigkeitsgrund gemäss Art. 7 der Richtlinie 95/46 für die Veröffentlichung personenbezogener Daten auf einer Website nicht unbedingt derselbe ist wie für die Tätigkeit der Suchmaschinen; selbst wenn dies der Fall ist, kann die nach Art. 7 lit. f und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie vorzunehmende Interessenabwägung je nachdem, ob es sich um die vom Suchmaschinenbetreiber oder die von dem Herausgeber der Internetseite ausgeführte Verarbeitung handelt, verschieden ausfallen, da sowohl die berechtigten Interessen, die die Verarbeitungen rechtfertigen, verschieden sein

können als auch die Folgen, die die Verarbeitungen für die betroffene Person, insbesondere für ihr Privatleben, haben, nicht zwangsläufig dieselben sind.

87 Die Aufnahme einer Internetseite und der darin über eine Person enthaltenen Informationen in die Liste mit den Ergebnissen einer anhand des Namens der betreffenden Person durchgeführten Suche kann die Zugänglichkeit der Informationen für Internetnutzer, die eine Suche zu der Person durchführen, nämlich erheblich erleichtern und eine entscheidende Rolle bei der Verbreitung der Informationen spielen. Sie kann mithin einen stärkeren Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens der betroffenen Person darstellen als die Veröffentlichung durch den Herausgeber der Internetseite.

88 Somit ist [...] Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen [...], dass der Suchmaschinenbetreiber zur Wahrung der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Rechte, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind, dazu verpflichtet ist, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand des Namens einer Person durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten veröffentlichten Internetseiten mit Informationen zu dieser Person zu entfernen, auch wenn der Name oder die Informationen auf diesen Internetseiten nicht vorher oder gleichzeitig gelöscht werden und gegebenenfalls auch dann, wenn ihre Veröffentlichung auf den Internetseiten als solche rechtmässig ist.

[...]

2. Tragweite des Rechts auf Löschung und/oder des Rechts auf Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten über die eigene Person

89 Mit Frage 3 möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 12 lit. b und

Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 dahin auszulegen sind, dass die betroffene Person vom Suchmaschinenbetreiber verlangen kann, von der Ergebnisliste, die im Anschluss an eine anhand ihres Namens durchgeführte Suche angezeigt wird, Links zu von Dritten rechtmässig veröffentlichten Internetseiten mit wahrheitsgemässen Informationen über sie zu entfernen, weil diese Informationen ihr schaden können oder weil sie möchte, dass sie nach einer gewissen Zeit «vergessen» werden.

[...]

92 Zu Art. 12 lit. b der Richtlinie 95/46, der voraussetzt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht, ist festzustellen, dass die Verarbeitung, wie bereits in Rn. 72 des vorliegenden Urteils ausgeführt, den Bestimmungen der Richtlinie nicht nur nicht entsprechen kann, weil die Daten sachlich unrichtig sind, sondern u. a. auch, weil sie nicht den Zwecken der Verarbeitung entsprechen, dafür nicht erheblich sind oder darüber hinausgehen, nicht auf den neuesten Stand gebracht sind oder länger als erforderlich aufbewahrt werden, es sei denn, ihre Aufbewahrung ist für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke erforderlich.

93 Aus diesen in Art. 6 Abs. 1 lit. c bis e der Richtlinie 95/46 enthaltenen Anforderungen ergibt sich, dass auch eine ursprünglich rechtmässige Verarbeitung sachlich richtiger Daten im Laufe der Zeit nicht mehr den Bestimmungen der Richtlinie entsprechen kann, wenn die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet worden sind, nicht mehr erforderlich sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn sie diesen Zwecken in Anbetracht der verstrichenen Zeit nicht entsprechen, dafür nicht oder nicht mehr erheblich sind oder darüber hinausgehen.

[...]

97 Da die betroffene Person in Anbetracht ihrer Grundrechte aus den

Art. 7 und 8 der Charta verlangen kann, dass die betreffende Information der breiten Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste zur Verfügung gestellt wird, ist [...] davon auszugehen, dass diese Rechte grundsätzlich nicht nur gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch gegenüber dem Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, die Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche zu finden, überwiegen. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, über die Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste Zugang zu der betreffenden Information zu haben, gerechtfertigt ist.

98 In einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in der es darum geht, dass in der Ergebnisliste, die der Internetnutzer erhält, wenn er mit Google Search eine Suche anhand des Namens der betroffenen Person durchführt, Links zu Seiten des Onlinearchivs einer Tageszeitung angezeigt werden, die Anzeigen enthalten, die sich unter Nennung des Namens der betroffenen Person auf die Versteigerung eines Grundstücks im Zusammenhang mit einer wegen Forderungen der Sozialversicherung erfolgten Pfändung beziehen, ist davon auszugehen, dass die betroffene Person wegen der Sensibilität der in diesen Anzeigen enthaltenen Informationen für ihr Privatleben und weil die ursprüngliche Veröffentlichung der Anzeigen 16 Jahre zurückliegt, ein Recht darauf hat, dass diese Informationen nicht mehr durch eine solche Ergebnisliste mit ihrem Namen verknüpft werden. Da im vorliegenden Fall offenbar keine besonderen Gründe

vorliegen, die ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit daran rechtfertigten, im Rahmen einer Suche anhand des Namens der betroffenen Person Zugang zu den genannten Informationen zu erhalten – was zu prüfen jedoch Sache des vorlegenden Gerichts ist –, kann die Person nach Art. 12 lit. b und Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 die Entfernung der Links aus der Ergebnisliste verlangen.

99 [...] Da die betroffene Person in Anbetracht ihrer Grundrechte aus den Art. 7 und 8 der Charta verlangen kann, dass die betreffende Information der breiten Öffentlichkeit nicht mehr durch Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste zur Verfügung gestellt wird, überwiegen diese Rechte grundsätzlich nicht nur gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sondern auch gegenüber dem Interesse der breiten Öffentlichkeit am Zugang zu der Information bei einer anhand des Namens der betroffenen Person durchgeführten Suche. Dies wäre jedoch nicht der Fall, wenn sich aus besonderen Gründen – wie der Rolle der betreffenden Person im öffentlichen Leben – ergeben sollte, dass der Eingriff in die Grundrechte dieser Person durch das überwiegende Interesse der breiten Öffentlichkeit daran, über die Einbeziehung in eine derartige Ergebnisliste Zugang zu der betreffenden Information zu haben, gerechtfertigt ist.

[...]

III. Kernaussagen und Kommentierung

1. Kernaussagen des EuGH-Entscheids

a) Anwendungsbereich

Der EuGH hält in seinem Urteil fest, dass die Datenverarbeitung durch Suchmaschinen in den Anwendungsbereich von Art. 2 lit. b der Richtlinie 95/46 fällt und die von einer Suchmaschine getä-

tigten Verarbeitungsschritte in dieser Bestimmung explizit genannt werden³. Weiter hält der EuGH fest, dass der Suchmaschinenbetreiber auch als für diese Verarbeitung Verantwortlicher einzustufen ist, da er nach Art. 2 lit. d der Richtlinie 95/46 über den Zweck und die Art der Verarbeitung entscheidet. In diesem Zusammenhang weist der EuGH darauf hin, dass eine enge Auslegung des Begriffs nicht nur dem klaren Wortlaut der Richtlinie 95/46 entgegenstehe, sondern auch dem Ziel, den Betroffenen einen wirksamen Schutz zu gewähren⁴. Der EuGH erachtet die Verarbeitung der Daten durch die Suchmaschine als von der ursprünglichen Veröffentlichung getrennter Vorgang, der zu einer weltweiten Verbreitung und einer leichteren Zugänglichkeit der Daten führt⁵. Die Verantwortung für diese Tätigkeit wird auch durch fehlende Gegenmassnahmen in Bezug auf die Verbreitung der Daten seitens des Urhebers nicht eingeschränkt⁶. In Bezug auf die Schutzbedürftigkeit der Betroffenen stellt der EuGH fest, dass durch diese Tätigkeit die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten massgeblich und im Hinblick auf die Tätigkeit des ursprünglichen Herausgebers zusätzlich gefährdet werden⁷.

In Bezug auf den räumlichen Anwendungsbereich kommt der EuGH zum Schluss, dass eine Bearbeitung von Daten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 insbesondere dann gegeben ist, wenn der Verkauf von Werbeflächen der Suchmaschine durch die lokale Tä-

tigkeit einer Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft gefördert wird⁸.

b) Anspruch auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung

In Bezug auf die Rechtsansprüche verweist der EuGH auf die in Art. 12 lit. b der Richtlinie 95/46 vorgesehenen Möglichkeiten der Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten. Der EuGH stellt unter Verweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 95/46 fest, dass die Bearbeitung der Daten insbesondere dann den Anforderungen der Richtlinie nicht entspricht, wenn die Daten unvollständig oder unrichtig sind. Diesen Präzisierungen misst der EuGH jedoch nur exemplarischen Charakter bei und führt weiter aus, dass die genannten Rechtsansprüche auch unter anderen Vorzeichen gegeben sein können⁹. Ungeachtet dessen, ob eine Bearbeitung den Bestimmungen von Art. 6 der Richtlinie 95/46 entspricht, können Betroffene zudem ein Widerspruchsrecht nach Art. 14 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 95/46 geltend machen¹⁰.

c) Interessenabwägung

Nach Art. 7 lit. f der Richtlinie 95/46 ist die Verarbeitung personenbezogener Daten insbesondere dann zulässig, wenn sie zur Verwirklichung eines berechtigten Interesses des Datenbearbeiters erforderlich ist, und die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen¹¹. Im Rahmen der Abwägung dieser Interessen stellt der EuGH fest, dass die Verarbeitung von Daten natürlicher Personen und deren Struk-

turierung in der Ergebnisliste bei Suchmaschinen die relevanten Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen können. Aufgrund der potenziellen Schwere dieses Eingriffs vermöge das wirtschaftliche Interesse des Suchmaschinenbetreibers an sich die Verarbeitung der Daten nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus überwiege das Interesse des Betroffenen grundsätzlich auch gegenüber den berechtigten Interessen von potenziell am Informationszugang interessierten Nutzern. In besonderen Fällen könne der Ausgleich von der Art der jeweiligen Information, deren Sensibilität für das Privatleben des Betroffenen und vom Interesse der Öffentlichkeit am Informationszugang abhängen. Die Beurteilung des öffentlichen Interesses könne hierbei variieren und richte sich insbesondere nach der Rolle des Betroffenen im öffentlichen Leben¹². Relevant ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung, dass die ursprünglich rechtmässige Verarbeitung sachlich richtiger Daten erst im Laufe der Zeit gegen die Richtlinie verstossen kann. So sind Daten zu löschen, wenn sie für die Zwecke der ursprünglichen Erhebung nicht mehr erforderlich sind. Das ist u. a. dann der Fall, wenn sie diesen Zwecken unter Berücksichtigung des Zeitablaufs nicht mehr entsprechen, dafür nicht oder nicht mehr erheblich sind oder darüber hinausreichen¹³.

2. Kommentar

Der EuGH hat mit seiner Entscheidung vom 13. Mai 2014 das umstrittene Recht auf Vergessen erstmals und abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts Niilo Jääskinen be-

³ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 25 ff.

⁴ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 34.

⁵ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 35 ff.

⁶ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 39 f.

⁷ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 38.

⁸ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 60.

⁹ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 72.

¹⁰ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 75 ff.

¹¹ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-141/12, Rn. 74.

¹² EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-141/12, Rn. 80 f.

¹³ EuGH vom 13. Mai 2014, Rs. C-131/12, Rn. 93.

jaht¹⁴. Der Feststellung des Generalanwalts, wonach die Richtlinie 95/46 kein allgemeines Recht auf Vergessen umfasst¹⁵, steht das Urteil jedoch nicht entgegen. Vielmehr anerkennt der EuGH zumindest im Grundsatz die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung. Wesentlich fragwürdiger erscheint in diesem Zusammenhang die geplante Stärkung des Rechts auf Vergessen im materiellen Sinn, wie dies im Entwurf für eine europäische Datenschutzverordnung vorgesehen ist¹⁶. Teil der nationalstaatlichen Rechtsprechung ist das Recht auf Vergessen sowohl in Europa als auch in den USA seit Längerem¹⁷. In der Schweiz wurde es vor vielen Jahren im Rahmen der Konkretisierung von Art. 28 ZGB entwickelt¹⁸. Das Bundesgericht entschied im Fall *Irniger*, dass bei einem Straftäter allein das Ziel der Resozialisierung eines dem «normalen Lauf der Dinge entsprechenden Vergessens» bedürfe, auch wenn dieses niemals vollständig sein könne¹⁹. Ein generelles, von

der Pressefreiheit losgelöstes Recht auf Vergessen wird vom Bundesgericht jedoch abgelehnt²⁰. Die bisherige Rechtsprechung in der Schweiz stützt sich nicht auf das Datenschutzgesetz, sondern auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann nach Art. 28 Abs. 1 ZGB gegen *jeden* klagen, der an der Verletzung mitwirkt. Widerrechtlich ist die Verletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist²¹. In Bezug auf die Passivlegitimation bei Klagen aufgrund persönlichkeitsverletzender Inhalte hielt das Bundesgericht entsprechend fest, dass der Kläger nicht zwingend gegen den ursprünglich Verantwortlichen für die persönlichkeitsverletzenden Inhalte vorgehen muss, sondern unabhängig davon direkt gegen eine erst später und weniger stark involvierte Partei klagen kann²². Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) weist eine identische Regelung auf. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei nach Art. 12 Abs. 1 DSG die Persönlichkeit des Betroffenen nicht widerrechtlich verletzen²³. Eine widerrechtliche Bearbeitung liegt nach Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG insbesondere dann vor, wenn Daten ohne Rechtfertigungs-

grund gegen den ausdrücklichen Willen einer Person bearbeitet werden. Die Rechtfertigungsgründe in Art. 13 Abs. 1 DSG sind mit jenen von Art. 28 Abs. 2 ZGB identisch. Sofern das Ziel in der Löschung falscher Daten besteht, ist das Berichtigungsrecht nach Art. 5 Abs. 2 DSG für den Kläger vorteilhaft, da sich der Datenbearbeiter hier nicht auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann²⁴. An der Unwahrheit besteht grundsätzlich kein öffentliches Interesse²⁵.

Die Beurteilung der Verantwortlichkeit nach DSG weicht von jener der Richtlinie 95/46 ab. Das DSG differenziert grundsätzlich nicht zwischen dem Datenbearbeiter und dem für diese Bearbeitung Verantwortlichen. Nach Art. 3 lit. e DSG umfasst der Begriff des Bearbeitens jeden Umgang mit Personendaten. Das Kriterium des Entscheidens über Zweck und Inhalt ist nach Art. 3 lit. i DSG nur in Bezug auf den Inhaber von Datensammlungen relevant. Das DSG geht hier entsprechend über die europäische Regelung hinaus²⁶. In Bezug auf den räumlichen Anwendungsbereich wäre nach schweizerischem Recht die Anwendbarkeit des DSG ebenfalls gegeben. Im Fall *Google Street View* stellte das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf Art. 139 Abs. 1 IPRG fest, dass das DSG auch von US-amerikanischen Unternehmen einzuhalten ist, wenn sich die Datenbearbeitung auf die Schweiz auswirkt²⁷.

In Anwendung schweizerischen Rechts kann sowohl im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach

¹⁴ Opinion of Advocate General Jääskinen, 25 June 2013, Case C-131/12.

¹⁵ Opinion (Fn. 14), Nr. 108 ff.

¹⁶ Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), Brüssel, 25. Januar 2012, KOM (2012) 11 endgültig, Art. 17; siehe dazu die Kritik bei J. ROSEN, *The Right to be Forgotten*, *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, 2012, 89 ff.

¹⁷ Siehe dazu A. MANTELERO, *U.S. Concern about the European Right to be Forgotten and Free Speech: Much Ado about Nothing?*, *Contratto e Impresa* 2012, 727 ff.

¹⁸ B. GLAUS, *Das Recht auf Vergessen und das Recht auf korrekte Erinnerung*, *medialex* 2008, 193 ff.

¹⁹ BGE 109 II 353; siehe auch D. BARRELET/S. WERLY, *Droit de la communication*, 2^e éd., Berne 2011, Rn. 1536; eingehend M. TEITLER, *Der rechtskräftig verurteilte Straftäter und seine Persönlichkeitsrechte im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Informationsinteresse, Persönlichkeitsschutz und Kommerz*, Zürich 2008, 82 ff.; F. WERRO, *The Right to Inform vs. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash*, in: A. Colombi Ciacchi/C. Godt/P. Rott/L.S. Jane (Hg.), *Haf-*

tungsrecht im Dritten Millennium, Baden-Baden 2009, 290.

²⁰ BGE 111 II 209 ff. E. 3.

²¹ Wird in einem ersten Schritt vom Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung ausgegangen, ist diese grundsätzlich widerrechtlich und in einem zweiten Schritt auf einen rechtfertigenden Umstand zu prüfen; siehe dazu statt vieler H. HAUSHEER/R. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2012, N 12.13.

²² BGE vom 12. September 2002, 5P.254/2002, E. 2.5; vgl. auch BGE vom 28. Oktober 2003, 5P.308/2003, E. 2.4 f.

²³ R. AEBI-MÜLLER, *Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*, Bern 2005, N 167 ff.; A. MEILI, *Basler Kommentar ZGB I*, Basel 2012, ZGB 28 N 45.

²⁴ D. ROSENTHAL, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008, DSG 5 N 12 f.

²⁵ T. GEISER, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990, N 9.29.

²⁶ Siehe dazu ROSENTHAL (Fn. 24), DSG 3 N 116.

²⁷ BVGE vom 30. März 2011, A-7040/2005, E. 5.5.2. ff.; die Beschwerdeführerinnen *Google Inc.* und *Google Switzerland GmbH* bestritten die Anwendbarkeit des DSG im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr; siehe BGE 138 II 346 ff. E. 3.

Art. 28 ZGB als auch unter Anwendung von Art. 12 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 15 Abs. 1 DSGVO ein dem EuGH entsprechendes Urteil gefällt werden²⁸. Im Rahmen der Interessenabwägung ist insbesondere das öffentliche Interesse an wahrheitsgemässen Informationen als Rechtfertigungsgrund nach Art. 28 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 13 Abs. 1 DSGVO im Einzelfall zu berücksichtigen. Der EuGH trägt dem Umstand, dass es sich bei den strittigen Inhalten nach wie vor um korrekte Informationen handelt, insofern Rechnung, als er eine Löschung nicht fordert. Die Informationen bleiben über das digitale Archiv von La Vanguardia zugänglich. Im Hinblick auf das Recht auf freie Meinungsäußerung ist die Wirkung des Urteils jedoch nicht unpro-

²⁸ Das datenschutzrechtliche Widerspruchsrecht nach Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO kann voraussetzungslos und insbesondere ohne Interessennachweis geltend gemacht werden. Das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses ist indessen spätestens für eine gerichtliche Durchsetzung des Widerspruchs erforderlich; ROSENTHAL (Fn. 24), DSGVO 12 II N 37.

blematisch. Insbesondere in den USA wird die staatliche Beschränkung der freien Rede durch Gerichtsurteile kritisiert²⁹. Die Reaktion von Google auf das Urteil zeigt, dass sich die Wirkung nicht auf die gerichtliche Beurteilung im Sinne einer Präjudiz beschränkt, sondern sich zunehmend auch Google als privates Unternehmen mit der Bürde des Entscheidens über Erinnern und Vergessen konfrontiert sieht³⁰. Google

²⁹ Siehe dazu WERRO (Fn. 19), 285 ff.; E. VOLLOKH, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You*, *Stanford Law Review*, Vol. 52, 2000, 1049 ff.

³⁰ Google stellt kurz nach dem Urteil des EuGH ein Formular zur Beantragung der Entfernung von Suchergebnissen unter folgendem Link online zur Verfügung: support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch. Die Beurteilung richtet sich nach folgenden Kriterien: «Wenn Sie einen solchen Antrag stellen, wägen wir Ihre Datenschutzrechte als Einzelperson gegen das öffentliche Interesse an den Informationen und das Recht auf Informationsfreiheit ab. Dabei prüfen wir, ob die in den Suchergebnissen enthaltenen Informationen über Sie veraltet sind

könnte trotz des Urteils nach wie vor gänzlich auf die interne Prüfung von Anfragen im Zusammenhang mit der Entfernung von Links verzichten und überwiegende öffentliche Interessen vor Gericht im Einzelfall geltend machen. Im Gegensatz zur Beurteilung der Prozesschancen jedes Einzelfalls und der Führung entsprechender Verfahren dürfte die umgehende Entfernung von Links aus ökonomischen Gründen aber sinnvoller sein³¹. Unter diesen Vorzeichen ist nach hier vertretener Auffassung nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Entfernung von Informationen aus dem Suchindex von Suchmaschinen im Interesse Einzelner langfristig nicht einem weiter gefassten öffentlichen Interesse am freien Informationszugang entgegenlaufen wird.

und ob ein öffentliches Interesse an diesen besteht. Zum Beispiel lehnen wir den Antrag möglicherweise ab, wenn es um Betrugsmaschinen, berufliches Fehlverhalten, strafrechtliche Verurteilungen oder das öffentliche Verhalten von Amtsträgern geht.»

³¹ *The Economist*, *Google and the EU: On being forgotten*, May 17, 2014.

EuGH: Keine Privatkopie ab unrechtmässiger Vorlage

Urteil des EuGH vom 10. April 2014, Rs. C-435/12,
«ACI Adam BV et al. | Stichting de ThuisKopie et al.»

FABIAN WIGGER*

Schrankenbestimmungen, die Privatvervielfältigungen von der urheberrechtlichen Verbotungsmacht ausnehmen, ohne danach zu differenzieren, ob diese ab rechtmässig oder unrechtmässig hergestellten Vorlagen angefertigt wurden, sind mit dem Unionsrecht nicht vereinbar. Zu diesem Schluss gelangt der EuGH in seiner nachstehend vorgestellten Entscheidung vom 10. April 2014. Die entsprechende schweizerische Schrankenbestimmung kennt diese Differenzierung zwischen rechtmässigen und unrechtmässigen Vorlagen nicht. Von einer (freiwilligen) Anpassung ans EU-Recht ist indes abzusehen, zumal der Entscheid des EuGH weder im Ergebnis noch in Bezug auf die Begründung überzeugt.

Les exceptions qui excluent le pouvoir d'interdiction du droit d'auteur pour ce qui concerne les reproductions privées sans distinguer si celles-ci ont été créées à partir de sources licites ou illicites ne sont pas compatibles avec le droit de l'Union. C'est à cette conclusion que parvient la CJUE dans son arrêt du 10 avril 2014 présenté ci-dessous. L'exception suisse correspondante ne fait pas de distinction entre les sources légitimes et illégitimes. Il faut toutefois s'abstenir d'adapter (de manière volontaire) le droit suisse au droit de l'Union, d'autant plus que l'arrêt de la CJUE ne convainc ni par son résultat ni par sa motivation.

* Rechtsanwalt, Doktorand an der Universität Zürich.

- I. Sachverhalt und Ausgangsverfahren
- II. Die Entscheidung des EuGH
- III. Aus den Erwägungen
- IV. Kommentar
- V. Bedeutung für die Schweiz

I. Sachverhalt und Ausgangsverfahren

Vorliegender Entscheid erging im Rahmen eines Rechtsstreits aus den Niederlanden. Verschiedene Importeure und Produzenten von CD- und DVD-Rohlingen, darunter die ACI Adam BV, weigerten sich, die von der dortigen Verwertungsgesellschaft Stichting de ThuisKopie eingeforderte Leerträgervergütung zu bezahlen. Sie begründeten dies damit, dass die Höhe dieser Vergütung falsch festgelegt worden sei. Dies zumal dabei auch der «Schaden» aus jenen Privatvervielfältigungen berücksichtigt worden sei, welche die privaten Nutzer ab unrechtmässigen Vorlagen angefertigt haben (z. B. Musik-Downloads aus Onlinetauschbörsen). Solche Vervielfältigungen ab unrechtmässigen Vorlagen dürften nicht mitberücksichtigt werden, weil diese von der Privatgebrauchsschranke nicht erfasst sein könnten¹.

Vor den ersten beiden niederländischen Instanzen fanden die ACI Adam BV und ihre Mitstreiter damit kein Gehör². Deshalb zogen sie den Rechtsstreit mittels Kassationsbeschwerde vor das

¹ Zum Sachverhalt siehe Rn. 12–15 der Entscheidung.

² In erster Instanz entschied am 25. Juni 2008 die Rechtbank te 's-Gravenhage; in zweiter Instanz am 15. November 2010 der Gerechts-

oberste ordentliche niederländische Gericht, den Hoge Raad der Niederlande. Dieses ersuchte den EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens um Vorabentscheidung dreier Fragen. Hier interessiert jene, die sinngemäss danach fragt, ob es mit dem Unionsrecht – insb. mit Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 – vereinbar sei, dass eine mitgliedstaatliche Privatvervielfältigungsschranke unabhängig davon greift, ob die Privatvervielfältigungen ab einer rechtmässigen Vorlage angefertigt worden sind³.

II. Die Entscheidung des EuGH

In seiner Entscheidung vom 10. April 2014 hat der EuGH die unionsrechtliche Grundnorm zur Privatkopie in Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 so ausgelegt, dass sie mitgliedstaatlichen Privatvervielfältigungsschranken ent-

hof te 's-Gravenhage (Berufungsgericht Den Haag).

³ Diese erste Vorlagefrage lautet im – nicht von besonderer Leichtfüßigkeit geprägten – Original: «Ist Art. 5 Abs. 2 lit. b – gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 5 Abs. 5 – RL 2001/29 dahin auszulegen, dass die dort erwähnte Beschränkung des Urheberrechts für Vervielfältigungen, die die in diesem Artikel genannten Anforderungen erfüllen, unabhängig davon gilt, ob die Exemplare des Werks, von dem die Vervielfältigungen herkommen, rechtmässig – d. h. ohne Verletzung der Urheberrechte der Rechteinhaber – in die Verfügungsgewalt der betreffenden natürlichen Person gelangt sind, oder gilt diese Beschränkung nur für Vervielfältigungen, die von Exemplaren entnommen sind, die von Exemplaren herkommen, die ohne Urheberrechtsverletzung in die Verfügungsgewalt der betreffenden natürlichen Person gelangt sind?»

gegensteht, «[...] die nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wurde, rechtmässig oder unrechtmässig ist [...]»⁴.

III. Aus den Erwägungen

«[...]»

21 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 2 RL 2001/29 den Urhebern das ausschliessliche Recht einräumen, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung ihrer Werke auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu verbieten oder zu erlauben, wobei die Mitgliedstaaten gemäss Art. 5 Abs. 2 dieser Richtlinie zugleich befugt sind, Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf dieses Recht vorzusehen.

22 Was die Reichweite dieser Ausnahmen und Beschränkungen anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs die Bestimmungen einer Richtlinie, die von einem in dieser Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz abweichen, eng auszulegen sind (EuGH vom 16. Juli 2009, C-5/08, Rn. 56, «Infopaq» m.N.).

23 Daraus ergibt sich, dass die einzelnen Ausnahmen und Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 2 RL 2001/29 eng auszulegen sind.

24 Überdies verlangt Art. 5 Abs. 5 dieser Richtlinie, dass die Ausnahmen und Beschränkungen vom Vervielfältigungsrecht nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des

Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.

25 Wie sich aber aus ihrem Wortlaut ergibt, erläutert diese Bestimmung der RL 2001/29 nur, unter welchen Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 RL 2001/29 gestattete Beschränkungen und Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht Anwendung finden können, dass nämlich diese Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, sie die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzen. Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29 legt daher nicht den materiellen Inhalt der einzelnen in Art. 5 Abs. 2 RL 2001/29 genannten Ausnahmen und Beschränkungen fest, sondern kommt erst zum Zeitpunkt ihrer Anwendung durch die Mitgliedstaaten zum Tragen.

26 Daher soll sich Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29 weder auf den materiellrechtlichen Inhalt der unter Art. 5 Abs. 2 RL 2001/29 fallenden Bestimmungen auswirken, noch insbesondere die Reichweite der einzelnen dort vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen ausdehnen.

27 Überdies geht aus dem 44. Erwägungsgrund der RL 2001/29 hervor, dass es die Absicht des Unionsgesetzgebers war, den Umfang der von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen im Sinne dieser Richtlinie bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen. Hingegen sehen weder dieser Erwägungsgrund noch irgendeine andere Bestimmung dieser Richtlinie die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedstaaten den Umfang solcher Beschränkungen und Ausnahmen ausweiten.

28 Insbesondere können die Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 2 lit. b

RL 2001/29 eine Ausnahme von dem ausschliesslichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers an seinem Werk vorsehen, wenn es sich um Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke handelt (sogenannte «Privatkopieausnahme»).

29 Diese Bestimmung enthält aber keine ausdrücklichen Feststellungen zur Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit der Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung des Werks angefertigt werden kann.

30 Eine Auslegung des Wortlauts dieser Bestimmung muss daher – wie in Rn. 23 des vorliegenden Urteils ausgeführt – unter Heranziehung des Grundsatzes einer engen Auslegung erfolgen.

31 Eine solche Auslegung verlangt, Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 dahin zu verstehen, dass die Privatkopieausnahme den Inhabern des Urheberrechts zwar untersagt, ihr ausschliessliches Recht, Vervielfältigungen zu erlauben oder zu verbieten, gegenüber Personen geltend zu machen, die private Kopien von ihren Werken anfertigen, sie steht aber einer Lesart dieser Bestimmung entgegen, wonach sie den Inhabern des Urheberrechts über diese ausdrücklich vorgesehene Beschränkung hinaus auferlegt, Verletzungen ihrer Rechte, die mit der Anfertigung von Privatkopien einhergehen können, zu tolerieren.

32 Dieses Ergebnis wird im Übrigen durch die Systematik, in die sich Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 einfügt, sowie durch die ihm zugrunde liegenden Ziele untermauert.

33 Hierzu ergibt sich zum einen aus dem 32. Erwägungsgrund der RL 2001/29, dass die in Art. 5 vorgesehene Auflistung der Ausnahmen ein ausgewogenes Verhältnis der unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten und die Funktions-

⁴ Rn. 58 der Entscheidung.

fähigkeit des Binnenmarkts sichern soll.

34 Daher haben die Mitgliedstaaten die Wahl, ob sie die einzelnen in Art. 5 dieser Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen im Einklang mit ihren Rechts-traditionen einführen oder nicht; haben sie sich aber entschieden, eine bestimmte Ausnahme einzuführen, muss diese in kohärenter Weise angewandt werden, so dass sie nicht den mit der RL 2001/29 verfolgten Zielen, mit denen die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts gesichert werden soll, abträglich sein kann.

35 Hätten die Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit, Rechtsvorschriften zu erlassen, die gestatten, dass Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch auch auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden, hätte dies ganz offensichtlich eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts zur Folge.

36 Zum anderen darf nach dem 22. Erwägungsgrund dieser Richtlinie die Verwirklichung des Ziels, die Verbreitung der Kultur zu fördern, nicht durch Verzicht auf einen rigorosen Schutz der Urheberrechte oder durch Duldung der unrechtmässigen Verbreitung von nachgeahmten oder gefälschten Werken erfolgen.

37 Nationale Rechtsvorschriften, die in keiner Weise zwischen Privatkopien, die auf der Grundlage von rechtmässigen Quellen angefertigt werden, und solchen unterscheiden, die auf der Grundlage von nachgeahmten oder gefälschten Werken angefertigt werden, können somit nicht geduldet werden.

38 Ausserdem können nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die bei ihrer Anwendung nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wird, rechtmässig oder unrechtmässig ist, gegen bestimmte in Art. 5 Abs. 5

der RL 2001/29 festgelegte Voraussetzungen verstossen.

39 Denn zum einen würde es die Verbreitung von nachgeahmten oder gefälschten Werken fördern und damit zwangsläufig den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmässigen Transaktionen im Zusammenhang mit geschützten Werken verringern, wenn man zuliesse, dass solche Vervielfältigungen auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden dürften, so dass die normale Verwertung der Werke beeinträchtigt würde.

40 Zum anderen ist die Anwendung solcher nationaler Rechtsvorschriften in Anbetracht der Feststellung in Rn. 31 des vorliegenden Urteils geeignet, den Rechtsinhabern einen nicht gerechtfertigten Schaden zuzufügen.

41 Nach alledem ist Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 dahin auszulegen, dass er nicht für den Fall gilt, dass Privatkopien auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden.

42 Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29 stellt sich das vorliegende Gericht auch die Frage, ob für die Beurteilung der Vereinbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit dem Unionsrecht der Umstand zu berücksichtigen ist, dass technische Massnahmen i.S.v. Art. 6 RL 2001/29, auf die Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 Bezug nimmt, zum Zeitpunkt der Anwendung dieser Rechtsvorschriften nicht oder noch nicht existieren.

43 Hierzu hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die technischen Massnahmen, auf die Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 Bezug nimmt, Handlungen einschränken sollen, die von den Rechtsinhabern nicht genehmigt wurden, d.h., mit denen die korrekte Anwendung dieser Bestimmung sichergestellt werden soll und damit Handlungen verhindert werden sollen, die nicht die strengen Voraussetzungen

dieser Bestimmung erfüllen (vgl. i.d.S. EuGH vom 27. Juni 2013, C-457/11 bis C-460/11, Rn. 51, «VG Wort»).

44 Da es aber die Mitgliedstaaten und nicht die Rechtsinhaber sind, die die Privatkopieausnahme einführen und die Nutzung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zur Anfertigung einer solchen Kopie gestatten, ist es daher Sache des Mitgliedstaats, der die Anfertigung von Privatkopien durch die Einführung dieser Ausnahme gestattet hat, ihre korrekte Anwendung sicherzustellen und somit Handlungen einzuschränken, die von den Rechtsinhabern nicht genehmigt wurden (vgl. i.d.S. EuGH vom 27. Juni 2013, C-457/11 bis C-460/11, Rn. 52 f., «VG Wort»).

45 Den Rn. 39 und 40 des vorliegenden Urteils ist aber zu entnehmen, dass nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wird, rechtmässig oder unrechtmässig ist, keine korrekte Anwendung der Privatkopieausnahme sicherstellen können. Der Umstand, dass keine anwendbare technische Massnahme existiert, um die Anfertigung von unrechtmässigen Privatkopien zu bekämpfen, vermag diese Feststellung nicht in Frage zu stellen.

46 Daher ist für die Beurteilung der Vereinbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden mit dem Unionsrecht der Umstand, dass die technischen Massnahmen im Sinne von Art. 6 RL 2001/29, auf die Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 Bezug nimmt, nicht oder noch nicht existieren, nicht zu berücksichtigen.

47 Schliesslich wird das Ergebnis, zu dem der Gerichtshof in Rn. 41 des vorliegenden Urteils gelangt ist, in Anbetracht der Bedingung des «ge-

rechten Ausgleichs» gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 nicht in Frage gestellt.

48 Hierzu ist in erster Linie darauf hinzuweisen, dass nach dieser Bestimmung die Mitgliedstaaten, die sich für die Einführung der Privatkopieausnahme in ihr innerstaatliches Recht entscheiden, verpflichtet sind, die Zahlung eines «gerechten Ausgleichs» an die Rechtsinhaber vorzusehen.

49 Ferner liefe eine Auslegung dieser Bestimmung, nach der es den Mitgliedstaaten, die eine solche Privatkopieausnahme eingeführt haben, die im Unionsrecht vorgesehen ist und die nach den Erwägungsgründen 35 und 38 dieser Richtlinie als wesentlichen Bestandteil den Begriff «gerechter Ausgleich» umfasst, freistünde, dessen Parameter inkohärent, nicht harmonisiert und möglicherweise von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat abweichend auszugestalten, dem Ziel dieser Richtlinie, bestimmte Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft zu harmonisieren und den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverzerrungen infolge der Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu schützen, zuwider (vgl. i.d.S. EuGH vom 21. Oktober 2010, C-467/08, Rn. 35 f., «Padawan»⁵).

50 Durch diesen Ausgleich soll nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs den Urhebern die ohne ihre Genehmigung angefertigte Privatkopie ihrer geschützten Werke vergütet werden, so dass er als eine Gegenleistung für den Schaden zu sehen ist, der den Urhebern durch eine solche von ihnen nicht genehmigte Kopie entstanden ist (vgl. i.d.S. EuGH vom 21. Oktober 2010, C-467/08, Rn. 30, 39 f., «Padawan»).

51 Daher ist grundsätzlich die Person, die diesen Schaden verursacht hat – also derjenige, der eine Kopie des geschützten Werks angefertigt hat, ohne die vorherige Genehmigung des Rechtsinhabers einzuholen –, verpflichtet, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen, indem sie den Ausgleich finanziert, der dem Rechtsinhaber gezahlt wird (vgl. i.d.S. EuGH vom 21. Oktober 2010, C-467/08, Rn. 45, «Padawan» und EuGH vom 16. Juni 2011, C-462/09, Rn. 26, «Opus»⁶).

52 Der Gerichtshof hat jedoch gelten lassen, dass es den Mitgliedstaaten angesichts der praktischen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einem solchen System des gerechten Ausgleichs freisteht, zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs eine Abgabe einzuführen, die nicht unmittelbar die betroffenen Privatpersonen, sondern diejenigen belastet, die die Höhe dieser Abgabe auf den Preis für die Zurverfügungstellung der Anlagen, Geräte und Träger für die Vervielfältigung oder auf den Preis für die Dienstleistung einer Vervielfältigung überwälzen können, wobei diese Abgabe letztendlich vom privaten Nutzer getragen wird, der diesen Preis zahlt (vgl. i.d.S. EuGH vom 21. Oktober 2010, C-467/08, Rn. 46, «Padawan» und EuGH vom 16. Juni 2011, C-462/09, Rn. 27 f., «Opus»).

53 In zweiter Linie geht aus dem 31. Erwägungsgrund der RL 2001/29 hervor, dass durch das von dem betreffenden Mitgliedstaat eingeführte Vergütungssystem ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen der Urheber, die Anspruch auf den gerechten Ausgleich haben, auf der einen und den Nutzern von Schutzgegenständen auf der anderen Seite gesichert werden muss.

54 Ein Vergütungssystem für Privatkopien wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, das bei der Berechnung des gerechten Ausgleichs, der den Anspruchsberechtigten gebührt, nicht danach unterscheidet, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wurde, rechtmässig oder unrechtmässig ist, trägt nicht zu dem in der vorstehenden Randnummer erwähnten angemessenen Ausgleich bei.

55 In einem solchen System wird der entstandene Schaden und somit die Höhe des gerechten Ausgleichs, der den Anspruchsberechtigten gebührt, aufgrund des Kriteriums des Schadens berechnet, der den Urhebern sowohl durch Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch, die auf der Grundlage einer rechtmässigen Quelle angefertigt werden, als auch durch Vervielfältigungen, die auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden, entsteht. Der so errechnete Betrag wird dann letztendlich auf den Preis überwälzt, den die Nutzer von Schutzgegenständen zum Zeitpunkt der Zurverfügungstellung von Anlagen, Geräten und Trägern, mit denen Privatkopien angefertigt werden können, zahlen.

56 Daher werden alle Nutzer, die solche Anlagen, Geräte oder Träger erwerben, mittelbar bestraft, da sie mit der Vergütung belastet werden, die unabhängig davon festgelegt wird, ob die Quelle, auf deren Grundlage solche Vervielfältigungen angefertigt werden, rechtmässig oder unrechtmässig ist, und sie dadurch zwangsläufig zum Ausgleich des Schadens beitragen, der durch Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle entsteht, die nach der RL 2001/29 nicht erlaubt sind; sie müssen dadurch nicht unerhebliche Zusatzkosten in Kauf nehmen, um Privatkopien anfertigen zu können, die unter die Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 fallen.

⁵ Zur Padawan-Entscheidung siehe auch F. WIGGER, EuGH: Unionsrechtliche Grundlagen und Grenzen der «Abgabe für Privatkopie», sic! 2011, 191 ff. [Fn. hinzugefügt].

⁶ Zur Opus-Entscheidung siehe auch F. WIGGER, EuGH: «Abgabe für Privatkopie» zum Zweiten, sic! 2011, 681 ff. [Fn. hinzugefügt].

57 In einer solchen Situation kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Bedingung erfüllt ist, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen derjenigen, die Anspruch auf den gerechten Ausgleich haben, auf der einen und diesen Nutzern auf der anderen Seite gefunden werden muss.

58 Nach alledem ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass das Unionsrecht, insbesondere Art. 5 Abs. 2 lit. b RL 2001/29 i.V.m. deren Art. 5 Abs. 5 dahin auszulegen ist, dass es nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, die nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wurde, rechtmässig oder unrechtmässig ist. [...]»

IV. Kommentar

Vorliegende Entscheidung macht abermals deutlich, dass die der RL 2001/29 zugrunde liegende Schrankenpolitik eine verfehlte ist⁷. Das gründet insbesondere darin, dass der Schranken-katalog, den die Richtlinie in ihren Art. 5 Abs. 1–4 vorsieht, ein abschliessender sein soll⁸. Der EuGH schickt sich nun aber nicht etwa an, diesen gesetzgeberischen Lapsus zu entschärfen, sondern erweitert gar dessen Tragweite, indem er festhält, dass damit nicht nur

die Art möglicher Schutzausnahmen begrenzt werde, sondern auch deren inhaltliche Konturen⁹. Den Mitgliedstaaten ist es mithin nicht gestattet, Schranken vorzusehen, die ihrer Art nach zwar im Katalog der RL 2001/29 vorgesehen sind, aber das Schutzrecht weitergehend einschränken, als dies die Richtlinie vorzeichnet. Dies, wie der EuGH betont, selbst dann nicht, wenn ein solches Mehr an Schranken im Lichte des Dreistufentests gerechtfertigt werden könnte¹⁰. Der in Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29 vorgesehene Dreistufentest bestimme nämlich, so der EuGH, nicht die Auslegung der in den Art. 5 Abs. 1–4 RL 2001/29 vorgesehenen Ermächtigungsnormen, sondern die Auslegung der gestützt darauf von den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern erlassenen Schrankenbestimmungen. Der Dreistufentest der RL 2001/29 kommt so verstanden erst bei der Anwendung nationaler Schrankenbestimmungen zum Zug und nicht bereits bei der Bestimmung des Gestaltungsspielraums für die mitgliedstaatliche Rechtsetzung¹¹. Es scheint daher, als habe der EuGH mit dieser bedauerlichen Beschränkung des Anwendungsbereichs des Dreistufentests eines der letzten Einfallstore für mitgliedstaatliche Schrankenflexibilität¹² zugeschlagen.

Bedenkt man, dass Schrankenbestimmungen bei der Feinjustierung von Schutzrechten eine – wenn nicht die –

zentrale Rolle spielen¹³, erweist sich ein solch enges unionsrechtliches Schrankenkorsett als problematisch. Das wäre freilich nur halb so schlimm, würde sich der EuGH selbst in angemessener Weise um die gebotene Feinjustierung kümmern. Das ist indes – zumindest in vorliegender Angelegenheit – nicht der Fall: Angezeigt gewesen wäre insofern nämlich, dass der Gerichtshof zwischen den Interessen der – originären und derivativen – Rechtsinhaber und jenen der privaten Werknutzer bzw. -konsumenten abgewogen hätte. Der EuGH ging dieser – zugegebenermassen nicht banalen – Aufgabe aber beinahe vollständig aus dem Weg. Er tat dies einerseits, indem er betonte, das Unionsrecht sei einem «rigorosen Urheberrechtsschutz» verpflichtet, und dann gleich noch nachschob, dass dieses Leitmotiv nicht zum Zweck der Förderung der Verbreitung kultureller Werke aufgeweicht werden dürfe¹⁴. Andererseits hielt der Gerichtshof fest, dass Schrankenbestimmungen eng auszulegen seien¹⁵ (ein Grundsatz, den das Gros der neueren schweizerischen Urheberrechtslehre – völlig zu Recht – längst in die Mottenkiste verbannt hat¹⁶) und

⁹ Rn. 25 ff. und 34 der Entscheidung.

¹⁰ Rn. 24 ff. der Entscheidung.

¹¹ So im Ergebnis Rn. 25 f. der Entscheidung.

¹² Eingehend zur Bedeutung des Dreistufentests für die Flexibilität des europäischen Schrankenregimes P.B. HUGENHOLTZ/M.R.F. SENFTLEBEN, Fair Use in Europe – In Search of Flexibilities, SSRN1959554, Amsterdam 2011, 18 ff.; ein umfassenderes – mit vorliegendem Entscheid wohl enttäuschtes – Verständnis des Dreistufentests liegt auch der breit unterstützten Deklaration zum Dreistufentest zugrunde, siehe CH. GEIGER/J. GRIFFITHS/R.M. HILTY, Declaration on a Balanced Interpretation of the «Three-Step Test» in Copyright Law, IIC 2008, 707 ff.

¹³ Siehe nur R. M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rn. 210 f.; siehe auch CH. GASSER/R. OERTLI, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Bern 2012, URG vor 19 ff. N 2, 4 ff.; CH. GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int. 2008, 459 ff.; R.M. HILTY, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633 ff, 636 f.; HUGENHOLTZ/SENFTLEBEN (Fn. 12), 10.

¹⁴ Rn. 36 der Entscheidung m.H. auf die 22. Begründungserwägung der RL 2001/29.

¹⁵ Rn. 22 f., 30 der Entscheidung m.H. auf seine diesbezüglichen Erwägungen in der Infopac-Entscheidung (EuGH vom 16. Juli 2009, C-5/08, Rn. 56, «Infopaq»).

¹⁶ CH. GASSER/R. OERTLI (Fn. 13), URG vor 19 ff. N 15; CH. GEIGER, Irrtum: Schranken des Urheberrechts sind Ausnahmebestimmungen und sind restriktiv auszulegen, in: M. Berger/S. Macciachini (Hg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, FS R.M. Hilty,

dass diese die normale Auswertung nicht beeinträchtigen dürften¹⁷. Mit alledem fokussierte der Gerichtshof ausschliesslich auf die Interessen der Rechtsinhaber an einem möglichst umfassenden Rechtsschutz. Den Interessen der privaten Nutzer liess der EuGH demgegenüber keinen Raum.

Der Gerichtshof widmete sich insbesondere mit keinem Wort dem Schutz der Privatsphäre der schrankenprivilegierten Nutzer. Genau darin wird aber gemeinhin ein wesentlicher Zweck der Privatgebrauchsschranke erblickt¹⁸. Unberücksichtigt blieb sodann, dass es für die privaten Nutzer oftmals gar nicht erkennbar ist, ob die Vorlagen, ab denen sie die Vervielfältigungen anfertigen, rechtmässigen Ursprungs sind oder nicht. Einige mitgliedstaatliche Gesetzgeber, darunter der deutsche, tragen diesem Umstand insofern Rechnung, als sie bloss Vervielfältigungen ab «offensichtlich» unrechtmässig hergestellten bzw. zugänglich gemachten Vorlagen von der Schranke ausnehmen¹⁹. Ob diese vermittelnde Lösung mit dem Unionsrecht konform geht, ist mit vorliegendem Entscheid nicht abschliessend geklärt.

Keine Beachtung schenkte der EuGH schliesslich dem Umstand, dass die Rechtsinhaber über den mit der Pri-

vatvervielfältigungsschranke verknüpften Vergütungsapparat die Möglichkeit haben, finanziell an Nutzungen zu partizipieren, aus denen Sie sonst – selbst mit entsprechendem Verbotsrecht – de facto kaum Erträge erzielen würden²⁰. Der EuGH blendet diese Kompensationsmöglichkeit indes aus. Die pauschalisierende Natur solcher Vergütungssysteme verkennend argumentiert er bloss, dass kein «gerechter Ausgleich» stattfinden könne, wenn jene privaten Nutzer, die ausschliesslich ab unrechtmässigen Vorlagen vervielfältigen, auch für jene «Schäden» mitaufkommen müssten, die aus Vervielfältigungen ab unrechtmässigen Vorlagen resultieren²¹.

V. Bedeutung für die Schweiz

Die seit der 1992er-Revision geltende Eigengebrauchsschranke des Art. 19 URG unterscheidet nach herrschender Auffassung nicht zwischen Nutzungen ab rechtmässigen und unrechtmässigen Vorlagen²². Stimmen, insbesondere solche aus der Musik- und Filmindustrie, die diese Schranke auf Nutzungen ab rechtmässigen Quellen einschränken möchten, gibt es indes auch hierzulande seit Längerem. Eingehend diskutiert wurde diese Frage etwa im Zusammenhang mit der URG-Teilrevision von 2007. Der Bundesrat lehnte damals eine

solche Einschränkung ab. Zur Begründung wies er insbesondere auf die Schwierigkeiten hin, zwischen legalen und illegalen Quellen zu unterscheiden²³. Später hat auch der Nationalrat das Erfordernis einer legalen Quelle eingehend diskutiert, letztlich aber klar verworfen²⁴. Entsprechend sah der Gesetzgeber 2007 bewusst davon ab, Art. 19 URG mit einer entsprechenden Einschränkung zu versehen.

Im vergangenen Jahr hat sich sodann die Arbeitsgruppe zur Optimierung des Urheberrechts und der kollektiven Verwertung – kurz: AGUR12 – mit der Thematik befasst²⁵. Auch dieses sehr breit abgestützte Gremium ist zum Schluss gekommen, dass der Download ab illegaler Quelle weiterhin zulässig bleiben soll²⁶. Die Privatgebrauchsschranke soll mithin nicht auf Nutzungen ab rechtmässigen Vorlagen reduziert werden. Dieses Fazit übernahm der Bundesrat unwidersprochen in einer – notabene nach Ergehen des vorliegenden Entscheids publizierten – Pressemitteilung, in der er Auskunft darüber gab, wie er mit den Empfehlungen der AGUR12 umzugehen gedenkt²⁷. Vor diesem Hintergrund darf man guten Mutes sein, dass dieser aus den genannten Gründen wenig überzeugende EuGH-Entscheid ohne Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz bleiben wird.

Zürich 2008; HILTY (Fn. 13), Rn. 215; DERS., Vergütungssystem und Schrankenregelungen, GRUR 2005, 819 ff., 823 f.; i.d.S. auch Ziff. 2 der bereits erwähnten Deklaration zum Dreistufentest, siehe GEIGER/GRIF-FITHS/HILTY (Fn. 12), IIC 2008, 711.

¹⁷ Rn. 24 f. der Entscheidung m.H. auf Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29.

¹⁸ Besonders schön zum Ausdruck kommt dies – in Bezug auf das schweizerische Recht – in der Botschaft zum Gesetz gewordenen Art. 19 URG: «Der neu geregelte Eigengebrauch geht [...] vom Grundsatz aus, dass die Privatsphäre eine absolute Schranke des Urheberrechtsschutzes darstellt.» (Botschaft, BBl 1989 III 541).

¹⁹ § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG (Deutschland).

²⁰ Eingehend dazu auch HILTY (Fn. 13), GRUR 2009, 634; GEIGER (Fn. 13), GRUR Int. 2008, 462 ff.

²¹ Rn. 56 f. der Entscheidung.

²² D. BARRELET/W. EGLÖFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl., Bern 2008, URG 19 N 7b; CH. GASSER, in: B. K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Bern 2012, URG 19 ff. N 10a ff.; a.A. M. REHBINDER/A. VIGANÓ, URG Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 19 N 19.

²³ Botschaft, BBl 2006, 3430.

²⁴ AB 2007 N 1202 ff.

²⁵ Siehe dazu F. WIGGER, AGUR12-Schlussbericht: Vorschläge zur Anpassung des Schweizer Urheberrechts an die technische Entwicklung, UFITA 2/2014, 515 ff.

²⁶ AGUR12-Schlussbericht vom 28. November 2013, 73, abrufbar unter [www.ige.ch/de/urheberrecht/egur12.html], besucht am 26. Juli 2014.

²⁷ Die Pressemitteilung des Bundesrates vom 6. Juni 2014 ist abrufbar unter [www.ige.ch/de/urheberrecht/egur12.html], besucht am 26. Juli 2014.



IGE | IPI

Internationales | Nouvelles internationales

Neue Mitgliedstaaten internationaler Konventionen (Datum des Inkrafttretens)

Internationales Übereinkommen vom 2. Dezember 1961 zum Schutz von Pflanzenzüchtungen (UPOV)
revidiert in Genf am 10. November 1972, am 23. Oktober 1978 und am 19. März 1991

Afrikanische Organisation für Geistiges Eigentum (OAPI) 10. Juli 2014
(Fassung von 1991)

Abkommen von Locarno

vom 8. Oktober 1968 zur Errichtung einer internationalen Klassifikation für gewerbliche Muster und Modelle

Japan 24. September 2014

Von der WIPO verwaltete, noch nicht in Kraft getretene internationale Verträge

Vertrag von Beijing
vom 24. Juni 2012 über die audiovisuellen Darbietungen

Japan 10. Juni 2014 (Beitrittsdatum); Deklarationen gemäss Art. 11(2) und (3)

Nouvelles adhésions à des conventions internationales (date d'entrée en vigueur)

Convention internationale du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales (UPOV)
révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991

Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) 10 juillet 2014
(Acte de 1991)

Arrangement de Locarno

du 8 octobre 1968 instituant une classification internationale pour les dessins et modèles industriels

Japon 24 septembre 2014

Traités internationaux administrés par l'OMPI non encore en vigueur

Traité de Beijing
du 24 juin 2012 sur les interprétations et exécutions audiovisuelles

Japon 10 juin 2014
(date d'adhésion); déclarations selon les art. 11.2) et 3)

Informationen

Budapester Vertrag

vom 28. April 1977 über die internationale Anerkennung der Hinterlegung von Mikroorganismen für die Zwecke von Patentverfahren

Belgien

Mitteilung der Änderungen der Adressen der folgenden internationalen Hinterlegungsstellen:

BCCM Coordination Cell
Service public de programmation politique scientifique fédérale
231, avenue Louise
1050 Bruxelles

Telefon: (32-2) 238 36 07

Fax: (32-2) 230 59 12

E-Mail: bccm.coordination@belspo.be

Internet: <http://bccm.belspo.be/index.php>

Collections

BCCM/IHEM Biomedical fungi and yeasts collection
Scientific Institute of Public Health
Service Mycology and Aerobiology
14, rue J. Wytsman
1050 Bruxelles

Telefon: (32-2) 642 55 18

Fax: (32-2) 642 55 19

E-Mail: bccm.ihem@wiv-isp.be

BCCM/LMBP Plasmid and DNA Library collection
Universiteit Gent
Vakgroep Biomedische Moleculaire Biologie
Technologiepark, 927
9052 Swynaerde

Telefon: (32-9) 331 38 43

Fax: (32-9) 331 35 04

E-Mail: bccm.lmbp@dmbr.UGent.be

BCCM/LMG Bacteria collection
Universiteit Gent
Laboratorium voor Microbiologie
K.L. Ledeganckstraat, 35
9000 Gand

Telefon: (32-9) 264 51 08

Fax: (32-9) 264 53 46

E-Mail: bccm.lmg@UGent.be

Informations

Traité de Budapest

du 28 avril 1977 sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets

Belgique

Communication relative aux changements des coordonnées des autorités de dépôt internationales suivantes:

BCCM Coordination Cell
Service public de programmation politique scientifique fédérale
231, avenue Louise
1050 Bruxelles

Téléphone: (32-2) 238 36 07

Télécopieur: (32-2) 230 59 12

E-mail: bccm.coordination@belspo.be

Internet: bccm.belspo.be/index.php

Collections

BCCM/IHEM Biomedical fungi and yeasts collection
Scientific Institute of Public Health
Service Mycology and Aerobiology
14, rue J. Wytsman
1050 Bruxelles

Téléphone: (32-2) 642 55 18

Télécopieur: (32-2) 642 55 19

E-mail: bccm.ihem@wiv-isp.be

BCCM/LMBP Plasmid and DNA Library collection
Universiteit Gent
Vakgroep Biomedische Moleculaire Biologie
Technologiepark, 927
9052 Swynaerde

Téléphone: (32-9) 331 38 43

Télécopieur: (32-9) 331 35 04

E-mail: bccm.lmbp@dmbr.UGent.be

BCCM/LMG Bacteria collection
Universiteit Gent
Laboratorium voor Microbiologie
K.L. Ledeganckstraat, 35
9000 Gand

Téléphone: (32-9) 264 51 08

Télécopieur: (32-9) 264 53 46

E-mail: bccm.lmg@UGent.be

BCCM/MUCL Agro-industrial fungi, yeasts and arbuscular mycorrhizal fungi collection

Université catholique de Louvain (UCL)
 Mycothèque de l'Université catholique de Louvain
 Croix du Sud, 3 - boîte L7.05.06
 1348 Louvain-la-Neuve
 Telefon: (32-10) 47 37 42
 Fax: (32-10) 45 15 01
 E-Mail: bccm.mucl@uclouvain.be

Mitteilung der Änderungen der von der folgenden internationalen Hinterlegungsstelle zur Hinterlegung akzeptierten Mikro-Organismenarten:

Belgian Coordinated Collections of Microorganisms (BCCM)

Diese Mitteilung ist auf der Webseite der WIPO veröffentlicht (www.wipo.int/budapest).

Für nähere Informationen betreffend die vom Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum anerkannten Sammelstellen (Art. 45c Abs. 3 PatV) siehe die Webseite des Instituts: www.ige.ch/D/jurinfo/j10005.shtm.

BCCM/MUCL Agro-industrial fungi, yeasts and arbuscular mycorrhizal fungi collection

Université catholique de Louvain (UCL)
 Mycothèque de l'Université catholique de Louvain
 Croix du Sud, 3 - boîte L7.05.06
 1348 Louvain-la-Neuve
 Téléphone: (32-10) 47 37 42
 Télécopieur: (32-10) 45 15 01
 E-mail: bccm.mucl@uclouvain.be

Communication relative à des changements concernant les types de micro-organismes acceptés en dépôt par l'autorité de dépôt internationale suivante:

Belgian Coordinated Collections of Microorganisms (BCCM)

Cette communication est publiée sur le site web de l'OMPI (www.wipo.int/budapest).

Pour de plus amples informations sur les collections de cultures reconnues par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (art. 45c, al. 3 OBI), consultez le site web de l'Institut: www.ige.ch/D/jurinfo/j10005.shtm.

Neuerscheinungen | Nouveautés

Informationsrecht | Droit de l'information

NIKO HÄRTING
Internetrecht

Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2014,
5., neu bearb. Aufl., 896 Seiten,
EUR 84.80,
ISBN 978-3-5045-6095-9

ROLF H. WEBER

Realizing a New Global Cyberspace Framework

Normative Foundations and Guiding Principles
ZIK, vol. 60

Schulthess Editions SA, Zurich 2014,
191 pages, CHF 78.–, EUR 85.–,
ISBN 978-3-7255-7093-5

Allgemeines Immaterialgüterrecht | Propriété intellectuelle en général

HELGE B. COHAUSZ

Gewerblicher Rechtsschutz und angrenzende Gebiete

Carl Heymanns Verlag, Köln 2014,
2. Aufl., 540 Seiten, EUR 78.–,
ISBN 978-3-4522-8128-9

ANDREAS GÖTZ

Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren

Studien zum Privatrecht, Bd. 37
Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2014,
LII+651 Seiten, EUR 124.–,
ISBN 978-3-1615-3217-7

ROLF SCHWARTMANN (HG.)

Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht

C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2014,
3., neu bearb. Aufl., LXIII+1592 Seiten,
EUR 149.–,
ISBN 978-3-8114-3826-2

Urheberrecht | Droit d'auteur

FRIEDRICH K. FROMM | WILHELM NORDEMANN

Urheberrecht

Kommentar zum Urheberrechtsge-
setz, zum Verlagsgesetz und zum
Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2014,
11., überarb. und erg. Aufl.,
XXXII+2870 Seiten, EUR 239.–,
ISBN 978-3-1702-3028-6

ELISA MAY

Urheberstrafrecht und Streaming

Studien zum Gewerblichen Rechts-
schutz und zum Urheberrecht,
Bd. 117

Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2014,
238 Seiten, EUR 88.90,
ISBN 978-3-8300-8015-2

ARTUR-AXEL WANDTKE |

WINFRIED BULLINGER

UrhR

Praxiskommentar zum Urheberrecht

C.H. Beck Verlag, München 2014,
4., neu bearb. Aufl.,
XXXI+2606 Seiten, EUR 199.–,
ISBN 978-3-4066-0882-7

Kennzeichenrecht | Droit des signes distinctifs

MICHAEL GOLDMANN

Der Schutz des Unternehmenskennzeichens

Carl Heymanns Verlag, Köln 2014,
3. Aufl., 788 Seiten, EUR 128.–,
ISBN 978-3-4522-6119-9

Technologierecht | Droit de la technologie

STEFAN LUGINBÜHL |

PETER GANEA (ED.)

Patent Law in Greater China

Edward Elgar Publishing,
Cheltenham/UK 2014, 528 pages,
£ 145.–,
ISBN 978-1-7819-5483-6

Besprechung | Compte rendu

NATHALIE TISSOT | JULIEN DUBOIS | ANAÏC CORDOBA (ÉD.)

Propriété intellectuelle

L'essentiel de la jurisprudence fédérale et cantonale 2012-2013

Helbing Lichtenhahn, Bâle 2014, 250 pages, CHF 90.–, EUR 69.–, ISBN 978-3-7190-3493-1

La revue *sic!* a certes pour objectif de publier les arrêts rendus en matière de propriété intellectuelle. Toutefois, les juristes qui pratiquent occasionnellement seulement ce domaine ne lisent probablement pas non plus – à tort! – régulièrement cette revue. Sans que l'ouvrage «Propriété intellectuelle – L'essentiel de la jurisprudence fédérale et cantonale 2012-2013» puisse bien évidemment être considéré comme un substitut de la *sic!*, ces juristes trouveront dans ce livre le résumé de cette jurisprudence rangée par matières (droit d'auteur, marques, designs, brevets et domaines apparentés, soit notamment raisons de commerce, concurrence déloyale, AOP/AOC et IGP, procédure, etc.).

La recherche est facilitée par une table des matières détaillée, en tête, et quatre index placés à la fin du livre (qui représentent à eux seuls presque cent pages!); très opportunément, ces index renvoient non seulement aux 195 décisions publiées dans l'ouvrage, mais également à celles figurant dans le volume antérieur, soit celui relatif aux décisions de la période de 2007 à 2011 (588 décisions), soit à un total de 783 arrêts. Le lecteur a ainsi accès à tous les arrêts à partir d'un seul ensemble d'index, ce qui lui évite de devoir «jongler» d'un volume à l'autre. Ce système se révélera d'autant plus pratique que la collection – on l'espère – s'enrichira d'autres volumes au cours des années.

Ces index sont (i) une liste chronologique des arrêts, toutes juridictions et matières confondues; les décisions y sont identifiées par leur date, à laquelle

le nom de la juridiction qui a statué, le numéro de référence, la publication aux ATF ou aux ATAF et la langue sont ajoutés; on souhaiterait que l'indication de la publication dans une autre revue (*sic!*, SJ, ZR etc.) y figure aussi. Un index (ii) permet logiquement de trouver les arrêts en fonction des dispositions légales auxquelles ils se rapportent. Selon une pratique inaugurée en 1981 déjà par l'ancienne RSPI, chaque décision est identifiée par une dénomination (marque, raison de commerce, objet du brevet, etc.), facile à mémoriser; l'index des marques (iii), comme son nom l'indique, comporte uniquement les marques, alors que les autres dénominations-clefs (raisons de commerce, designs, etc.) sont incluses dans l'index des mots-clefs (iv), qui doit permettre au lecteur de trouver un ou plusieurs arrêts en fonction de la matière traitée. Cette répartition ne convainc pas et il semble qu'il serait plus commode – et plus logique – d'avoir toutes les dénominations-clefs dans un index et les sujets topiques dans un autre index. L'outil demeure néanmoins d'un accès très aisé et efficace.

Les résumés des décisions se trouvent eux-mêmes dans le corps de l'ouvrage, rangés comme indiqué dans la table des matières. Chaque résumé est précédé du nom de la juridiction, en abrégé, de la date de l'arrêt, du numéro de référence, de l'indication de la langue de la décision, de ce que – le cas échéant – il s'agit d'une décision sur mesures provisionnelles, du renvoi à la revue dans laquelle l'arrêt est publié non résumé, voire dans la «grille» des résumés

des arrêts du TAF en matière de marques dans la *sic!*, de la dénomination-clef, de l'existence d'une éventuelle note critique, des sujets principaux traités et des dispositions conventionnelles ou légales sur lesquelles la décision se fonde.

Un résumé bref mais complet de cette dernière suit, qui inclut un renvoi à chaque considérant où la matière résumée est traitée dans l'arrêt tel qu'il est publié in extenso. Il convient de souligner l'expédience de ces renvois, qui sont propres à faire gagner un temps considérable au lecteur, en l'amenant immédiatement au considérant qui l'intéresse et en lui évitant d'en lire d'autres, dont il n'a peut-être pas besoin.

L'outil, si l'on peut nommer ainsi cet ouvrage, est donc très commode pour le praticien, en particulier pour celui qui n'est pas «plongé» quotidiennement dans la propriété intellectuelle; il se révélera même souvent indispensable.

Certes, les juristes en Suisse devraient lire couramment au moins l'allemand et le français, de sorte que ce livre, rédigé uniquement dans cette dernière langue, devrait pouvoir être utilisé par la grande majorité des juristes dans notre pays (au moins aussi longtemps que des plans d'étude scolaires n'auront pas relégué aux oubliettes l'apprentissage d'une seconde langue nationale...). On peut cependant supposer qu'une traduction des sommaires en allemand serait susceptible d'élargir le lectorat.

Michel Mühlstein, avocat, Genève



L'Association Romande de Propriété Intellectuelle

Prochaine séance

Lundi, 3 novembre 2014 à 17h30

Derniers développements de la jurisprudence communautaire en droit des marques

Lieu: FER – 98 rue Saint Jean – Genève

Pour la troisième année consécutive, Maître STEFAN MARTIN, juge à la Première Chambre de recours de l'Office européen de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), présentera les décisions récentes (fin 2013 et 2014) rendues par les Chambre de recours et la Cour de justice de l'Union européenne (Tribunal et Cour de justice) en droit des marques. Maître MARTIN mettra l'accent sur les derniers développements qui lui paraissent importants et répondra aux questions des praticiens de l'AROPI. En vue d'une séance qui se veut interactive, les AROPISTES peuvent faire parvenir leurs questions ou signaler les thèmes qu'ils souhaitent voir particulièrement développer en la matière à l'adresse de courriel pdtcomch@aropi.ch.

Avocat, francophone d'origine canadienne, spécialisé en propriété intellectuelle, Maître MARTIN bénéficie d'une grande renommée tant dans la recherche, l'enseignement que la pratique du droit, y compris auprès de la Cour suprême au Canada. Du fait de son parcours professionnel, notre intervenant est donc habitué à l'exercice de l'approche comparative en droit, démarche à laquelle l'AROPI est très attachée.

Pour en savoir plus: www.aropi.ch



Rechtsvergleich im Fokus der AIPPI

Donnerstag, 27. November 2014 von 17–19 Uhr im Hotel Schweizerhof, Bahnhofplatz 11, 3001 Bern
mit anschliessendem Apéro

Ziel des Anlasses ist es, Ihnen als IP-Profi in geraffter Form einen Überblick über ausgewählte, international und in der Praxis relevante IP-Sachverhalte zu verschaffen. Die Beiträge stützen sich auf aktuelle Erkenntnisse, welche aus den rechtsvergleichenden Studien der AIPPI anlässlich eines Treffens im September dieses Jahres in Toronto in intensiven Debatten gewonnen wurden.*

Programm

Aktuelle Qs & Rs im Überblick

- Fragen der Erschöpfung im Urheberrecht (Q 240)
- Das Erfordernis der Basismarke im Madrider Markensystem (Q 239)
- Ansprüche für die zweite medizinische Anwendung oder Indikation (Q 238)
- Weiterbenutzungsrecht (Q 228)

Schwerpunktthema

- Lizenzen an geistigem Eigentum und Insolvenz (Q 241)
Mit Dr. DAVID RÜETSCHI, Bundesamt für Justiz, und Dr. MIGUEL SOGO, Homburger AG

Anmeldung und Informationen

Anmeldung bis Montag, 17. November 2014 an postmaster@aippi.ch oder per Fax an 043 282 42 53.
Kosten: CHF 120 (AIPPI-Mitglieder), CHF 220 (Nichtmitglieder), einzuzahlen auf Postcheckkonto 80-11897-2,
IBAN CH34 0900 0000 8001 1897 2.

Droit comparé dans le point de mire de l'AIPPI

Jeudi, 27 novembre 2014 de 17 à 19 heures à l'Hotel Schweizerhof, Bahnhofplatz 11, 3001 Berne
suivi d'un apéritif

*Le but de cet événement est de vous donner, en tant que professionnels de la PI, une vue d'ensemble d'une sélection des derniers développements en droit international de la propriété intellectuelle, et ce, sous forme d'un véritable concentré! Les présentations se fonderont sur l'état le plus actuel des connaissances, telles qu'elles découlent des débats intensifs qui ont eu lieu lors des études de droit comparé de l'AIPPI de septembre de cette année à Toronto**.*

Programme

Survot des Qs & Rs actuelles

- Questions d'épuisement en droit d'auteur (Q 240)
- L'exigence de la marque de base dans le système de Madrid (Q 239)
- Revendications de seconde application ou indication thérapeutique (Q 238)
- Droit de l'utilisation continue (Q 228)

Thème central

- Licences de PI et insolvabilité (Q 241)
avec Dr. DAVID RÜETSCHI, Office fédéral de la justice, et Dr. MIGUEL SOGO, Homburger AG

Inscription et informations

Inscription jusqu'au lundi, 17 novembre 2014 à postmaster@aippi.ch ou par fax au 043 282 42 53.
Prix: CHF 120 (membres AIPPI), CHF 220 (non-membres), à verser sur le compte de chèque postal 80-11897-2,
IBAN CH34 0900 0000 8001 1897 2.

* Die Länderberichte sowie die Empfehlungen zu wünschbaren Harmonisierungsschritten sind auf www.aippi.org «Questions/Committees» abrufbar; die Schweizer Berichte wurden in sic! 7/8/2014 (Q 228, Q 238; Q 239) und 9/2014 (Q 240, Q 241) publiziert.

** Les rapports nationaux ainsi que les recommandations d'harmonisation sont disponibles sous www.aippi.org «Questions/Committees». Les rapports suisses sont publiés dans sic! 7/8/2014 (Q 228, Q 238; Q 239) et 9/2014 (Q 240, Q 241).

Der Immaterialgüterrechtsprozess: Schnittstellen zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren

**Montag, 24. November 2014,
im Kursaal Bern**

Wegen der sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlichen Natur der Immaterialgüterrechte und zunehmend auch des Engagements der Zollbehörden im Kampf gegen die Produktpiraterie nimmt das Verwaltungsverfahren heute einen grossen Raum in der Praxis der Immaterialgüterrechtsgemeinde ein, ist von dieser aber bisher eher wenig durchleuchtet worden. Anknüpfend an die erfolgreichen Veranstaltungen zum Immaterialgüterrechtsprozess in den vergangenen Jahren wird am 24. November 2014 das Thema wissenschaftlich aufgearbeitet und unter Einbezug der betroffenen Institutionen und der Advokatur praxisnah diskutiert.

- 13.30 Uhr **Einleitung**
MICHAEL RITSCHER
- 13.45 Uhr **Relevanz des Verwaltungsverfahrensrechts für das Immaterialgüterrecht**
ISABELLE HÄNER
- 14.30 Uhr **Löschung von Registerrechten mittels Beschwerde an das
Bundesverwaltungsgericht**
MARKUS KAISER
- 15.00 Uhr Pause
- 15.30 Uhr **Zollhilfemassnahmen im Immaterialgüterrecht**
JÖRG HAUDENSCHILD, KARIN MÄRKI
- 16.15 Uhr **Schnittstellen aus der Sicht des Bundesverwaltungsgerichts**
PHILIPP DANNACHER
- Schnittstellen aus der Sicht des Bundespatentgerichts**
TOBIAS BREMI, SUSANNE ANDERHALDEN
- Schnittstellen aus der Sicht der Handelsgerichte**
DANIÈLE WÜTHRICH-MEYER, ALEXANDER BRUNNER, ROLF BRUNNER, MEINRAD VETTER
- 18.30 Uhr **Aperitif**

*Ab dem Hauptbahnhof Bern fährt das Tram Nr. 9 in Richtung «Wankdorf Bahnhof» bis zur Haltestelle «Kursaal».
Die Fahrzeit beträgt rund 5 Minuten.*

Information und Anmeldung:

INGRES-Sekretariat, Tel. +41 58 387 87 78, Fax +41 58 387 80 99
E-Mail: info@ingres.ch; <http://www.ingres.ch>



swisslex *PREMIUM*

Die Menge der publizierten Rechtsinformationen hat in den letzten Jahren drastisch zugenommen. Über die neusten Entwicklungen auf dem Laufenden zu sein, ist oberstes Gebot einer sorgfältigen Arbeitsweise. Mit Swisslex-Premium bieten wir Ihnen den effizienten Zugriff auf die aktuellsten Urteile und Zeitschriftenartikel, konzentriert und auf Ihr Spezialgebiet zugeschnitten.

**Swisslex-Premium – immer aktuell
und sicher unterwegs.**

FB FACH HAND BUCH

Expertenwissen für die Praxis Verwaltungsrecht

Das Fachhandbuch richtet sich an praktische Rechtsanwender mit hohem fachlichem Anspruch. Der Aufbau ist stark an den Problemen der Praxis orientiert. Beispiele, Checklisten und Praxistipps erleichtern den Überblick. Alle praxisrelevanten Aspekte einschliesslich prozessualer Hinweise werden abgedeckt, Schnittstellen und Nebengebiete sind erläutert.



**Fachhandbuch
Verwaltungsrecht**

Expertenwissen für die Praxis
Fachhandbuch

Herausgeberschaft:

**Giovanni Biaggini
Isabelle Häner
Urs Saxer
Markus Schott**

Erscheint im November 2014

ca. 1450 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7255-6748-5
ca. CHF 298.00



Das Fachhandbuch Verwaltungsrecht vereinigt über 30 Expertenbeiträge namhafter Autorinnen und Autoren aus Advokatur, Justiz, Verwaltung und Universitäten. Es verbindet wissenschaftliche Qualität mit ausgeprägter Praxisrelevanz und deckt verschiedenste Bereiche des Verwaltungsrechts ab: Einerseits die Regelungen einzelner Wirtschaftszweige wie der Banken- und Finanzwelt, der Medien, des Verkehrs, der Energie oder des Gesundheitswesens; andererseits die sektorübergreifenden Grundfragen wie Bewilligungen und Konzessionen, die Staatshaftung oder das Aufsichtsrecht. Die einzelnen Beiträge verarbeiten umfassend die relevante Praxis von Verwaltungsbehörden und Gerichten. Dadurch ist das Werk auf dem neuesten Stand.

Jetzt lieferbar

Frust am Bücherregal?

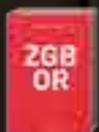


Wir feiern die **50.** Auflage

ZGB/OR ist seit über 100 Jahren gut aufgelegt.

Die klassische Textausgabe von Gauch/Stöckli mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen.

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.



50. Auflage
2268 Seiten, gebunden
CHF 158.00
978-3-7255-6976-2



50. Auflage
1052 Seiten, gebunden
CHF 79.00
978-3-7255-6978-6



50. Auflage
1366 Seiten, gebunden
CHF 79.00
978-3-7255-6977-9

Neu in 7. Auflage

Das unentbehrliche Nachschlagewerk für betriebswirtschaftliche Fragen



Basiswissen BWL

Ein praxisorientierter Leitfaden

Kleiner Merkur

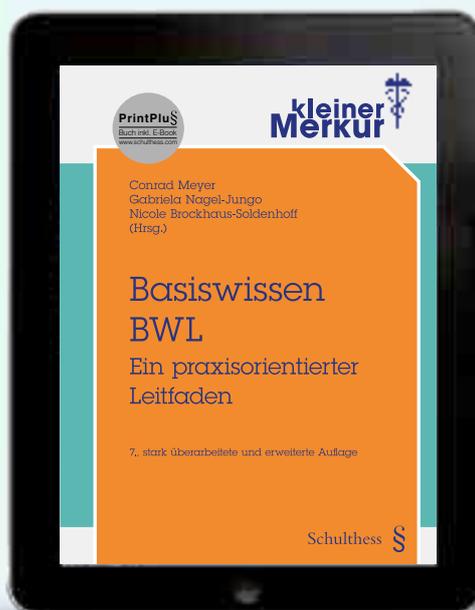
7., stark überarbeitete und erweiterte Auflage

Conrad Meyer | Gabriela Nagel-Jungo
Nicole Brockhaus-Soldenhoff (Hrsg.)

Juni 2014

Buch
714 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7255-6743-0
CHF 89.00

PrintPlus
714 Seiten
ISBN 978-3-7255-7002-7
CHF 118.00



Das Führen von Unternehmen ist eine anspruchsvolle, vielseitige Aufgabe, die im Rahmen der Betriebswirtschaftslehre umfassend erforscht und beschrieben wird. Durch das Zusammenspiel der diversen internen Fachbereiche entsteht eine Organisation, die mit ihren Mitarbeitenden Kundenbedürfnisse abdecken und damit Marktleistungen erbringen kann.

Das Buch stellt die Gebiete der Betriebswirtschaft praxisnah dar und vermittelt sowohl spezifisches als auch interdisziplinäres Wissen. Die auf bewährter Theorie abgestützten Überlegungen werden durch zahlreiche Beispiele aus dem unternehmerischen Alltag illustriert, mit Aufgaben und Lösungen vertieft sowie durch Querverbindungen

zu weiteren Themengebieten ergänzt. Der «Kleine Merkur BWL» eignet sich als Lehrmittel für den Wirtschaftsunterricht an Gymnasien, als Basisliteratur für Fachhochschulen und stellt ein Nachschlagewerk dar für alle, welche sich in der Praxis mit betriebswirtschaftlichen Fragen beschäftigen.

Neu ist der «Kleine Merkur BWL» auch als **PrintPlus** (Buch inkl. E-Book) erhältlich. Profitieren Sie als Zusatznutzen zum gedruckten Buch von den uneingeschränkten Möglichkeiten eines E-Books (optimiert für PC, Mac und Tablet). Im gedruckten Buch finden Sie einen Code zum Download. Weitere Informationen finden Sie unter www.schulthess/printplus.

Systematik der Entscheidungen | Systématique des décisions

1. Informationsrecht | Droit de l'information

2. Urheberrecht | Droit d'auteur

2.1 Allgemeines Urheberrecht | Droit d'auteur en général

2.2 Softwareschutz | Protection du logiciel

2.3 Urheberrechtlicher Leistungsschutz | Droits voisins

2.4 Verwertungsrecht | Gestion des droits

2.5 Sonstige urheberrechtliche Fragen | Autres questions de droit d'auteur

3. Persönlichkeits- und Datenschutzrecht | Protection de la personnalité et protection des données

4. Kennzeichenrecht | Droit des signes distinctifs

4.1 Marken | Marques

4.2 Ausstattungsschutz | Protection du conditionnement

4.3 Firmenrecht | Raisons de commerce

4.4 Namensrecht | Droit au nom

4.5 Domainnamen | Noms de domaine

4.6 Herkunftsangaben | Indications de provenance

4.7 Wappenschutz | Armoiries publiques

4.8 Sonstige kennzeichenrechtliche Fragen | Autres questions de droit des signes distinctifs

5. Designrecht | Droit du design

5.1 Muster und Modelle | Dessins et modèles

5.2 Topografien | Topographies

5.3 Sonstige designrechtliche Fragen | Autres questions de droit du design

6. Technologierecht | Droit de la technologie

6.1 Patente | Brevets d'invention

6.2 Technisches Know-how | Savoir-faire technique

6.3 Sortenschutz | Obtentions végétales

6.4 Sonstige technologierechtliche Fragen | Autres questions de droit de la technologie

7. Wettbewerbsrecht | Droit de la concurrence

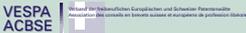
7.1 Lauterkeitsrecht | Concurrence déloyale

7.2 Kartellrecht | Droit des cartels

7.3 Sonstige wettbewerbsrechtliche Fragen | Autres questions de droit de la concurrence

8. Weitere Rechtsfragen | Autres questions juridiques

Veranstaltungen | Manifestations

22.10.2014	Patente: Hinterlegung, Übertragung, Registrierung Institut für Geistiges Eigentum, Bern – 9.30–16.30 Uhr Tel. +41 31 377 72 44, Fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	
29.10.2014	Marken: Hinterlegung, Übertragung, Registrierung Institut für Geistiges Eigentum, Bern – 9.30–16.30 Uhr Tel. +41 31 377 72 44, Fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	
31.10.2014	VIPS VESPA Herbstseminar 2014: Was gehört zum Stand der Technik? Eine Betrachtung im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des EPA und der Novellierung des US-Patentgesetzes Hotel ARTE Konferenzzentrum, Olten – ca. 9.15 Uhr–16.45 Uhr Christoph Fraefel, Tel. +41 44 387 53 53 E-Mail: sbmp@patmark.ch, http://www.chepat.ch/ ; http://www.acbis.org/	VIPS Verband der Industrie- patentanwälte in der Schweiz 
3.11.2014	Derniers développements de la jurisprudence communautaire en droit des marques FER, 98 rue Saint Jean, Genève – 17h30 E-Mail: secretaire@aropi.ch; http://www.aropi.ch/	AROPI
12.11.2014	Les brevets: dépôt, enregistrement, transfert Digicomp Academy, Lausanne – 9h30–16h30 tél. +41 31 377 72 44, fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	
24.11.2014	Der Immaterialgüterrechtsprozess: Schnittstellen zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren Kursaal, Bern – 13.30–18.30 Uhr Christoph Gasser, Tel. +41 58 387 87 78, Fax +41 58 387 80 99 E-Mail: info@ingres.ch; http://www.ingres.ch	ingres Institut für gewerblichen Rechtsschutz 
27.11.2014	Rechtsvergleich im Fokus der AIPPI Bern – 17.00–19.00 Uhr Donatella Fiala, Tel. +41 43 285 21 21, Fax: +41 43 285 29 99 E-Mail: postmaster@aippi.ch; http://aippi.ch/	
12.12.2014 + 19.12.2014	Beschwerdeverfahren vor dem BVGer Institut für Geistiges Eigentum, Bern Tel. +41 31 377 72 44, Fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	VIPS VSP VESPA IGE
12.12.2014	Schutzbereich eines Schweizer Patents Institut für Geistiges Eigentum, Bern Tel. +41 31 377 72 44, Fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	VIPS VSP VESPA IGE
26.1.2015	Praxis des Immaterialgüterrechts in der Europäischen Union Hotel Zürichberg, Zürich – 8.30–19.00 Uhr Christoph Gasser, Tel. +41 58 387 87 78, Fax +41 58 387 80 99 E-Mail: info@ingres.ch; http://www.ingres.ch	ingres Institut für gewerblichen Rechtsschutz
13.3.2015	Recht auf das Patent, Recht am Patent Institut für Geistiges Eigentum, Bern Tel. +41 31 377 72 44, Fax +41 31 377 79 08 E-Mail: training@ipi.ch; https://www.ige.ch/training	VIPS VSP VESPA IGE
1.7.2015	Praxis des Immaterialgüterrechts in der Schweiz Lake Side, Zürich – 10.40–21.00 Uhr Christoph Gasser, Tel. +41 58 387 87 78, Fax +41 58 387 80 99 E-Mail: info@ingres.ch; http://www.ingres.ch	ingres Institut für gewerblichen Rechtsschutz
28.–29.8.2015	Ittinger Workshop zum Kennzeichenrecht Kartause Ittingen – Freitag: 14.00–19.15 Uhr, Samstag: 8.00–12.30 Uhr Christoph Gasser, Tel. +41 58 387 87 78, Fax +41 58 387 80 99 E-Mail: info@ingres.ch; http://www.ingres.ch	ingres Institut für gewerblichen Rechtsschutz