

## Die Seite des SF / La page du FS

### Leistungsschutz für Verlage?

11. Urheberrechtstagung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht SF•FS vom 28. Februar 2012

#### STEFAN BRÜHWILER\*

- I. Einleitung
- II. Ökonomische Analyse
- III. Sicht der Verlage
- IV. Journalistensicht
- V. Sicht der Informationsvermittler
- VI. Sui-Generis-Recht in der EU (Analyse de lege lata)
- VII. Art. 5 lit. c UWG (Analyse de lege lata)
- VIII. Wie wäre ein neues Leistungsschutzrecht auszugestalten?
- IX. Diskussion

An seiner elften Urheberrechtstagung ging das Schweizer Forum für Kommunikationsrecht diversen Fragen rund um die Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verlage nach. Diskutiert wurde etwa, welche rechtlichen Überlegungen der Forderung nach einem Leistungsschutzrecht für Verlage zugrunde liegen und ob allenfalls berechnete Schutzbedürfnisse nicht bereits erfüllt seien. Auch die ökonomischen Auswirkungen eines solchen Leistungsschutzrechts wurden betrachtet und zum Schluss wurde auch gleich ein Entwurf für ein allfälliges Leistungsschutzrecht skizziert.

Dass das Thema hochaktuell ist, zeigt nicht zuletzt, dass der Koalitionsausschuss der deutschen Regierung am 4. März 2012 den Entwurf eines «Leistungsschutzrechtes für die redaktionell-technische Festlegung journalistischer Beiträge oder kleiner Teile hiervon» für die Hersteller von Presseerzeugnissen verabschiedete.

#### I. Einleitung

Tagungsleiter PROF. DR. RETO M. HILTY, Ordinarius an der Universität Zürich und Direktor am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München, erläuterte mit Blick auf die jüngere Geschichte, warum bisher in der Schweiz kein Leistungsschutzrecht für Verlage existiert. So seien Printmedien lange Zeit gar nicht auf einen rechtlichen Schutz angewiesen gewesen, da der Nachdruck ohnehin viel zu umständlich gewesen wäre. Mit dem Internet habe sich dies nun aber geändert. Zwar hätten sich den Verlegern durch diese Technologie neue Geschäftsmodelle eröffnet, doch sei auch die Übernahme der Texte dadurch stark vereinfacht worden. Die Verlage hatten nun plötzlich ein ähnliches Schutzbedürfnis, wie dies vorher schon die Hersteller von Ton- und Tonbildträgern hatten.

Es stelle sich nun die Frage, welchen Weg die Schweiz gehen solle, ob eine Lücke im Gesetz bestehe und ob ein offenes Internet ohne DRM künftig nur mit einem Leistungsschutzrecht für Verlage möglich oder ob die Verlagsinteressen mit den vorhandenen Gesetzen nicht schon genügend geschützt seien. Um dies herauszufinden, sei es wichtig, Tatsachenforschung zu betreiben, für welche die Hilfe von Ökonomen, die sich jedoch wiederum von Denkmodellen lösen müssten, nötig sei.

#### II. Ökonomische Analyse

Mit einer solchen ökonomischen Analyse eröffnete denn auch DR. FRANK MÜLLER-LANGER, Ökonom am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München, die Vortragsreihe. Eingeführt wurde das Referat mit einem kurzen Überblick über die Grundlagen von Angebot und Nachfrage. Bezüglich Angebot zeigte MÜLLER-LANGER insbesondere, dass dieses durch den Preis,

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

sowie die Produktions- und Distributionskosten bestimmt werde, wobei gerade die Distributionskosten durch die Verbreitung über Internet enorm gesunken seien. Bezüglich der Nachfrage lasse sich sagen, dass diese umso niedriger sei, je höher der Preis, dieser aber nicht die einzige Variable auf Nachfrageseite sei. Angebot und Nachfrage würden nun zur Bestimmung des markträumenden Preises interagieren, wobei die Märkte kompetitiv sein müssten, damit der Marktmechanismus funktionieren würde.

In seiner Analyse von Wettbewerbsmärkten und der Bestimmung der Wohlfahrtswirkungen von staatlichen Eingriffen auf diese, zeigte MÜLLER-LANGER, dass bei einem Marktversagen die Effizienz durch staatliche Eingriffe gesteigert werden kann, während solche Eingriffe auf funktionierenden Märkten eine Ineffizienz oder einen Nettowohlfahrtsverlust hervorrufen würden. Ein solcher staatlicher Eingriff könne beispielsweise in einem Leistungsschutzrecht bestehen.

Im dritten Teil seines Referats ging MÜLLER-LANGER speziell auf die Auswirkungen von Leistungsschutzrechten auf die Märkte ein. In seinem vereinfachten Modell kam er zum Schluss, dass sich die Produzentenrente mit Einführung eines Leistungsschutzrechtes zwar erhöhen würde, dies aber weniger stark, als die Konsumentenrente dabei abnähme, was einen statischen Wohlfahrtsverlust zur Folge hätte. Es müsse jedoch neben der statischen auch die dynamische Effizienz berücksichtigt werden, welche etwa in einer grösseren Anzahl qualitativer Artikel bestehen und so den Gesamtnutzen eines Leistungsschutzrechtes über die Zeit erhöhen könne. Letzteres entspreche in erster Linie der Argumentation der Verleger und würde bei Zutreffen einen dynamischen Wohlfahrtsgewinn bedeuten. Um die gesamtgesellschaftliche Auswirkung auf die Wohlfahrt zu optimieren, müssten beide Seiten gegeneinander abgewogen werden, unter der Annahme, dass ein optimales Niveau des Schutzes geistigen Eigentums existiere. Je nachdem auf welcher Seite dieses optimalen Schutzniveaus wir uns heute befänden, würde ein zusätzlicher Schutz in Form eines Leistungsschutzrechtes für Verlage einen zusätzlichen Wohlfahrtsgewinn oder aber einen Wohlfahrtsverlust bedeuten.

Zur korrekten Analyse sei zu beachten, dass Verlage in ökonomischer Hinsicht sogenannte Plattformen in zweiseitigen Märkten darstellten, wo auch Netzwerkeffekte zu beachten seien. Etwa, wenn mehr Leser, welche die Artikel unter Umständen kostenlos beziehen würden, dem Verlag mehr Gewinn über Werbung verschaffen würden.

### III. Sicht der Verlage

Nach diesen ökonomischen Grundlagen versuchte MARTIN ETTLINGER, Rechtskonsulent beim Verband Schweizer Medien, den Teilnehmern darzulegen, warum ein solches Leistungsschutzrecht für (Presse-)Verlage dringend nötig sei. Diese würden die Leistungen der Urheber verarbeiten, was teuer und für die Journalisten von grossem Wert sei. Ausserdem seien die Verlage als Werkvermittler, die den Zugang zu Informationen und Meinungen ermöglichen würden, von öffentlichem Interesse. Den diversen Leistungen, die ein Verlag erbringe, stünden aber neue Herausforderungen gegenüber, denen insbesondere zwei Eigenschaften des Verlagsprodukts immanent seien, nämlich deren Nichtexklusivität und Nichtrivalität. Wegen der schwierigen Durchsetzung der Urheberrechte und einfacher verlustfreier digitaler Reproduktionsmöglichkeiten würden Trittbrettfahrer – oft in kommerzieller Absicht – die Arbeit der Verlage plündern. Eine solche unbezahlte Kommerzialisierung der Verlagsleistungen geschehe etwa durch Google News und diverse ähnliche Anbieter. Die Verlage benötigten daher einen besonderen Rechtsschutz, um noch einen Anreiz für Investitionen zu haben. Überhaupt hätten nach seiner These die Verlage zusammen mit den Herstellern von Ton- und Tonbildträgern ein Leistungsschutzrecht erhalten, wenn bei Einführung derer Leistungsschutzrechte die Digitalisierung bereits auf dem heutigen Stand gewesen wäre. Doch sei damals, wie HILTY schon einleitend festgestellt habe, eine echte Kopiergefahr nur bei der Tonband- und Videotechnik absehbar gewesen.

Die heute bestehenden Schutzmöglichkeiten seien für die Verlage mangelhaft. So schütze das Urheberrecht längst nicht alle Verlagsleistungen, und auch ein Leistungsschutzrecht für Datenbanken bestehe in der Schweiz nicht. Das UWG hingegen würde spätestens seit dem Bundesgerichtsentscheid «Such-Spider» (BGE 131 III 384, sic! 2005, 593 ff.) mit dem Nachweis des Investitionsaufwands erhebliche Hürden für die Verlage aufweisen.

ETTLINGER bejahte ein bestehendes Marktversagen bezüglich Verlagsprodukten und meinte, dass ein Leistungsschutzrecht einen Interessenausgleich zwischen Verlagen und Nutzern herstellen würde, wobei die Einführung eines Leistungsschutzrechtes für Verlage möglich sei, ohne das übrige URG ändern zu müssen.

#### IV. Journalistensicht

Die gegenteilige Sicht der Journalisten legte gleich im Anschluss REGULA BÄHLER, Rechtsanwältin, dar. Sie betonte, dass die Journalisten im Pressebetrieb die eigentlichen Content Provider seien. Von einem allfälligen Leistungsschutzrecht für Verlage seien in erster Linie die freien Journalisten betroffen. Für diese bestünden in der Schweiz je nach Sprachgebiet unterschiedliche Vertragszustände. Gerade in der deutschsprachigen Schweiz und dem Tessin bestehe seit Kündigung des GAV Ende Juli 2004 für die freien Journalisten ein «vertragsfreier» Zustand. Die freien Journalisten müssten oft Buy-out-Verträge mit den Verlagen eingehen, durch welche sie lediglich eine Tagespauschale erhalten. Damit werden meist die Print- und Onlinenutzung, sämtliche zukünftigen unbekanntem Nutzungsarten, wie auch die Abtretung der Weiterveräusserung abgegolten. Die freien Journalisten hätten auch schon versucht, ihre Rechte an die ProLitteris abzutreten, mussten diese jedoch wieder zurückverlangen, weil die Verlage sich weigerten, Artikel dieser Journalisten weiterhin zu kaufen. In der Westschweiz hingegen existiere ein Presse-GAV, nach welchem die Journalisten ihre Rechte nur für eine einfache Nutzung an die Verlage abtreten müssten und alles Weitere zusätzlich zu bezahlen sei. Nach BÄHLER existierten bereits genügend gesetzliche Lizenzen und kollektive Verwertungen, durch welche die Verlage für ihre Leistungen entschädigt würden.

Durch die von den Urhebern nach geltendem Urheberrecht eingeräumten Rechte seien die Verlagsleistungen auch genügend geschützt. Mit einem Leistungsschutzrecht für Verlage drohe eine Aushöhlung des Zitatrechts und würde wohl die Schrankenregelung der aktuellen Berichterstattung beschnitten. Auch drohe eine übermässige Behinderung der Journalisten bei der Wahrnehmung ihrer Zweitverwertungsrechte.

#### V. Sicht der Informationsvermittler

Nach diesem klaren Statement gegen ein Leistungsschutzrecht folgte die Sicht der Informationsvermittler, vertreten durch DANIEL SCHÖNBERGER, Head of Legal Switzerland & Austria bei Google Switzerland GmbH. Dieser konstatierte zu Beginn seines Referats, dass es bisher nicht wirklich klar sei, worum es bei einem Leistungsschutzrecht für Verlage eigentlich gehe. Ausgangslage sei, dass für die bestimmungsgemässe Nutzung von Inhalten, welche Verleger kostenlos und frei zugänglich im Internet zur Verfügung stellten, eine staatliche Abgabe gefordert werde. Dabei stellten sich einige Fragen, die nach wie vor offen seien, beispielsweise, welche Nutzungen abgabepflichtig werden sollten und bei wem diese Abgabe anfalle, aber auch, wie und von welcher Behörde der Erlös verteilt werden solle. SCHÖNBERGER wollte auch mit dem Missverständnis aufräumen, dass Google Geld mit den Inhalten Dritter verdiene. Tatsache sei, dass Google den allergrössten Teil seines Umsatzes mit kontextueller Werbung verdiene, wobei die Werbung sich nach den im Suchfeld eingegebenen Keywords richte. Die Werbung bei newsrelevanten Themen sei dabei marginal und entsprechend auch der Umsatz. Der Dienst Google News beinhalte lediglich Verlinkungen zu den Verlagen und sei völlig frei von Werbung. Vielmehr sei es so, dass Google kostenlos Traffic auf den Verlegerseiten erzeuge und es den Homepageinhabern unter Verwendung des sog. Robots Exclusion Standard (robots.txt) in einfacher Weise möglich wäre, die Einstellungen so zu wählen, dass Google ihre Seiten nicht anzeige. Aus diesen Gründen sei ein Leistungsschutzrecht sachlich nicht gerechtfertigt.

Auch aus juristischer Sicht gebe es keine Rechtfertigung für ein Leistungsschutzrecht für Verlage, denn Urheber- und Wettbewerbsrecht böten bereits genügenden Schutz für die Verlagsleistungen. Insbesondere mit Blick auf die gefestigte Rechtsprechung in Deutschland müsse mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen rechnen, wer Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkung frei zugänglich mache (BGH, 17. Juli 2003, I ZR 259/00, «Paperboy»; BGH, 29. April 2010, I ZR 69/08, «Vorschaubilder»; BGH, 29. Oktober 2011, ZR I 140/10, «Vorschaubilder II»).

Die Verlage seien mit den anderen Werkmittlern auch nicht vergleichbar, da deren Leistung, für welche ein Leistungsschutzrecht verlangt werde, vom vermittelten Werk nicht unterscheidbar sei.

Wie kürzlich vom Tribunal cantonal du Jura (Urteil vom 12. Februar 2011, sic! 2012, 126 ff.) ausserdem bestätigt, sei eine sinnvolle Nutzung des Internets nur mit Hilfe von Suchmaschinen möglich, was bei einem Verbot der Nutzung von Titeln und Snippets, wie von den Verlagen gefordert, kaum mehr der Fall wäre. Durch eine solche Monopolisierung würde nicht zuletzt auch die Informations- und Medienfreiheit beschnitten.

Zum Schluss betonte SCHÖNBERGER, dass der Bundesrat bei der Totalrevision des Urheberrechts bewusst auf ein Leistungsschutzrecht für Verlage verzichtet habe mit der Begründung, dass die Verlage bereits durch Art. 5 lit. c UWG über ein wettbewerbsrechtliches Leistungsschutzrecht verfügten und man Mehrfachentschädigungen verhindern wolle.

## VI. Sui-Generis-Recht in der EU (Analyse de lege lata)

Nach einer Kaffeepause folgte die Analyse de lege lata. Das erste Referat dazu hielt PROF. DR. MATTHIAS LEISTNER, Ordinarius am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Universität Bonn, der insbesondere den deutschen Leistungsschutz sui generis für Datenbankhersteller in Bezug auf die presseverlegerische Leistung betrachtete. Einleitend stellte Leistner klar, dass er von einem vollkommen offenen Standpunkt ausgehe. Ein Leistungsschutzrecht müsse nicht per se schlecht sein.

Bezüglich der bestehenden Schutzmöglichkeiten lasse sich sagen, dass der urheberrechtliche Schutz grundsätzlich auch den Verlegern zugute kommen könne, wobei gemäss BGH (GRUR 2011, 134 ff., «Perlentaucher»; GRUR 2003, 958, «Paperboy»; MMR 2010, 475 ff., «Google Bildersuche») für News-Aggregatoren keine Sonderprivilegien bestünden, sondern die freie Benutzung im Sinne des § 24 UrhG nach allgemeinen Grundsätzen anzuwenden sei. Es bestehe allerdings beispielsweise kein Urheberrechtsschutz für sogenannte Snippets und ebenso wenig würden die Verlage an den Einkünften aus den Verwertungsgesellschaften beteiligt. Die Schutzvoraussetzungen im Teilwerkschutz, wie diese in den § 12 Abs. 2 oder § 24 UrhG bestünden, seien jedenfalls bewusst eingezogene Grenzen und keine systemwidrigen Lücken. Man könne sich fragen, ob in den §§ 70 ff. UrhG zu den Leistungsschutzrechten eine systematische Lücke bezüglich der Verleger bestehe, denn Sendeunternehmen, Tonträger- oder Filmhersteller würden explizit für ihre Investitionen geschützt, während die Verleger nicht genannt würden. Lückenfüller könnte jedoch das Datenbankherstellerecht sein, das in der Diskussion bezeichnenderweise kaum mitgenannt werde. Im Vergleich zu den bestehenden Leistungsschutzrechten stelle sich das Datenbankherstellerecht als differenzierte Konzeption dar. Zwar sei der Anwendungsbereich im Ausgangspunkt sehr weit, doch werde dieser begrenzt durch die materiellen Schutzvoraussetzungen und den Schutzgegenstand. Eine solche Differenzierung fehle hingegen bei den herkömmlichen Leistungsschutzrechten. Beim Sampling etwa sei jeder einzelne Ton geschützt (vgl. BGH GRUR 2009, 403 ff., «Metall auf Metall»), während beim Datenbankherstellerecht nur wesentliche Investitionen geschützt würden. Die Nutzung nur kleiner Teile der Datenbank würde daher noch keinen Schutzrechtseingriff darstellen. Voraussetzung für einen solchen Eingriff sei, dass die Nutzung dieser kleinen Teile der Datenbank wiederholt und systematisch geschehe und dabei einer normalen Nutzung entgegenstünde oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigte. Diese Voraussetzungen erfassten nach deutscher Rechtsprechung gerade nicht die typischen Tätigkeiten der «News-Aggregatoren», obwohl dies möglich wäre. Die typischen Eingriffe der Aggregatoren widersprächen gemäss dem Entscheid des BGH «Paperboy» eben nicht der normalen Nutzung einer Datenbank. Der Datenbankhersteller müsse daher eine solche infrastrukturetypische Nutzung dulden. Wenn hingegen der Datenbankbetreiber technische Schutzmassnahmen gegen eine solche Nutzung eingerichtet hätte, würde der Schutz für Datenbankhersteller in diesem Falle greifen. Gleiches gelte für die Verleger.

Was bedeute dies nun für die Forderung nach einem eigenen Leistungsschutzrecht für die Verleger? Die Krux liege in der Definition des Schutzgegenstandes. Sei dieser zu gross, bestehe die Gefahr einer dysfunktionalen Ausnutzung. Sei dieser hingegen zu klein, würde das neue Leistungsschutzrecht nicht greifen. Der Schutzgegenstand liesse sich auch nur schwer von jenem des Urheberrechts trennen. Das Sui-Generis-Recht für Datenbanken hätte jedoch gemäss LEISTNER einen Schutz für Verlagsleistungen ermöglicht, was von den Gerichten allerdings nicht genutzt worden sei.

## VII. Art. 5 lit. c UWG (Analyse de lege lata)

DR. SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Rechtsanwältin, ging in ihrer Analyse de lege lata im Speziellen auf Art. 5 lit. c UWG ein. In ihrer kurzen Einleitung pro memoria zum Schutz- und Regelungsgegenstand des UWG erinnerte BRAUCHBAR BIRKHÄUSER nochmals daran, dass das UWG keine absolute Rechtsposition vermittele, sondern immer eine Rechtsverletzung nötig sei. Es gelte der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Auch das Konzept des Numerus clausus der Immaterialgüterrechte dürfe nicht aufgeweicht werden. Eine Nachahmung sei nur unter den Voraussetzungen von Art.

5 UWG verboten. Art. 5 lit. c UWG habe den Zweck, den parasitären Wettbewerb durch das Mittel technischer Reproduktionsverfahren zu verhindern.

BRAUCHBAR BIRKHÄUSER analysierte im Folgenden, ob die Verlagsleistungen unter den Schutz von Art. 5 lit. c UWG fallen könnten. Die Voraussetzung eines marktreifen Arbeitsergebnisses sei mit den Verlagsleistungen ohne Weiteres gegeben. Anders sehe dies bei der Voraussetzung der unveränderten Übernahme und unmittelbaren Verwertung aus. Wenn die Leistung eines Verlages in irgendetweier Weise bearbeitet werde, was bei einer Übernahme in elektronischer Form im Internet der Fall sei, liege bereits keine unmittelbare Verwertung mehr vor. Ob bei sehr geringfügigen Änderungen noch eine unmittelbare Verwertung anzunehmen sei, lasse das Bundesgericht allerdings offen (BGE 131 III 384, 391; sic! 2005, 593 ff, «Such-Spider»).

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 5 lit. c UWG sei, dass der Übernehmer einen im Verhältnis zum Verleger unangemessen geringen Aufwand getätigt habe. Zum Aufwand des Verlegers zählen beispielsweise Auswahl, Lektorierung oder Vervielfältigung der Artikel, wobei diese Tätigkeiten im Einzelfall auch tatsächlich stattgefunden haben müssen. Der Vertrieb hingegen zähle nicht dazu, da dieser nachgelagert sei. Auf der Übernehmerseite sei der gesamte Aufwand zu berücksichtigen, wozu etwa im Falle eines Such-Spider auch die Programmierung zähle und als genügender eigener Aufwand gelten könne (BGE 131 III 384, 392 f.). Ein erheblicher Mehraufwand des Verlegers genüge für den Schutz nach Art. 5 lit. c UWG jedoch nicht mehr, wenn dieser seine Kosten zum Zeitpunkt der Übernahme bereits amortisiert habe (BGE 4A.404/2007, sic! 2008, 462, E. 4.3, «Arzneimittel-Kompendium II»). Damit sei diese Norm massgebend eingeschränkt.

BRAUCHBAR BIRKHÄUSER zog schliesslich das Fazit, dass mit diesen Voraussetzungen, für welche das Bundesgericht einen strengen Massstab anlege, der Schutz der Verlagsleistungen über das UWG stark begrenzt sei.

### VIII. Wie wäre ein neues Leistungsschutzrecht auszugestalten?

Zum Abschluss der Vortragsreihe lieferten DR. MATHIS BERGER, Rechtsanwalt, und ALFRED FRÜH, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, gemeinsam eine Analyse de lege ferenda. Die beiden Referenten befassten sich mit der Frage, wie ein allfälliges Leistungsschutzrecht für Verlage auszugestalten wäre.

Für ihren Entwurf haben sich die beiden Referenten hauptsächlich an einen deutschen Vorschlag der Verleger für die §§ 87f und 87g UrhG zu einem Schutz der Presseverleger angelehnt. Dieser deutsche Vorschlag bezeichne als Schutzgegenstand Presseerzeugnisse oder Teile daraus, was gemäss BERGER wohl klassischen Presseprodukten auf einem Träger entspreche und Internetzeitungen kaum erfasse. Der deutsche Vorschlag gäbe dem Presseverleger das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe des Presseerzeugnisses oder Teilen daraus. Ausserdem ist eine Pflicht zur Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften vorgesehen, allerdings unter Ausschluss der systematischen Übernahme von Teilen, worunter Titel und Snippets fallen dürften.

Die Stolpersteine bei der Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Verlage seien im Schutzgegenstand und Schutzzumfang zu finden. Zu bedenken sei, dass es um die Werkvermittlung gehe und damit die Erbringung einer wirtschaftlichen Leistung und nicht etwa um fairshare, wie es die Forderungen der Verleger etwa Google gegenüber denken lassen könnten. Sinnvoll sei das Schutzrecht daher, wenn damit die Kosten, die dem Verlag entstanden seien, amortisiert werden könnten, doch sollte der Schutz darauf beschränkt sein.

Bei der Prämisse, dass es um den Schutz der Leistungen der Verlage gehen solle, stelle sich die Frage, warum denn die Buchverlage in der ganzen Diskussion um das Leistungsschutzrecht kaum erwähnt würden. Wenn man, wie beim Vorschlag der deutschen Verleger, mit dem Leistungsschutzrecht nur Presseerzeugnisse schütze, so gälte der Schutz schlicht einem Geschäftsmodell. Ebenfalls entgegen dem deutschen Vorschlag sollten Ausschnitte nicht geschützt sein, weil diese keine Substitutionsprodukte darstellten und das Gesamtprodukt der zu amortisierenden Leistung des Verlages entspreche.

Die Schutzdauer solle gemäss Vorschlag BERGER/FRÜH für Zeitungen auf ein paar wenige Tage, allenfalls Wochen, begrenzt sein, denn wie das Sprichwort so schön sage, sei nichts älter als die Zeitung von gestern, und tatsächlich müssten Investitionen in Zeitungen in der Regel innerhalb eines

oder weniger Tage wieder hereingeholt werden. Für Buchverlage könnte man die Schutzdauer entsprechend auf maximal ein paar Jahre ausdehnen.

Zu bedenken sei, dass in der Schweiz ein umfassendes Urhebervertragsrecht fehle und daher in der Regel eine umfassende Übertragung der Urheberrechte auf die Verlage stattfinde. Würde der Verleger nun auch noch ein Leistungsschutzrecht erhalten, hielte er gleich zwei Rechte. Ausserdem sei es kartellrechtlich problematisch, wenn grundlegende oder elementare Informationen (wie sie z.B. in Snippets enthalten sein können) bei fehlender Substituierbarkeit mit einem Ausschliesslichkeitsrecht belegt würden. Schranken eines möglichen Leistungsschutzrechts seien daher wesensimmanent, denn bei Verlagsprodukten gebe es noch viele andere Interessen als das Schutzinteresse der Verleger. Zwar seien im Urheberrecht schon einige Schrankenregelungen implementiert, doch würden diese bei Einführung des neuen Leistungsschutzrechts nicht ausreichen. So sollen Titel gemäss BERGER/FRÜH übernommen werden können, was unter Umständen das bestehende Zitatrecht gewährleisten könne – aber eben nicht in jedem Falle. Es müsste die Verbreitung blosser Ausschnitte, die aus der Zitats- bzw. der Berichterstattungsschranke fallen, also etwa Verlinkungen oder Snippets, durch eine neue Schrankenregelung möglich bleiben. Solches gewährleiste das Funktionieren des Internets und sei für Verlagserzeugnisse nicht schädlich, vielmehr könne es sich gar als förderlich erweisen.

BERGER und FRÜH kamen durch ihre Überlegungen auf drei Konsequenzen:

1. Es gebe keine klare Antwort, wie die Schranken eines solchen fiktiven Leistungsschutzrechtes aussehen sollten, da diese untrennbar mit der Definition des Schutzgegenstands verbunden seien.
2. Es müssten die Schranken umso umfassender sein, je weniger der Rechtsschutz von der Ratio Legis – nämlich der Verhinderung von Marktversagen – gedeckt sei.
3. Wenn das neu eingeführte Recht kein Marktversagen korrigiere, müssten die Schranken so weit gehen, dass vom neuen Recht nichts mehr übrig bleibe.

Ausgangspunkt und Massstab für die Definition des möglichen Leistungsschutzrechts müsse schlussendlich der Schutz der im Allgemeininteresse stehenden Investitionen sein.

## IX. Diskussion

Dieser Analyse de lege ferenda folgte die Generaldiskussion unter der Leitung von HILTY. Dieser fragte ETTLINGER, warum denn nicht die Verleger Abgaben an Google für den generierten Traffic auf ihren Seiten zahlen sollten. Der Angesprochene meinte darauf, dass Google ein Monopolist sei und in der Schweiz vieles über die Suchfelder auf den Verlags-Homepages zu finden sei. Google sei nicht zuletzt eine Werbemaschine, welche so auch Traffic auf den eigenen Seiten generiere.

SCHÖNBERGER meinte insbesondere auf die Bemerkung, dass Google ein Monopolist sei, dass es erstens auch andere Suchmaschinenanbieter gäbe und die Konkurrenz nur einen Klick entfernt läge. Ausserdem sei der gesamte Online-Werbemarkt zu betrachten. Bei Betrachtung dieses ganzen Marktes würde die kontextuelle Werbung nur noch einen kleinen Teil ausmachen. Auch die provokative These von HILTY, dass, wenn wir so weitermachen würden wie bisher, der Qualitätsjournalismus eingehen würde, antwortete SCHÖNBERGER, dass ein Leistungsschutzrecht diesen nicht fördern würde. Als Massstab für die Verteilung der Gelder, die mit einem solchen Leistungsschutzrecht eingenommen würden, könne praktischerweise nur die Reichweite gelten. Diese werde jedoch über billig produzierte Massenware erreicht, wodurch der Qualitätsjournalismus nichts gewinne.

ETTLINGER betonte, dass es den Verlegern mit ihrer Forderung nach einem Leistungsschutzrecht nicht etwa ums Geldverdienen gehe, sondern darum, die Rechte an ihren Verlagsprodukten zu kontrollieren. Wenn etwas frei im Internet sei, bedeute das noch lange nicht, dass jeder damit machen können soll, was er will. SCHÖNBERGER meinte darauf, dass die Informationsvermittler nicht eine Gratiskultur fördern wollten, man aber die Tatsache einsehen müsse, dass das Internet per Definition offen sei. Die bestehenden Beschränkungsmöglichkeiten würden denn auch grossmehrheitlich nicht genutzt, weil die Verlage möglichst grossen Traffic auf den eigenen Seiten wünschten.

HILTY stellte schliesslich noch die Frage in den Raum, weshalb von den Buchverlegern nichts zu einem Leistungsschutzrecht zu hören und an dieser Tagung auch kein Vertreter anwesend sei. Schliesslich bestehe ja eine wirklich vergleichbare Lage in erster Linie zwischen E-Book und DVD. Dr. INGE HOCHREUTENER antwortete, dass diese Thematik bei den Buchverlegern mit Aufkommen von

E-Book und E-Library auch schon aufgekommen und mit einem Ruf nach einem Leistungsschutzrecht verbunden worden sei. Es dürfe jedoch keine Überspitzung stattfinden, indem die Leistung der Verlage auf Kosten der Urheber geschützt würde. Dr. EMANUEL MEYER, IGE, bemerkte zum Schluss, dass im Bericht Savary (Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary vom August 2011) zu lesen sei, dass die Buchverleger noch immer der Meinung seien, dass das E-Book überschätzt werde und kaum praktische Relevanz habe.