

FR_GERICHTE 102 2015 189 vom 22. August 2016

FR Kantonsgericht, 2016-08-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_102_2015_189

FR: FR_GERICHTE 102 2015 189 du 22 août 2016

IT: FR_GERICHTE 102 2015 189 del 22 agosto 2016

Regeste

Entscheid des II. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts | Unlauterer Wettbewerb

Erwägungen

E. 1

a) Der Sitz der Klägerin befindet sich in H._____, derjenige der Beklagten in I._____, England. Es stellt sich die Frage der internationalen bzw. örtlichen Zuständigkeit. Schweiz und England sind Vertragsparteien des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12). Gemäss Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Person vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht, verklagt werden. Der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist staatsvertraglich autonom auszulegen und bezieht sich auf alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 knüpfen. Unlauterer Wettbewerb gehört zu den Delikten, welche die Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründen. Klagen aus unlauterem Wettbewerb können sowohl am Handlungsort angebracht werden, d.h. am Ort, an dem die Ursache der Schädigung gesetzt wurde, wie auch am Erfolgsort, d.h. am Ort, an dem der Schaden eingetreten ist (vgl. nicht publ. E. 2.1 mit Hinweisen in BGE 132 III 579). Die Klägerin macht geltend, die Internetseite der Beklagten sei vollumfänglich auf die Schweiz ausgerichtet und betreffe das gleiche Marktgebiet wie die Webseite der Klägerin. Das Verhalten der Beklagten wirke sich erheblich marktschädigend auf sie aus. Der Schaden trete somit im Sinne eines Erstschadens unmittelbar bei ihr ein, weshalb das angerufene Kantonsgericht örtlich zuständig sei. Dem ist beizupflichten und wird überdies von der Beklagten nicht bestritten. Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtshofes ist somit gegeben. b) Für Streitigkeiten nach dem UWG ist der II. Zivilappellationshof des Kantonsgerichts als einzige kantonale Gerichtsinstanz zuständig, sofern der Streitwert mehr als CHF 30'000.- beträgt

Kantonsgericht KG Seite 6 von 18 (Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO; Art. 35a Abs. 2 des Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 [JG; SGF 130.1] und Art. 17 Abs. 2 des Reglements für das Kantonsgericht betreffend seine Organisation und seine Arbeitsweise [SGF 131.11]). (Unbezifferte) Klagen auf Feststellung oder Unterlassung unlauteren Wettbewerbs gelten nach der Praxis des Bundesgerichts als vermögensrechtliche Streitigkeiten, zumal von den Betroffenen letztlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden (BGE 142 III 145 E. 6.1). Die Klägerin bringt vor, die in Frage stehenden Handlungen der Beklagten haben erhebliche Auswirkungen auf ihre Marktstellung. Durch die massive Einschränkung ihrer Marktstellung entstünden ihr erhebliche Umsatzeinbussen und Mehrkosten, wie

beispielsweise Marketing- und Salesaufwände. Der Streitwert sei deshalb auf mindestens CHF 30'000.- festzulegen. Die Beklagte bestreitet diesen Streitwert nicht. Sie macht mit ihrem Verhalten die (unbestritten) führende Marktstellung der Klägerin streitig. Angesichts der dabei auf dem Spiele stehenden wirtschaftlichen Interessen darf der Streitwert im vorliegenden Fall als beträchtlich bezeichnet und auf mindestens CHF 30'000.- festgelegt werden. Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtshofes ist gegeben. c) Zu prüfen ist weiter, ob die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Klage vorweisen kann. Die Klägerin verlangt zum einen die Entfernung, der von ihrer Onlineplattform gesperrten und auf der Internetseite der Beklagten veröffentlichten Inserate. Zum anderen verlangt sie, nachdem die Beklagte das von ihr beanstandete Verhalten zum Teil rückgängig gemacht hat, der Beklagten eine Wiederholung zu verbieten. Sie bringt vor, das Spidering sei heutzutage mit (praktisch) keinem Aufwand mehr verbunden. Deshalb wäre es für die Beklagte ein Leichtes, die Inseratedaten der Klägerin wieder mittels Suchrobotern abzusuchen, zu kopieren und auf ihrer Webseite zu publizieren. Es bedürfe lediglich „eines Mausclicks“, damit ihre Inseratedaten wieder vom Suchroboter der Beklagten automatisch herausgefiltert und direkt verwendet werden. Das bisherige Verhalten der Beklagten lasse die Wiederholung bereits früher begangener Verletzungen ernstlich befürchten. Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann nach Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG dem Richter beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten. Das schutzwürdige Interesse kann rechtlicher oder tatsächlicher Art sein (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7276). Ob ein Rechtsschutzanspruch besteht, bestimmt sich nach dem materiellen Recht. Bedarf es zu dessen Durchsetzung gerichtlichen Rechtsschutzes, ist das Rechtsschutzinteresse zu bejahen. Bei Unterlassungsklagen ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h. wenn das Verhalten des Beklagten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (ZÜRCHER in: SUTTER-SOMM ET AL., ZPO Kommentar, 2013, Art. 59 N. 12 f.). Ein Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann sein, dass gleichartige Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben und eine Wiederholung zu befürchten ist. Wiederholungsgefahr kann regelmässig angenommen werden, wenn der Verletzer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bestreitet. Das trifft etwa zu, falls der Verletzer zwar im Hinblick auf den Prozess das beanstandete Verhalten eingestellt hat, in den Rechtsvorträgen aber nach

Kantonsgericht KG Seite 7 von 18 wie vor sein Verhalten als rechtmässig verteidigt (BGE 128 III 96 E. 2e). Hingegen schafft bestrittenes Verhalten an sich noch keine Wiederholungsgefahr, ebenso wenig die im Prozess erfolgte ausdrückliche Klageanerkennung. Will der Verletzer die Vermutung der Wiederholungsgefahr eindeutig umstossen, so ist ihm die Abgabe einer vorbehaltlosen Unterlassungserklärung (sog. Abstandserklärung) zu empfehlen (vgl. Entscheid des Handelsgerichts Aargau vom 8. Mai 2015 E. 10.1, publ. In: sic! 2015 S. 645). Die Klägerin bringt vor, im Schweizer Online-Inseratemarkt aktiv zu sein und ausserordentlich hohe Reichweiten in allen relevanten Zielgruppen zu erzielen. Zur Beibehaltung ihrer Marktposition sei sie weiterhin auf hohe Besucherzahlen (sog. Traffic) angewiesen. Die Akquisition von Inseraten hänge direkt von der Bekanntheit des Online-Portals ab. Ebenso seien die zu realisierenden Werbeeinnahmen massgebend vom Traffic auf dem jeweiligen Online-Portal abhängig. Die

Beklagte schränke durch ihr Verhalten den Traffic auf ihren eigenen (der Klägerin) Onlineplattformen ein und störe dadurch deren Marktstellung. Ihre (der Klägerin) wirtschaftlichen Interessen seien im Kern beeinträchtigt. Hinzu kommt, dass die Beklagte trotz der Aufforderung der Klägerin und Einreichung der Klage, nicht sämtliche gespirderten Inserate von ihrer Internetseite genommen hat. Zur Durchsetzung bedarf es mithin offensichtlich gerichtlichen Rechtsschutz, so dass das Rechtsschutzinteresse in Bezug auf die Beseitigungsklage (Rechtsbegehren 1) zu bejahen ist. In Bezug auf die Unterlassungsklage (Rechtsbegehren 2 und 3) ist folgendes in Erwägung zu ziehen: Sollte die Behauptung der Klägerin, Spidering sei heutzutage mit (praktisch) keinem Aufwand mehr verbunden, zutreffen, wäre es für die Beklagte tatsächlich ein Leichtes, das ihr vorgeworfene Verhalten zu wiederholen. Die Klägerin hat ausserdem vor Klageanhebung, mit Schreiben vom 17. November 2014 der Beklagten angezeigt, dass sie deren Spidering-Aktivitäten als unredliche Verwertung einer fremden Leistung erachte. Zugleich hat sie die Beklagte aufgefordert, jegliches Kopieren und Übernehmen von Inserate-Daten von der Webseite C._____ spätestens ab dem 1. Dezember 2014 zu unterlassen. Im selben Schreiben hat die Klägerin ausserdem die von ihr als unlauter qualifizierte Werbemassnahme abgemahnt. Wie aus den Klagebeilagen (Nr. 13 und 14) ersichtlich wird, leistete die Beklagte diesen Aufforderungen keinerlei Folge. Mit Anhebung der vorliegenden Klage, hat die Beklagte das beanstandete Verhalten zum Teil unterlassen, ohne sich jedoch konkret zu positionieren, bzw. eine Abstandserklärung abzugeben. Somit ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass ernsthaft zu befürchten ist, dass die Beklagte ohne Beurteilung der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens, dieses wiederholen wird. Damit ist der Klägerin das Rechtsschutzinteresse zu zugestehen. Die Frage, ob Spidering heutzutage tatsächlich mit (praktisch) keinem Aufwand mehr verbunden ist, beschlägt sowohl die Eintretensvoraussetzungen wie auch die materielle Begründetheit der Klage und ist demgemäss als doppelrelevante Tatsache erst materiell zu beurteilen (vgl. nicht publizierte E. 2.2 in BGE 132 III 579). Die Klage erfüllt ausserdem die formalen Voraussetzungen. Darauf ist einzutreten.

E. 2

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte suche die Inserate auf ihren Webseiten seit Jahren ab, kopiere diese und integriere diese auf deren eigenen Webseiten. Dieses Verhalten, das sog. Spidering, verstosse gegen Art. 5 lit. c UWG. Nach dieser Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.

Kantonsgericht KG Seite 8 von 18 Die Unlauterkeit der Verwertung fremder Arbeitsergebnisse oder Leistungen wird in Art. 5 lit. c UWG durch die Art und Weise der Übernahme definiert. Die Verwertung fremder Arbeitsergebnisse ist unter den Voraussetzungen verboten, dass das Ergebnis marktreif ist und es als solches übernommen sowie verwertet wird, wobei die Übernahme durch ein technisches Reproduktionsverfahren erfolgt und zwar ohne angemessenen eigenen Aufwand. Erfasst wird ein Verhalten, das darauf abzielt, das Produkt eines Konkurrenten nicht nur nachzumachen oder die Herstellung aufgrund anderweitiger Erkenntnisse nachzuvollziehen, sondern das Erzeugnis ohne eigenen Erarbeitungsaufwand zu übernehmen, wobei die einzelnen Tatbestandselemente den Anwendungsbereich der Norm eng begrenzen. Mit dem wettbewerbsrechtlichen Tatbestand sollte keinerlei Schutz für eine neue Kategorie von

Rechtsgütern geschaffen, sondern nur ein bestimmtes Verhalten als unlauter qualifiziert werden (BGE 131 III 384 E. 4.1 mit Hinweisen). a) Als marktreifes Arbeitsergebnis im Sinne von Art. 5 lit. c UWG ist ein Produkt zu verstehen, das ohne weiteres Zutun gewerblich verwertet werden kann. Es muss ein materialisiertes Ergebnis vorliegen, das als solches durch ein technisches Verfahren reproduziert werden kann. Dieses muss selbständig am Markt verwertbar sein, wobei es aber nicht einzeln angeboten zu werden braucht (BGE 131 III 384 E. 4.2). In dem genannten Urteil hatte das Bundesgericht einen Fall von Spidering von Immobilienplattformen zu beurteilen und kam zum Schluss, dass die einzelnen Inserate für sich genommen aus Sicht des Benutzers kaum von Interesse sind, wenn er sich einen Überblick über den seinen Bedürfnissen entsprechenden Markt verschaffen und aus einzelnen Angeboten eine Wahl treffen will. Die einzelnen Inserate bilden daher für sich genommen nur Teile des Arbeitsergebnisses, die immerhin selbständig (insbesondere als Teile eines anderen Angebots) am Markt verwertbar sind und somit als marktreifes Arbeitsergebnis i.S. der Bestimmung zu qualifizieren sind. Die auf der Onlineplattform der Klägerin aufgeschalteten (Klein-)Inserate jeglichen Inhalts von privaten und professionellen Anbietern sind mit solchen Immobilieninseraten ohne weiteres vergleichbar, so dass sie als marktreife Arbeits(teil-)ergebnisse zu qualifizieren sind. b) Das marktreife Arbeitsergebnis muss nach Art. 5 lit. c UWG "unmittelbar übernommen und verwertet" werden. Im BGE 131 III 384 stellte das Bundesgericht fest, dass die Frage, ob die Verwertung ebenfalls „unmittelbar“ erfolgen muss, in der Lehre umstritten sei, wobei der französische Wortlaut von Art. 5 lit. c UWG eher dafür, der italienische eher dagegen spreche. In Anbetracht des Willens des Gesetzgebers, nach welchem der Tatbestand auf die typischen Fälle parasitären Wettbewerbs mit den Mitteln technischer Reproduktionsverfahren beschränkt werden sollte, bedürfte es – im Sinne des französischen Wortlauts der Norm – auch der unmittelbaren Verwertung. Dies schliesse jedoch nicht aus, Umgehungen durch geringfügige Änderungen noch als unmittelbare Verwertung zu betrachten. Massgebend sei für die Unlauterkeit des Verhaltens nach Art. 5 lit. c UWG, dass weder bei der Übernahme des fremden Arbeitsergebnisses durch technische Reproduktion noch bei der Verwertung ein angemessener eigener Aufwand betrieben werde (vgl. E. 4.3). Die Angemessenheit des Aufwands des Übernehmers im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c UWG erlaubt nach der bundesrätlichen Botschaft, den ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil des Zweitbewerbers abzuwägen; dazu sei einerseits die Leistung des Erstkonkurrenten mit derjenigen des Zweitbewerbers und andererseits die Leistung des Zweitbewerbers mit seinem hypothetischen Aufwand bei Nachvollzug der einzelnen Produktionsschritte zu vergleichen (vgl. BGE 131 III 384 E. 4.4.1).

Kantonsgericht KG Seite 9 von 18 aa) Gemäss dem bundesgerichtlichen Leiturtel kann bei der Bemessung der Leistung des Erstkonkurrenten (hier der Klägerin) allein der für die erstmalige Herstellung der Daten objektiv erforderliche Aufwand massgebend sein. Weder der reine Brutto-Betrag für Werbung und Akquisition noch der tatsächlich von der Erstkonkurrentin betriebene Aufwand würden zur vergleichsweisen Beurteilung der Angemessenheit des Aufwands ausreichen. Wie allerdings der massgebende Aufwand konkret festzustellen wäre, konnte in diesem Urteil offen bleiben, nachdem die Erstkonkurrentinnen dazu im kantonalen Verfahren keine substantiierten Behauptungen vorgebracht hatten (vgl. BGE 131 III 384 E. 4.4). Mit Verweis auf die Botschaft zum UWG hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass das Kriterium des angemessenen Aufwands auch die Berücksichtigung der Amortisierung des Aufwandes des Erstkonkurrenten für die Schaffung des übernommenen Produkts ermöglicht (E. 4.4.1). Nach BAUDENBACHER ist

auf der Seite des Erstbewerbers auf den Gesamtaufwand für die Herstellung der übernommenen Arbeitsergebnisse abzustellen. Lediglich allgemeine Forschungskosten und allgemeine Betriebskosten sind nicht berücksichtigungsfähig (Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2001, Art. 5, N. 54). Auch PEDRAZZINI/PEDRAZZINI sind der Meinung, dass es sich nur um denjenigen gesamten Aufwand handeln kann, welchen der Erstbewerber erbracht hat, um sein Produkt zur Marktreife zu bringen. Hierunter fallen insbesondere die Kosten für die Entwicklung und Produktion des Arbeitsergebnisses, inklusive der aufgewendeten Kosten für Drittleistungen oder allfällige Lizenzgebühren. Nicht zu berücksichtigen sei jedoch der in zeitlicher Hinsicht unnötig erbrachte Aufwand (Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl., 2002, S. 198, N. 9.33) Die Klägerin beschäftigt für die Kleinanzeigepattform C._____ Mitarbeitende, die insgesamt ein Pensum von 29.6 FTE (Full-time Equivalent/Vollzeitäquivalenz) erbringen. Davon werden für Product Management, Software Entwicklung, IT-Betrieb und Fraud Management 15.8 FTE eingesetzt. 5.7 FTE kümmern sich um das Marketing von C._____. Für die Kundenbetreuung werden 1.8 FTE eingesetzt und der Vertrieb und die Werbevermarktung werden durch 4.4 FTE sichergestellt. Die Klägerin hat ihre Kosten, einerseits mit direktem Zusammenhang mit der Inserateherstellung, andererseits mit indirektem Zusammenhang (d.h. namentlich interne Weiterbelastungen von Aufwänden für die Datenhaltung und –analyse, Administrationsaufwände [HR, Finanzen, Revision, etc.], Kosten für die Werbevermarktung und einige nicht in direktem Zusammenhang mit den Inseraten stehende Marketingaufwände), sowohl insgesamt und pro Jahr sowie auch pro Inserat dem hiesigen Hof offengelegt. Sie verlangt, der Beklagten die Einsicht in die Beweismittel zu ihrer Finanzsituation zur Wahrung ihres Geschäftsgeheimnisses und in Anwendung von Art. 53 Abs. 2 ZPO zu verweigern. Diesem Antrag ist ohne weiteres statt zu geben, zumal die Beklagte ihrerseits ihren Aufwand weder dargelegt noch beziffert hat und ein konkreter Vergleich somit von vornherein ausgeschlossen ist. Die Klägerin bringt weiter vor, im Einzelnen seien sieben Produktionsschritte für das Betreiben ihrer Webseite nötig. Zunächst seien die Inserateaufträge zu aquirieren. Dies geschehe für Inserate, die direkt auf C._____ erfasst würden, über verschiedene Kanäle, d.h. über Online-Massnahmen (Suchmaschinenoptimierung, Suchmaschinenwerbung, Displaywerbung, Social-Media-Kanäle, Online-Partnerschaften, Content-Marketing, etc.) und Offline-Massnahmen (TV-Werbung, Printinserate, Plakate, etc.). Sei der potentielle Inserent gewonnen, müsse ihm ein Erfassungsprozess auf unterschiedlichen Kanälen (über PC/Laptops sowie mobile Geräte

Kantonsgericht KG Seite 10 von 18 [Smartphone und Tablet]) zur Verfügung gestellt werden und anschliessend die Anzeigen auf Echtheit überprüft werden (automatisch). Im Fall von Inseraten, die von internen oder externen Partner zur Verfügung gestellt werden, sei die Basis die Partnergewinnung und –betreuung sowie die Einrichtung der Schnittstellen. Während der Partnerschaft bedürfe es auch eines regelmässigen Austauschs von Änderungen an den jeweiligen Datenstrukturen. In einem zweiten Schritt müssen die Inseratedaten entgegengenommen werden und alsdann (3. Schritt) in eine im Internet publizierbare Form gebracht werden. Insbesondere die immer grösser werdenden Bilddateien müssen in internettaugliche Bilder transformiert werden, was performante Systeme (Hard- und Software) nötig mache. Ausserdem würden die Adressen georeferenziert, so dass sie auf einer Karte dargestellt werden können. Für den vierten Schritt (Publikation im Internet) sei die Klägerin angehalten, eine klassische Desktop-Seite, eine Webseite für mobile Geräte und auch Apps für die beiden gängigsten Betriebssystemen

von mobilen Geräten bereitzustellen. Damit die Anzeigen gefunden würden, brauche es entsprechende Suchfunktionalitäten. Weiter würden die aufgeschalteten Inserate in einem fünften Schritt gewartet werden müssen. Betrug durch Veränderung müsse durch regelmässige Prüfung verhindert werden. Hierzu müsse verhindert werden, dass Passwörter durch Phishing oder ähnliche kriminelle Handlungen abgefangen und missbräuchlich genutzt würden, sofern wie sie es tue, Kundenaccounts angeboten werden. Weiter müssen die Kunden betreut werden, d.h. Beanstandungen, Fragen und Anregungen entgegen genommen werden. Schliesslich brauche es eine Werbevermarktung von C._____.

Dieser letzte Schritt spiele im Inseratemarkt eine herausragende Rolle. Durch die Werbung können Bekanntheit und damit auch Inserateanzahl und Besuche auf der Online-Plattform gesteigert werden. Schliesslich wendet die Klägerin ein, die Anwendung der Kostenamortisationstheorie sei für den vorliegenden Fall nicht geeignet. Zwar stelle sie die Inserate unentgeltlich zur Verfügung. Sie sei aber auf diese Unentgeltlichkeit für ihr weiteres wirtschaftliches Fortkommen gerade angewiesen. Nur infolge der Bekanntheit der unentgeltlich aufgeschalteten Inserate können weitere Inserate akquiriert werden. Ohne Inserate habe sie keine Besucher und ohne Besucher keine Inserate. Ausserdem liege überhaupt keine Kostenamortisation vor. Die Werbeeinnahmen seien eng mit der Anzahl aufgeschalteten Inserate verknüpft. Darüber hinaus weise der Geschäftsbereich nach wie vor einen Verlust aus. Auch buchhalterisch liege somit keine Kostenamortisation vor. Das Bundesgericht hat sich dafür ausgesprochen, dass zur Bestimmung des Aufwandes des Erstbewerbers das Ausmass der Amortisation seiner Entwicklungskosten zu berücksichtigen sei. Damit ist ein Missverhältnis zwischen dem Aufwand des Erstkonkurrenten und dem Aufwand des Übernehmers zu verneinen, wenn der Erstkonkurrent seine Kosten zum Zeitpunkt der Übernahme bereits amortisiert hat (BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in: JUNG/SPITZ, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2010, Art. 5, N. 30 mit Hinweisen). Vorliegend stellt die Klägerin ihre Inserate unentgeltlich zur Verfügung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Herstellungskosten im Zeitpunkt der Übernahme bereits amortisiert wären. Da die Inserate keine eigenen Erträge abwerfen (dürfen), kann eine eigentliche Kostenamortisation überhaupt nicht stattfinden. Die Klägerin legt jedoch glaubhaft dar, dass sie die Kosten über Nebenprodukte, insbesondere durch Mehrwertleistungen im Bereich der Kleinanzeigen, durch den Verkauf von Werbung sowie durch Kooperationserlöse zu decken versucht, das Geschäft aber insgesamt noch immer nicht kostendeckend ist. bb) Auf Seiten des Übernehmers ist nach herrschender Lehre der gesamte Aufwand für die Reproduktion, allfällige Weiterentwicklung und Variation zu berücksichtigen. Zu diesen Aufwendungen gehört namentlich die Programmierung des Systems zur Übernahme der Daten

Kantonsgericht KG Seite 11 von 18 aus den fremden Beständen sowie zu deren Aufbereitung, namentlich wenn das übernommene Arbeitsergebnis zunächst in dessen Bestandteile zerlegt und danach wieder neu zusammengesetzt werden muss (BGE 131 III 384 E. 4.4.2 mit Hinweisen). Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall hatte die Vorinstanz festgestellt, dass für den installierten Such-Spider ständige Kontrollen und Anpassungen des Programms nötig seien. Der Schluss der Vorinstanz, dass dieser Aufwand für die Übernahme und Verwertung der Inserate als solcher nicht so unangemessen gering sei, dass eine unmittelbare Übernahme und Verwertung vorliege, sei bundesrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGE 131 III 384 E. 4.4.2). Die Klägerin bringt vor, der Aufwand der Beklagten zur Übernahme der Inserate sei nicht angemessen. Die Entwicklung des Spiderings dürfe als „enorm“ bezeichnet werden. Im Zeitpunkt des Bundesgerichtsurteils

(Februar 2005) sei dies eine sehr komplizierte Aufgabe gewesen, die IT- Spezialisten vorbehalten gewesen sei. Heute hingegen habe sich das Spidering zu einer leichten Aufgabe für jedermann hin entwickelt. Zur Untermauerung ihrer Behauptung reichte sie ein Privatgutachten von Prof. Dr. Emmanuel Benoist, Professor für Web Security und Privacy an der Berner Fachhochschule ein und beantragt im Bestreitungsfall die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens. Folgende Erkenntnisse seien dem Gutachten zu entnehmen: - Im Jahr 2005 war für das Spidering ein Team von Entwicklern notwendig, das ein Programm für ad-hoc Lösungen zu programmieren hatte. Für das Spidering wurde ein sogenannter „Webcrawler“ oder auch „Spider“ verwendet. Dabei handelt es sich um ein Computerprogramm, das automatisch das World Wide Web durchsucht. Um die heruntergeladenen Daten verwenden zu können, musste das Entwicklerteam die Struktur der Informationen analysieren und einen sogenannten „Parser“, d.h. ein Computerprogramm, das in der Informatik für die Zerlegung und Umwandlung einer beliebigen Eingabe in ein für die Weiterverarbeitung brauchbares Format zuständig ist, entwickeln. Dieser „Parser“ transformierte HTML-Daten in Informationen auf einer Datenbank. Erst dann konnten die aus dem Internet gewonnen[en] Daten verwendet werden. - Heutzutage ist einfache vorprogrammierte Software verfügbar, die es jeder Person ermöglicht, Daten von einer Webseite herunterzuladen. Die Konfiguration der Software erfolgt über eine grafische Benutzeroberfläche, die einfach zu handhaben ist. Im Gegensatz zu früheren zu programmierenden Spidern kann die Software den Aufbau der Webseite erlernen. Die Daten werden anschliessend automatisch herausgefiltert und können direkt verwendet werden. Programmierungen sind nicht mehr notwendig. Beispiele für neuzeitliche Spiders finden sich auf <https://www.import.io> sowie <https://www.webharvy.com/>. Privatgutachten ist nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen. Allerdings ist zu beachten, dass nur Tatsachen bewiesen werden müssen, die ausdrücklich bestritten sind. Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.6). Vorliegend hat die Beklagte diese Tatsachenbehauptungen der Klägerin nicht bestritten. Sie hat es zudem unterlassen, ihren eigenen Aufwand zur Übernahme der Inserate (substantiiert) darzulegen. Das Gericht kann nach Art. 153 Abs. 2 ZPO von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen.

Kantonsgericht KG Seite 12 von 18 Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Das Gutachten ist schlüssig und glaubhaft. Die konkret genannten Internetseiten von denen Spider für sehr wenig bis keinem Geld (USD 0.- - USD 799.- pro Monat; vgl. www.import.io; Stand 29.06.2016) heruntergeladen werden können, veranschaulichen ausserdem das Erklärte. Bestehen an der Richtigkeit der Tatsachen bezüglich Entwicklung und insbesondere der heutzutage existierenden vorprogrammierten und lernfähigen Spidern keine erhebliche Zweifel, erübrigt es sich im vorliegenden Fall ein gerichtliches Gutachten in Auftrag zu geben. Es gilt somit als erstellt, dass heutzutage weder eine eigentliche Programmierung des Systems zur Übernahme der Daten vorzunehmen ist, noch dass die kopierten Daten vor der Verwendung aufbereitet werden müssen. Die Software ist lediglich noch über eine einfache graphische Benutzeroberfläche zu konfigurieren. Den Aufbau der Webseite kann die Software selber erlernen. Daraus ist zu schliessen, dass heutzutage das Spidering mit nur noch einem unbedeutend grösseren Aufwand als einen herkömmlichen Scan- oder

Kopiervorgang verbunden ist. Die Beklagte macht nicht geltend, sie hätte noch andere, von der Klägerin nicht angesprochene Aufwendungen. In Bezug auf das Kriterium der unmittelbaren Verwertung bringt die Klägerin sodann vor, die Rechtsprechung des Bundesgerichts sei von namhaften Autoren richtigerweise kritisiert worden. Nur der Aufwand für die Übernahme und Einbringung in eine verwertbare Form, nicht aber der darüber hinausgehende Aufwand für die Erstellung eines weitergehenden Arbeitsergebnisses dürfe berücksichtigt werden. Andernfalls stünde dem Übernehmer die Möglichkeit offen, sich besonders ungeschickt anzustellen oder ein besonders aufwändiges Produkt zu produzieren, um eine unlautere in eine zulässige Handlung zu wandeln. Gemäss Botschaft zum UWG habe der Gesetzgeber denn auch nur die Leistung des Zweitbewerbers bei Übernahme durch technische Reproduktionsverfahren berücksichtigt sehen wollen. Schliesslich bemerkt sie, dass Art. 5 lit. c UWG auch zum Tragen komme, wenn der Zweitbewerber ein übernommenes Computerprogramm abändere, ergänze, verbessere oder sonst verändere. Die Beklagte legt ihren Aufwand zur Verwertung nicht dar. Aus den von der Klägerin eingereichten Screenshots der Webseite der Beklagten ist ersichtlich, dass sie die von der Internetseite der Klägerin entnommenen Inserate vorwiegend unverändert verwertet und nur hier und da sehr geringfügig geändert hat. Zum Beispiel hat der C._____ Nutzer „J._____“ auf D._____ den Nutzernamen „kkk“ bekommen. Die Nummer entspricht der bei C._____ hinterlegte Telefonnummer (vgl. KB 14 1/5). Die von der Beklagten vorgenommene Verwertung ist somit als unmittelbar zu qualifizieren, ohne dass zu prüfen wäre, ob es zur Erfüllung des Tatbestandes tatsächlich einer unmittelbaren Verwertung bedarf. Aufgrund des Gesagten ist der hiesige Gerichtshof davon überzeugt, dass in diesem ersten Vergleich die Beklagte die Inserate der Klägerin ohne angemessenen Aufwand übernimmt und verwertet. cc) Beim zweiten Vergleich, d.h. bei der Gegenüberstellung des Aufwands des Zweitbewerbers mit dem hypothetischen Aufwand bei Nachvollzug der einzelnen Produktionsschritten, kommt es massgebend darauf an, was der Zweitbewerber durch die unmittelbare Übernahme eingespart hat. Dabei können die Kosten des Erstbewerbers für die Herstellung des Produkts zwar ein Indiz für die Kosten des unterlassenen autonomen Nachvollzugs sein. Gegebenenfalls sind jedoch neue Erkenntnisse zur kostengünstigeren Herstellung zu berücksichtigen und eventuell beim Ersthersteller bestehende Effizienzverluste zu

Kantonsgericht KG Seite 13 von 18 korrigieren. Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz soll nicht durch die Schlampigkeit des Erstbewerbers erweitert werden (BAUDENBACHER, Art. 5 N 55). Aus der vorstehenden Erwägung 2 b aa geht hervor, dass die Klägerin zur Betreibung der Inserateplattform insgesamt sieben Schritte vollzieht. Durch das Spidering erspart sich die Beklagte die ersten drei Schritte, d.h. die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Akquisition der Inserate, deren Entgegennahme sowie deren Formatierung. Auch wenn hier ein konkreter Vergleich mangels von der Beklagten ins Recht gelegten Zahlen wieder nicht vorgenommen werden kann, ist der hiesige Gerichtshof überzeugt, dass der Aufwand der Beklagten bei Einsparung der ersten drei von insgesamt sieben Produktionsschritten unangemessen geringer ist als derjenige der Klägerin. c) Art. 5 lit. c UWG fordert schliesslich die Übernahme durch ein technisches Reproduktionsverfahren. Dieses Erfordernis hängt eng mit der Voraussetzung des fehlenden angemessenen eigenen Aufwandes zusammen. Gemeint sind somit Kopierverfahren, die es dem Nachahmer ersparen, die ansonsten auch zur Herstellung einer Kopie erforderlichen Schritte zu durchlaufen und dadurch seinen Aufwand als unangemessen gering erscheinen lassen. Beispiele sind etwa das Fotokopieren,

Nachpressen, Nachgiessen, Überspielen und Scannen. Welche Kopiermethode unter den Begriff zu fassen ist, wurde vom Gesetzgeber angesichts der technologischen Entwicklung offengelassen und ist jeweils eine Ermessensfrage. Nur die unmittelbare, am Original eines fremden Arbeitsergebnisses anknüpfende Kopiermethode, welche die identische Übernahme ermöglicht, wird von Art. 5 lit. c erfasst (vgl. BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 5, S. 598 N. 32 f.). Hiervor (vgl. E. 2 b bb) wurde bereits festgestellt, dass es das Spidering heutzutage erlaubt, Daten ohne eigentliche Programmierung des Systems von fremden Webseiten tel quel zu übernehmen und dass sich der Zweitkonkurrent damit verschiedene Herstellungsschritte erspart. Das Spidering ist damit durchaus mit einem herkömmlichen Scan- oder Kopiervorgang vergleichbar, so dass ohne weiteren Ausführungen von einem technischen Reproduktionsverfahren auszugehen ist. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 lit. c UWG sind erfüllt. Das Verhalten der Beklagten (Spidering der Online-Inserate der Klägerin) ist mithin als unlauter zu qualifizieren. Somit ist in Gutheissung der Klage die Beklagte gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG einerseits zu verpflichten, die gespideren Inserate aus dem Internet zu beseitigen und andererseits ist es ihr aufgrund der drohenden Wiederholungsgefahr (vgl. E. 1 c hiervor) zu verbieten, direkt oder indirekt die von der Klägerin registrierten Domain-Namen (URL) zu spidern und auf eigene Rechner insbesondere auf ihre Webseite D._____ und/oder Unteradressen zu übertragen und dort zugänglich zu machen. d) Die Klägerin verlangt schliesslich, diese Massnahmen seien mit der Androhung der Straffolge von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbinden. Gemäss Art. 292 StGB wird wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Juristische Personen sind nicht deliktstfähig. Sie können einzig strafrechtlich verfolgt werden, wenn ein Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Gegen juristische Personen darf daher keine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht werden. Die Strafanndrohung muss sich an die zuständigen Organe bzw. Vertreter richten (Urteil des Bundesgerichts 6B_280/2010 vom 20. Mai 2010 E. 3.1).

Kantonsgericht KG Seite 14 von 18 Der Beklagten kann somit eine Bestrafung nach Art. 292 StGB nicht angedroht werden. Wer die zuständigen Organe bzw. Vertreter sind, wird von der Klägerin weder in den Rechtsbegehren, noch in der Begründung präzisiert. Auf diesen Antrag kann mithin nicht eingetreten werden.

E. 3

a) Die Klägerin bringt schliesslich vor, der von der Beklagten benutzten Werbespruch „Wir haben mehr Inserate als C._____! Nummer 1 in der Schweiz“ sei eine unlautere Werbemassnahme nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG. Zum einen sei die vergleichende Werbung unrichtig. Auf ihrer Webseite D._____ mache sie geltend, über 5'418'412 Inserate zu verfügen. Sie selber konnte am 19. August 2015 781'555 Inserate aufschalten. Die enorme Anzahl von Inseraten der Beklagten sei nur darauf zurückzuführen, dass diese alte, nicht mehr aktuelle Inserate über mehrere Wochen oder gar Monate auf der Webseite belässt, während solche Inserate auf ihrer Webseite rasch entfernt würden. Der Beweis der Richtigkeit der Aussage sei von der Beklagten zu erbringen. Zum anderen sei der Vergleich irreführend. Indem die Beklagte geltend mache, „mehr Inserate als C._____!“ zu haben, erwecke sie den Eindruck, aus eigenen Kräften über mehr Inserate als C._____ zu verfügen. Dass die meisten Inserate jedoch gespider seien, verschweige sie. Eine Quellenangabe über die „wahre“ Herkunft fehle auf ihrer Webseite. Durch den

Werbeprosch vermittele die Beklagte den Eindruck, einen eigenen Kleininseratemarkt zu bilden. Der Vergleich der Beklagten habe einen direkten Einfluss auf die Attraktivität ihre Webseite. Der Inseratemarkt lebe von der Anzahl Inserate und dem dadurch verbundenen Traffic. Beanspruche die Beklagte auf unrichtige und irreführende Weise für sich, mehr Kleinanzeigen als sie zu besitzen, konsultiere der Internetbenutzer logischerweise zuerst dasjenige Portal, das einen Überblick über die grösste Anzahl von Inseraten biete. b) Nach Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG handelt unlauter, wer sich, seine Waren, Werke, Leistungen oder deren Preise in unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen vergleicht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt. Die Veröffentlichung vergleichender Angaben ist in der Schweiz seit jeher grundsätzlich zulässig. Die konkrete Auseinandersetzung mit den von verschiedenen Wettbewerbsteilnehmern angebotenen Waren oder Dienstleistungen dient der Information des Konsumenten und ermöglicht es ihm, die für ihn günstigste Wahl zu treffen. Vergleichende Werbung darf jedoch nicht schrankenlos betrieben werden (BGE 132 III 414 E. 4.2.1). Grundsätzlich lassen sich nur gleichartige Waren oder Dienstleistungen vergleichen, wobei wiederum nur Produkte gleicher Qualität und Quantität vergleichbar sind (BGE 104 II 133). An diese Voraussetzungen ist ein strenger Massstab zu legen, da sonst Missbräuchen Tür und Tor geöffnet wäre (BGE 129 III 426). Unrichtig ist ein Vergleich, der auf unzutreffenden Angaben beruht, d.h. wenn die vergleichenden Waren oder Leistungen nicht vergleichsfähig sind, wenn der Bezugnahme nicht identische oder zumindest nicht vergleichbare – im System- oder Warenvergleich nicht austauschbare oder vertretbare – Elemente zugrunde gelegt werden, wenn die Angaben den Tatsachen, wie sie das Publikum versteht, nicht entsprechen oder wenn die Bezugnahme fälschlicherweise als umfassend und abschliessend dargestellt wird (BGE 132 III 414 E. 4.2.1; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., 2012, S. 91); irreführend kann ein Vergleich hingegen auch dann sein, wenn er sich auf wahre Angaben stützt, diese jedoch ungenau, unwesentlich oder unvollständig und deshalb geeignet sind, bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums falsche Vorstellungen hervorzurufen. Eine derartige Irreführungsgefahr kann sich unter anderem ergeben, wenn mit unwesentlichen Vergleichsfaktoren operiert, wesentliche Tatsachen dagegen verschwiegen werden. Zu beachten ist insbesondere, dass nur wirklich Vergleichbares miteinander

Kantonsgericht KG Seite 15 von 18 in Beziehung gebracht werden darf (BGE 132 III 414 E. 4.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_647/2014 vom 15. April 2015 E. 2.3.1). Massgebend dafür, ob von einer täuschenden oder irreführenden Angabe ausgegangen werden kann, ist das objektive Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit. Für die Erfüllung des Tatbestands ist erforderlich und hinreichend, dass sich eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten täuschen lässt bzw. einem Irrtum verfällt. Die Gefahr der Täuschung bzw. Irreführung genügt (Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2015 vom 12. April 2016 E. 2.1 f.). Wettbewerbsrechtlich erheblich sind vergleichende Äusserungen allerdings - auch wenn sie unrichtig oder irreführend sind - nur, sofern und soweit sie das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern in der Tat beeinflussen können (vgl. Art. 2 UWG), was voraussetzt, dass sie geeignet sind, sich auf das Marktverhalten der massgebende Verkehrskreise auszuwirken (Urteil des Bundesgerichts 4A_647/2014 vom 15. April 2015 E. 2.3.1). Die Superlativwerbung stellt ebenfalls eine Art der vergleichenden Werbung dar. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass

darin immer ein Vergleich mit den Leistungen der gesamten Konkurrenz enthalten ist. Enthält diese Werbung konkrete und objektiv verifizierbare Aussagen, ist Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG anwendbar. Die Aussagen müssen somit korrekt sein (vgl. BGE 132 III 414 E. 4.2.1). Nach dem allgemeinen Grundsatz *negativa non sunt probanda* (Art. 8 ZGB) kann es dem Beklagten obliegen, die Richtigkeit der in seiner Werbung aufgestellten Behauptungen zu beweisen, andernfalls von der Unrichtigkeit und damit der Unlauterkeit der Aussage auszugehen ist (OETIKER, in: JUNG/SPITZ, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Art. 3 lit. e UWG N. 64). Insbesondere für die Wahrheit von Alleinstellungsbehauptungen ist der Werbende verantwortlich und im Bestreitungsfall beweispflichtig (BAUDENBACHER/GLÖCKNER in: BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2001, Art. 3 lit. e, S. 488, N. 56). Gemäss Art. 13a UWG kann der Richter vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint c) Die Beklagte behauptet in ihrer Werbung, sie habe „mehr Inserate als C. _____! Nummer 1 in der Schweiz“. Dadurch gibt sie dem Durchschnittskonsumenten zu verstehen, dass sie mehr Inserate als der beste Konkurrent in der Schweiz habe, d.h. mehr als alle anderen Anbieter. Damit stellt ihre Werbung eine vergleichende und insbesondere eine Superlativwerbung dar. Der Beweis, dass sie tatsächlich mehr Inserate als C. _____ veröffentlicht, liegt mithin bei der Beklagten. Aus der Klagebeilage (KB 14, 22) geht hervor, dass einige Inserate, die in der Zwischenzeit abgelaufen und von der Internetseite der Klägerin gelöscht worden sind, von der Beklagten übernommen worden sind und bis zu mehreren Wochen nach der Löschung auf C. _____ auf der Internetseite der Beklagten noch als gültiges Inserat aufgeschaltet waren. Die Klägerin bringt vor, auf ihrer Webseite befänden sich keine seit einiger Zeit abgelaufene Inserate. Solche würden rasch unzugänglich gemacht. Dies wird von der Beklagten nicht bestritten und erscheint nicht zum vornherein als falsch, so dass davon auszugehen ist. Die Beklagte vergleicht somit ihre Anzahl Inserate, die aus aktuellen und abgelaufenen besteht, mit der Anzahl aktuellen Inseraten der Klägerin. Damit vergleicht sie jedoch zwei Leistungen, die

Kantonsgericht KG Seite 16 von 18 nicht als gleichwertig bezeichnet werden können. Ihr Vergleich muss als unwahr qualifiziert werden. Zudem besteht nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein hohes Risiko, dass der Durchschnittskonsument davon ausgeht, dass hinter einem Inserat auch tatsächlich ein Angebot steht. Nur solche Inserate können (potentiell) tatsächlich von Interesse sein. Bei der Beklagten wird er aber auch auf Inserate stossen, hinter denen gar kein Angebot mehr steht. Es obläge der Beklagten zu beweisen, dass sie tatsächlich mehr Inserate (i.S.v. tatsächlichen Angeboten) als alle anderen, insbesondere aber als die Klägerin aufgeschaltet hat. Dieser Obliegenheit kommt sie jedoch nicht nach. Die Werbemassnahme erscheint damit als irreführend. Auch als eine lautere Marktschreierei kann die Werbung offensichtlich nicht qualifiziert werden. Dafür müsste sie vom Durchschnittspublikum erkennbar als nicht ernsthaft wahrgenommen werden (vgl. Entscheid des Handelsgerichts Aargau vom 8. Mai 2015, E. 12.1.3, publ. in: sic! 2015 S. 645). Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall, da wie bereits ausgeführt, der Durchschnittskonsument tatsächlich davon ausgehen dürfte, dass die Beklagte über mehr tatsächliche Angebote als die Klägerin verfügt. Schliesslich gilt es festzustellen, dass das Verhalten der Beklagten die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin sehr wohl beeinträchtigt, zumal mit der Klägerin davon auszugehen ist, dass sich Konsumenten

möglichst rasch einen Gesamtüberblick über das in Frage stehende Angebot verschaffen wollen und deshalb zunächst das (vermeindlich) umfassendste Onlineportal der Beklagten und nicht mehr dasjenige der Klägerin konsultieren. Dadurch verliert diese an Ansehen, gehen Besucherzahlen zurück und sinken die (Werbe-)einnahmen. Daraus folgt, dass die Werbemassnahme der Beklagten als unlauter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zu qualifizieren ist. Aufgrund der drohenden Wiederholungsgefahr (vgl. E. 1 c hiervor) ist die Klage in diesem Punkt gutzuheissen. Der Beklagten ist es gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG zu verbieten, den gebrauchten Werbespruch zukünftig auf der Webseite D._____ und/oder Unteradressen sowie auf der Webseite E._____ zu verwenden. d) Auch hier verlangt die Klägerin, diese Massnahme unter der Straffandrohung von Art. 292 StGB anzuordnen. Aus den in Erwägung 2d ausgeführten Gründen, kann auch auf diesen Antrag nicht eingetreten werden.

E. 4

Gemäss Art. 106 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Die Klage wurde gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden konnte; sie wurde mithin teilweise gutgeheissen. Die Hauptpunkte betreffend unlauteren Wettbewerb sind alle gutzuheissen. Lediglich auf den Antrag, die Anordnungen mit der Straffandrohung von Art. 292 StGB zu verbinden – einem Nebenpunkt - kann nicht eingetreten werden. Diesem Ausgang entsprechend rechtfertigt es sich 9/10 der Prozesskosten der Beklagten und 1/10 der Klägerin aufzuerlegen. a) Die Gerichtskosten werden global auf CHF 8'000.- festgelegt. Gemäss Art. 111 ZPO werden sie mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in derselben Höhe verrechnet (Abs. 1). Die Beklagte hat der Klägerin 9/10 davon, d.h. 7'200.-, zu ersetzen (Abs. 2).

Kantonsgericht KG Seite 17 von 18 b) Die Klägerin beantragt eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 78'755.65. Sie macht einen Aufwand von insgesamt 97.5 Stunden und einen aufgrund eines auf 1.7 Mio. bezifferten Streitwert um 193.5% auf CHF 483.75 erhöhten Stundentarif, ausmachend CHF 47'165.65 für Honorar, geltend. Hinzu kommen die Auslagen in der Höhe von 5% der Grundentschädigung (97.5 Std. x CHF 250.- x 5%), d.h. CHF 1'218.75, die Reiseentschädigung von CHF 162.50 (2 x 32.5 km zu CHF 2.50) sowie 8% MwSt von CHF 5'833.75. Die geltend gemachte Parteientschädigung erscheint in Anbetracht der vorliegenden Angelegenheit nicht offensichtlich überrissen und wird von der Gegenpartei auch nicht bestritten, so dass der Betrag auf CHF 78'755.65 (inkl. MwSt) festgesetzt wird. Die Beklagte hat der Klägerin 9/10 davon zu bezahlen, d.h. CHF 70'880.10. c) Die Beklagte macht keine Parteientschädigung geltend. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird eine Parteientschädigung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag festgesetzt (vgl. BGE 139 III 334 E. 4.3). Mithin ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Hof erkennt: I. Die Klage wird teilweise gutgeheissen. II. Die B._____ wird verpflichtet, die von ihr automatisiert, namentlich mittels sog. „Suchrobotern“, „Spidern“, „Crawler“ etc., von der Website C._____ und/oder Unteradressen der A._____ AG übernommenen und auf ihrer eigenen Website veröffentlichten Inseratedaten von Kleinanzeigeninseraten (Text, Bilder, Pläne, Logos) aus dem Internet zu entfernen, insbesondere aus der Webseite D._____ und/oder Unteradressen. III. Der B._____ wird verboten, direkt oder indirekt die von der A._____ AG registrierten Domain-Namen (URL) automatisiert, namentlich mittels sog.

„Suchrobotern“, „Spidern“, „Crawler“ etc. anzuwählen, systematisch (Inserate-)Daten (Text, Bilder, Pläne, Logos) von diesen Rechnern zu kopieren, auf eigene Rechner insbesondere auf ihre Webseite D. _____ und/oder Unteradressen zu übertragen und dort zugänglich zu machen. IV. Der B. _____ wird verboten, den Werbespruch „Wir haben mehr Inserate als C. _____! Nummer 1 in der Schweiz“ sowie die französische Version des Werbespruchs „A plus d’annonce que C. _____! Numéro 1 en Suisse“ auf der Webseite D. _____ und/oder Unteradressen sowie auf der Webseite E. _____ zu verwenden. V. Auf den Antrag, die Massnahmen (Ziff. II. – IV) seien im Widerhandlungsfall mit der Androhung der Straffolge von Art. 292 StGB zu verbinden, wird nicht eingetreten. VI. Die Prozesskosten werden zu 9/10 der B. _____ und zu 1/10 der A. _____ AG auferlegt. a) Die Gerichtskosten werden auf CHF 8’000.- festgesetzt. Sie werden mit dem von der A. _____ AG geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. B. _____ hat A. _____ AG 9/10 davon, d.h. CHF 7’200.- zu ersetzen.

Kantonsgericht KG Seite 18 von 18 b) Die Parteientschädigung der A. _____ AG wird auf CHF 78’755.65 (inkl. 8% MwSt von CHF 5’833.75) festgesetzt. B. _____ hat A. _____ AG 9/10 davon, d.h. CHF 70’880.10 (inkl. MwSt), zu bezahlen. c) B. _____ wird keine Parteientschädigung zugesprochen. VII. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 22. August 2016/cth
Präsident Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin .

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.