

7. Wettbewerbsrecht / Droit de la concurrence

7.1 Lauterkeitsrecht / Concurrence déloyale

«Online-Branchenverzeichnis»

Bezirksgericht Zürich vom 6. März 2006

Unlautere Herabsetzung durch Eintrag «Diese Firma ist nicht zu empfehlen»

UWG 9, 10; aStGB 28. Die Strafantragsberechtigung ist abhängig von der zivilrechtlichen Aktivlegitimation. Diese ist zu bejahen, falls zwischen den Beteiligten ein Wettbewerbsverhältnis besteht oder in ein solches eingegriffen wird (E. III/2.3.1-2.3.3).

UWG 2, 3 a, 23; ZGB 2. Der inhaltliche Bezug des UWG zu Treu und Glauben, der Grundsatz nulla poena sine lege sowie die Begriffsverwendung im französischen und italienischen Text von Art. 3 lit. a UWG gebieten eine restriktive Auslegung des UWG im Allgemeinen und von Art. 3 lit. a UWG im Besonderen (E. IV/1.1-1.4).

UWG 3 a. Der Branchenverzeichniseintrag «Diese Firma ist nicht zu empfehlen» suggeriert Zahlungsschwierigkeiten und ist herabsetzend, wenn er unwahr ist. Er lässt sich nicht durch eine im Geschäftsleben übliche Auseinandersetzung über eine strittige Forderung rechtfertigen (E. IV/2, 3.3, 4.1, 4.2).

UWG 3 a. Erteilt ein Urheber von inkriminierten Einträgen beim Suchmaschinenbetreiber einen Löschungsauftrag und bleibt letztlich unklar, warum die Einträge dennoch im Cache der Suchmaschine abrufbar bleiben, entfällt die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Zeit nach Erteilung des Löschungsauftrags (E. IV/5, 6.1).

LCD 9, 10; aCP 28. Le droit de porter plainte est indépendant de la légitimation active sur le plan civil. Elle doit être admise lorsqu'il existe un rapport de concurrence entre les parties concernées ou lorsqu'il est porté atteinte à celui-ci (consid. III/2.3.1-2.3.3).

LCD 2, 3 a, 23; CC 2. Le renvoi matériel de la LCD à la notion de la bonne foi, le principe nulla poena sine lege de même que la rédaction française et italienne du texte de l'art. 3 let. a LCD commandent une interprétation restrictive de la LCD en général et de l'art. 3 let. a LCD en particulier (consid. IV/1.1-1.4).

LCD 3 a. L'inscription dans un annuaire professionnel en vertu de laquelle «Cette société n'est pas recommandable» suggère des difficultés financières et est dénigrante dans la mesure où une telle inscription est fautive. Une contestation de créance, usuelle dans le monde des affaires, ne justifie pas une telle inscription (consid. IV/2, 3.3, 4.1, 4.2).

LCD 3 a. L'auteur des inscriptions incriminées qui a donné l'ordre à l'exploitant du moteur de recherche de les effacer n'engage plus sa responsabilité pénale à partir du moment où il a émis l'ordre de suppression, quand bien même les inscriptions demeurent toutefois disponibles dans le cache du moteur de recherche, pour des raisons que l'on ignore (consid. IV/5, 6.1).

Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen; Verurteilung des Angeklagten; Akten-Nr. GG050655

Der Angeklagte war Geschäftsführer und Inhaber der T. GmbH, welche von ihrem Internetportal www.h.ch aus, ein Branchenverzeichnis ähnlich wie «Die gelben Seiten» betrieb. Im Sommer 2002 schloss B. für seine Firma «XY EDV», welche im Hard- und Software-Support tätig war, einen Vertrag mit der T. GmbH, wonach die Website der «XY EDV» im elektronischen Branchenverzeichnis der T. GmbH hervorgehoben und nebst einer Leistungsbeschreibung einen Link erhalten sollte. Das Entgelt für die drei Monate betrug Fr. 177.55. Gemäss den Angaben von B. kündigte er diesen Vertrag nach Ablauf von drei Monaten telefonisch bei der T. GmbH. Der Angeklagte dagegen ging davon aus, dass der Vertrag weiterlief. Nachdem B. die entsprechenden Rechnungen nicht mehr bezahlt hatte, erschien die «XY EDV» im Branchenverzeichnis der T. GmbH mit dem Hinweis «Diese Firma ist nicht zu empfehlen» bzw. «Diese Firma ist aufgrund Zahlungsschwierigkeiten nicht zu empfehlen». Diese Hinweise waren jedenfalls im Zeitraum vom 26. Mai 2004 bis zum 18. Juni 2004 im Branchenverzeichnis abrufbar. Nach einem Telefonat von B. an den Angeklagten löschte letzterer offenbar den Eintrag im Branchenverzeichnis auf www.h.ch. Zudem erteilte er der Suchmaschinenbetreiberin Google am 22. Juni 2004 den Auftrag, den entsprechenden Eintrag betreffend www.h.ch im Cache der Suchmaschine zu löschen. Dennoch waren die genannten Hinweise danach über Google noch auffindbar. Im Cache von Google wurde als Fundstelle www.hv.com angegeben. Dies war nach Angaben des Angeklagten der Backup-Server der Website www.h.ch. Für den Backup-Server hatte der Ankläger keinen Löschungsauftrag erteilt. Am 4. Juli 2004 stellte B. einen Strafantrag wegen Verletzung des UWG.

Aus den Erwägungen:

III. Zu den Strafanträgen/zur Aktivlegitimation des Geschädigten

[...]

2.3.1. Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG kann derjenige, der durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundenschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen bedroht oder verletzt ist, klagen und die Ansprüche gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a bis c, Abs. 2 und Abs. 3 UWG geltend machen. Die gleichen Rechte stehen gemäss Art. 10 Abs. 1 UWG den Kunden zu, die durch unlauteren Wettbewerb in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind. Es handelt sich bei der Aktivlegitimation um eine zivilrechtliche, das materielle Recht betreffende Voraussetzung, von welcher in strafprozessualer Hinsicht die Strafantragsberechtigung gemäss Art. 28 StGB abhängig ist. Insoweit somit das Vorliegen der Klageberechtigung bzw. der Aktivlegitimation abzuklären ist, handelt es sich um Abklärungen, die den zivilrechtlich – und im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 23 Satz 2 UWG auch den strafrechtlich – relevanten Sachverhalt betreffen. Die Aktivlegitimation gemäss Art. 9 UWG (und auch diejenige gemäss Art. 10 UWG) stellt nicht bloss eine Voraussetzung dar, welche zur Stellung eines Strafantrages berechtigt, sondern sie beantwortet die Frage, wer Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes ist. Wer dieser Träger ist, beantwortet sich wiederum aufgrund des zu beurteilenden Tatbestandes und dem diesem zugrunde liegenden Sachverhalt, mithin nach materiellem Zivilrecht, welches gleichzeitig strafrechtlich relevant ist. Das alte UWG verlangte bezüglich der Aktivlegitimation das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses (L. DAVID / R. JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 721). Das neue UWG geht zwar von einem funktionalistischen Ansatz aus, dennoch kann man auf den Begriff des Wettbewerbsverhältnisses nicht endgültig verzichten, sieht doch das UWG keine Popularklage vor (M. PEDRAZZINI / F. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2001, Rz. 16.14; DAVID / JACOBS, Rz. 722). Neben der Bedrohung in der Kundenschaft, dem Kredit oder dem beruflichen Ansehen und den Geschäftsverhältnissen sieht Art. 9 Abs. 1 UWG allgemein – im Sinne einer Art Generalklausel (vgl. PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, Rz. 16.05) – als Klagevoraussetzung eine Bedrohung in den wirtschaftlichen Interessen des Geschädigten vor.

Ein Wettbewerbsverhältnis begründet zwar nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 9 UWG. Die Aktivlegitimation des Klägers (bzw. im Strafverfahren des Geschädigten) ist indessen auch dann zu bejahen, wenn seine Stellung im Wettbewerb durch das beanstandete Verhalten des Beklagten (bzw. im Strafverfahren des Angeklagten) verschlechtert wird.

Ein solches wirtschaftliches Interesse liegt allerdings dann nicht vor, wenn ein Milchgeschäft sich mit der unlauteren Werbung eines Schuhladens befasst oder wenn Wirtschaftsverbände das Verhalten anderer Branchen durchleuchten wollen (DAVID / JACOBS, Rz. 722). Die Klageberechtigung ist damit gegeben bei Anständen zwischen Fabrikanten, Importeuren, Grossisten und Detaillisten, solange der

Erfolg des einen denjenigen des anderen hemmt oder solange sie sich im Kampf um Kundschaft stören (DAVID / JACOBS, Rz. 722). Eine solche Störung ist möglich, wenn die Leistungen verschiedener Anbieter beim Verbraucher zueinander in Konkurrenz treten, unter Einschluss der Substitutionsmöglichkeiten (DAVID / JACOBS, Rz. 722). Die Klagelegitimation ist damit gegeben bei gleichen oder verwandten Branchen, die im gleichen geografischen Raum tätig sind (PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, Rz. 16.07).

Einer anderen, von einem Teil der Lehre vertretenen Meinung zufolge soll das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses auch unter dem Aspekt der Klagelegitimation nicht mehr verlangt werden dürfen. Wesentlich sei vielmehr, dass der Beklagte mit seinem Verhalten in die Wettbewerbsstellung des Klägers eingreife und damit seine wirtschaftlichen Interessen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UWG beeinträchtigt (G. RAUBER, SIWR V/1, 2. Aufl. Basel 1998, 253). RAUBER schränkt den Rahmen der gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG aktivlegitimierten Personen dahingehend ein, dass es sich um eigene wirtschaftliche Interessen des Klägers (vorliegend des Geschädigten) handeln muss (RAUBER, 254), wobei wirtschaftliche Interessen im Gegensatz zu ideellen Interessen – welche Letztere nicht zur Klage legitimieren – zu verstehen sind (RAUBER, 255).

Zwischen dem funktionalistischen Ansatz des UWG (vgl. hierzu PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, Rz. 1.41) und der Klagelegitimation von Art. 9 Abs. 1 UWG besteht demnach ein Spannungsverhältnis (vgl. BGE 121 III 173 E.3b/aa). Das Rechtsschutzinteresse des Klägers (vorliegend des Geschädigten) ist somit gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann zu bejahen, wenn zwischen ihm und dem Beklagten (bzw. zwischen ihm und dem Angeklagten) ein Wettbewerbsverhältnis besteht bzw. ein Eingriff in ein solches stattfindet. Dabei ist nur eine Tätigkeit auf dem gleichen Markt erforderlich, nicht auf der gleichen Wirtschaftsstufe.

[2.3.2 Tatsächliche Angaben zum Geschädigten bzw. der «XY EDV» sowie zum Angeklagten und der T. GmbH]

2.3.3 [...]

Durch diese Vermerke [«Diese Firma ist nicht zu empfehlen» bzw. «Diese Firma ist aufgrund Zahlungsschwierigkeiten nicht zu empfehlen»] griff der Angeklagte bzw. die damalige «T. GmbH» in die Wettbewerbsstellung der «XY EDV» ein, indem die Gefahr bestand, dass mögliche Kunden dieser Firma aufgrund des fraglichen Vermerks von einer Geschäftsbeziehung mit dieser Firma absehen und eine Konkurrenzfirma berücksichtigen würden oder dass Kunden, welche bereits in Geschäftsbeziehung mit der «XY EDV» standen, diese auflösen und zur Konkurrenz wechseln würden. Dies gilt umso mehr, als auf Seiten von B. bzw. der «XY EDV» keine Betreibungen oder Konkursbegehren vorlagen. Zwar liegt zwischen dem Branchenverzeichnis von «www.h.ch» (bzw. «www.hv.com») und der «XY EDV» kein direktes Wettbewerbsverhältnis vor, da die beiden nicht auf dem gleichen Gebiet tätig sind, wohl aber nahm die «www.h.ch» (bzw. die «www.hv.com») durch den fraglichen Eintrag Einfluss auf das zwischen der «XY EDV» und ihren Konkurrenzfirmen bestehende Wettbewerbsverhältnis.

2.4. Damit ist die Aktivlegitimation des Geschädigten B. bzw. der «XY EDV» in Bezug auf die fraglichen Einträge gestützt auf Art. 9 Abs. 1 UWG zu bejahen.

[...]

IV. Zu Art. 3 lit. a UWG

1. Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.

Vorliegend ist zu prüfen, ob der Geschädigte sowie seine Geschäftsverhältnisse durch die auf der fraglichen Website angebrachten Vermerke des Angeklagten unnötig verletzend herabgesetzt wurden.

1.1. Die genannten Formulierungen sind unklar, weshalb zunächst zum Mittel der Auslegung gegriffen werden muss. Diesbezüglich kann auf die früheren Ausführungen der vorliegend zuständigen Einzelrichterin verwiesen werden (E. VÖGELI, SJZ 1994, 178 ff., insbes. 182 ff.).

1.1.1. Nach der Generalklausel von Art. 2 UWG liegt unlauterer Wettbewerb vor, wenn ein Verhalten gegen Treu und Glauben verstösst und den Wettbewerb, d. h. das Verhältnis zwischen den Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern, beeinflusst.

Der Grundsatz von Treu und Glauben umschreibt allgemein (Art. 2 Abs. 1 ZGB) die «Art und Sitte redlicher Leute» (P. TUOR / B. SCHNYDER / J. SCHMID / A. RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, 53 sowie P. NOBEL, Zu den Schranken des UWG für die Presse, SJZ 1992, 251; vgl. z. B. auch E. ZELLER, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981, 174 ff., insbesondere zu den Grenzen des Grundsatzes von Treu und Glauben, 304 ff.).

Als treuwidrig und damit rechtsmissbräuchlich gilt beispielsweise schikanöses Verhalten, widersprüchliches Verhalten und qualifiziert zweckwidriges Verhalten, d. h. ein solches, das auf eine absichtliche sittenwidrige Schädigung hinzielt. Dabei setzt eine zweckwidrige Rechtsausübung ein subjektives Parteiinteresse an dieser Ausübung voraus (H. MERZ, Berner Kommentar, Bern 1966, ZGB 2 N 340).

Da das UWG in Art. 2 eindeutig auf den Grundsatz von Treu und Glauben Bezug nimmt, müssen die zu Art. 2 ZGB entwickelten Grundsätze auch im Bereiche des UWG Geltung haben, geht es doch nicht an, identische Rechtsbegriffe ohne Not abweichend zu interpretieren. Eine Differenz ergibt sich lediglich bezüglich der Normadressaten. Art. 2 ZGB gilt grundsätzlich für jedermann, währenddem Art. 2 UWG diejenigen Personen im Visier hat, die ein Wettbewerbsverhalten an den Tag legen (vgl. DAVID / JACOBS, Rz. 57 f.).

Dies bedeutet, dass Handlungen, die nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen und damit nicht missbräuchlich erfolgen, nicht unlauter sind (so auch NOBEL, 251).

1.1.2. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass im französischen und im italienischen Gesetzestext von Art. 3 lit. a UWG von «dénigrer» bzw. «denigrare» die Rede ist. Beide Ausdrücke bedeuten ein missbräuchliches Anschwärzen (vgl. NOBEL, 251; vgl. auch Grand Dictionnaire Encyclopédique Larousse, 1980; Dictionnaire Encyclopédique Quillet, 1979; Cappucini-Migliori, Vocabulario della lingua Italiana, 1945; Sanssoni, Wörterbuch der italienischen und deutschen Sprache, 1970).

Herabsetzen bedeutet bezüglich einer Person, diese anzuschwärzen, sie herabzusetzen, schlecht zu machen, in den Schmutz zu ziehen, sie zu verunglimpfen, sie geringschätzig zu behandeln, abschätzig über jemanden reden, jemanden herabwürdigen (vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Deutsches Wörterbuch, 1980; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1980; Langenscheidts Grosswörterbuch, 3. Aufl., 1983) und kommt damit ebenfalls der Bedeutung des missbräuchlichen Anschwärzens sehr nahe.

1.1.3. Der in Art. 3 lit. a UWG verwendete Begriff der Herabsetzung ist somit restriktiv auszulegen und bedeutet eine qualifizierte Form der Herabsetzung, nämlich durch «unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen» (NOBEL, 251). Es ist nicht schon jede kritische Äusserung, welche sich auf wirtschaftliche Gegebenheiten bezieht, als «Herabsetzung» zu qualifizieren.

1.2. Das UWG, das partikuläre, wirtschaftliche Interessen schützt, ist dem Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit zuzuordnen (Art. 27 BV). Beim vorliegenden Internetportal unter den URL-Adressen «www.h.ch» bzw. «www.hv.com» handelt es sich um ein gewerbliches Produkt, vergleichbar einem in gedruckter Form vorliegenden Branchenverzeichnis wie beispielsweise «Die gelben Seiten». Damit geniesst das vom Angeklagten bzw. der Firma «H. GmbH» betriebene Internetportal wohl den Schutz der Wirtschaftsfreiheit, nicht aber denjenigen der Medienfreiheit, bei welcher es sich um einen ideellen Grundwert handelt (Art. 17 BV).

Das UWG enthält Regeln betreffend das Verhalten im wirtschaftlichen Wettbewerb; es verbietet die regelwidrige Beeinträchtigung wirtschaftlicher Betätigung, wobei nur ein marktbezogenes Verhalten eine Beeinträchtigung verursachen kann. Demgegenüber untersteht rein privates Handeln nicht dem Anwendungsbereich des UWG. Ein Verhalten im Internet ist einer Beurteilung nach Massgabe des UWG zugänglich; es greift dort, wo ein Verhalten die wirtschaftliche Betätigung von Anbietern oder Abnehmern im Internet regelwidrig stört (vgl. M. SPIRIG, Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, Bern 2001, 8 f.).

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bestehen somit vorliegend keine Einschränkungen bei der Auslegung des UWG.

1.3. Im Weiteren ist bei der Auslegung des UWG jedoch zu berücksichtigen, dass es sich vorwiegend um einen zivilrechtlichen Wettbewerbsschutz handelt und dass die vom UWG verwendeten Rechtsbegriffe zivilrechtlicher Natur sind (vgl. vorne Ziff. IV.1/1.1.). Dieser zivilrechtliche Schutz wird durch die strafrechtliche Norm von Art. 23 UWG, welcher sich auf Art. 3, 4, 5 und 6 UWG bezieht, ergänzt (vgl. PEDRAZZINI / PEDRAZZINI, Rz. 2.03).

Es fehlt dem UWG – sowohl dem alten UWG wie dem neuen – an strafrechtlichen Begriffsbestimmungen. Vielmehr sind zivilrechtlich erfasste Tatbestände gleichzeitig strafrechtlich relevant. Die insbesondere für die Erfassung zivilrechtlicher Tatbestände geschaffenen Rechtsbegriffe – insbesondere handelt es sich ja bei Art. 3 lit. a UWG um eine Konkretisierung von Art. 2 UWG, wie er in seiner Unbestimmtheit strafrechtlich nie verwendet werden dürfte (*nulla poena sine lege*) – sind somit im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung restriktiv auszulegen. Dies gilt nicht nur bei gegen das UWG verstossenden strafbaren Handlungen durch die Medien, sondern ist allgemein zu berücksichtigen, wächst sich die Strafbarkeit doch sonst – ohne dass strafrechtlich konkretisierte und umschriebene Begriffe vorliegen – ins Uferlose aus.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Aufzählung der unlauteren Wettbewerbshandlungen in Art. 3 bis Art. 6 UWG nicht abschliessend ist, sondern dass der Zivilrichter (!) durchaus in Anwendung des Grundsatzes von Art. 2 UWG neue Sondertatbestände «schaffen» kann. Diese dürfen aber, da sie in Art. 3 bis Art. 6 UWG nicht aufgeführt sind, per se nicht zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit führen. Nur diejenigen Tatbestände, die überhaupt als Konkretisierungen aufgeführt sind, können eine Strafbarkeit zur Folge haben. Andernfalls hätte nämlich Art. 23 UWG auch die Strafbarkeit von gegen die Generalklausel verstossenden, nicht näher bestimmten Tatbeständen unter Strafe stellen müssen. Damit wäre aber jeder Konkretisierungsgehalt eines strafbaren Verhaltens aufgegeben worden (vgl. hierzu auch F. RIKLIN, *Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende*, AJP 1993, 620 ff., insbes. 625).

1.4. Gesamthaft ergibt sich somit, dass die Bestimmungen des UWG und insbesondere Art. 3 lit. a UWG restriktiv auszulegen sind.

[...]

2. [...] Zu prüfen ist somit nachfolgend, ob der Angeklagte dadurch, dass er im Branchenregister der Suchplattform «www.h.ch» (bzw. «www.hv.com») unter dem Eintrag der Firma des Geschädigten, der «XY EDV» die fraglichen Vermerke angebracht hat, den Geschädigten und dessen Geschäftsverhältnisse durch unrichtige Tatsachenbehauptungen herabgesetzt hat.

[...]

[3.1., 3.2. Tatsächliche Ausführungen zur Frage, ob das Dienstleistungsabonnement beendet war war oder nicht]

3.3. Die Auseinandersetzung zwischen dem Angeklagten und dem Geschädigten über die (weitere) Bezahlung für den Eintrag auf der Suchplattform «www.h.ch» vermag die vom Angeklagten vorgenommenen Einträge betreffend die «XY EDV» zum einen nicht zu rechtfertigen, handelt es sich doch hierbei um durchaus übliche Differenzen wie sie sich im Geschäftsleben ergeben können. Entsprechend sind derartige Auseinandersetzungen über strittige Forderungen, wenn keine Einigung zu Stande kommt, auf dem zivilrechtlichen Wege zu überprüfen, sofern nicht wegen Geringfügigkeit auf ein gerichtliches Verfahren verzichtet wird, wie dies offenbar beim Angeklagten bzw. der damaligen «T. GmbH» der Fall war. Zum anderen ist festzuhalten, dass der Geschädigte bzw. die «XY EDV» sich keineswegs in Zahlungsschwierigkeiten befand, wie der Angeklagte mit seinem Eintrag suggerierte. Es bestanden beim Geschädigten bzw. der «XY EDV» keine Beteiligungen, die auf Zahlungsschwierigkeiten hätten schliessen lassen. Die offener gehaltene Formulierung «Diese Firma ist nicht zu empfehlen» lässt neben möglichen Zahlungsschwierigkeiten in ihrer Unbestimmtheit gar den Schluss auf weitere mögliche Probleme mit dem Geschädigten bzw. mit dessen Firma zu, sei es, dass diese Firma von Dritten, die sich für die von der «XY EDV» angebotenen Dienstleistungen interessieren, als unzuverlässig oder unseriös bzw. als fachlich nicht genügend empfunden wird. Dies alles, obwohl nicht die geringsten Hinweise auf Zahlungsschwierigkeiten oder sonstige geschäftliche Probleme vorliegen würden; der Angeklagte konnte denn auch keine Umstände nennen, welche derartige Schlüsse zugelassen hätten. Damit erweisen sich die beiden fraglichen Einträge als unrichtig. Sie setzen zweifelsfrei die Geschäftsverhältnisse der «XY EDV» in den Augen einer durchschnittlichen Drittperson, welche sich für das Angebot der Geschädigten interessiert, im Sinne von Art. 3 lit. a UWG herab.

4.1. Gesamthaft ist somit festzuhalten, dass der Angeklagte in objektiver Hinsicht gegen Art. 23 UWG in Verbindung mit Art. 3 lit. a UWG verstossen hat, indem auf dem Firmeneintrag der «XY EDV» auf der Website «www.h.ch» die Einträge «Diese Firma ist nicht zu empfehlen» bzw. «Diese Firma ist aufgrund Zahlungsschwierigkeiten nicht zu empfehlen» angebracht war.

4.2. Dies gilt jedenfalls nachgewiesenermassen für den Zeitraum vom 26. Mai 2004 bis zum 18. Juni 2004. [...]

[4.2.1.-4.3.2. Tatsächliche Ausführungen insbesondere über das Funktionieren von Internetsuchmaschinen]

5. Zu prüfen bleibt, wie weit der Angeklagte auch für den nach dem 18. Juni 2004 für den in der Suchmaschine «Google» indexierten Link von «www.hv.com» verantwortlich ist.

5.1. Was die inkriminierten Einträge bei der Suchmaschine «Google» anbetrifft, so ergibt sich aus den vom Angeklagten eingereichten Unterlagen, dass er – wenn auch nicht unverzüglich am 18. Juni 2004 nach dem erfolgten Telefongespräch mit dem Geschädigten – so doch am 22. Juni 2004 einen entsprechenden Löschauftrag bezüglich des Eintrags der Firma des Geschädigten im Cache der Suchmaschine von «Google» in Auftrag gab. Eine entsprechende Empfangsbestätigung seitens von «Google» liegt ebenfalls vor. In dieser wird die schnellstmögliche Bearbeitung der Anfrage in Aussicht gestellt. Erfahrungsgemäss nimmt die Bearbeitung eines Löschantrages einige Zeit – dies kann vier bis sechs Wochen dauern – in Anspruch. Auf den Zeitpunkt, in welchem der erteilte Löschauftrag durch «Google» bearbeitet wird, hat der Angeklagte somit keinen Einfluss.

Nachdem der fragliche Link, welchen der Angeklagte in seinem Mail vom 22. Juni 2004 an die Suchmaschine «Google» gesandt hatte, nicht mehr besteht und eine Überprüfung dieses Links bzw. entsprechende Abklärungen bei «Google» in der vorliegenden Strafuntersuchung nicht vorgenommen wurden, ist davon auszugehen, dass der fragliche Link tatsächlich die Website mit den inkriminierten Bemerkungen betraf und der Angeklagte somit den entsprechenden Löschauftrag erteilt hat.

[...]

5.2. Was die Website «www.h.ch» anbetrifft, so ergibt sich übrigens bereits aus den Ausführungen des Geschädigten, dass die inkriminierten Äusserungen in Bezug auf die «XY EDV» vom Angeklagten unmittelbar nach dem fraglichen Telefongespräch vom 18. Juni 2004 gelöscht wurden. Ebenso ist davon auszugehen, dass die im Cache von «Google» enthaltene inkriminierte Website von «www.h.ch» innert vier bis sechs Wochen nach dem am 22. Juni 2004 erteilten Auftrag gelöscht bzw. überschrieben wurde, d. h. bis etwa Ende Juli 2004/anfangs August 2004 zwar noch mit dem fraglichen Eintrag im Cache gefunden werden konnte, hernach aber gelöscht wurde und über die Website «www.h.ch» nicht mehr abrufbar war; sei es, weil der Löschauftrag ausgeführt wurde, sei es, weil bei einem erneuten Durchlauf der Suchmaschine die berichtigte Website von «www.h.ch» registriert und auch aktualisiert im Cache abgelegt wurde.

Im Weiteren ist davon auszugehen, dass der inkriminierte Eintrag auf der Website «www.hv.com» gewisse Zeit nach dem Telefongespräch vom 18. Juni 2004, nämlich beim nächsten vorgenommenen Back-up (neu erstellter Kopie), eigentlich hätte gelöscht werden müssen, womit auf dem sog. Back-up nur noch der bereinigte Eintrag vorhanden gewesen wäre.

Auch ohne ausdrücklichen Löschauftrag hätte somit die fragliche Website mit den inkriminierten Bemerkungen zur «XY EDV» im «Google-Cache» der Website «www.hv.com» mit der Zeit gelöscht werden sollen, wird die Suchmaschine doch früher oder später den betreffenden Link/URL bei einem nächsten regulären Suchlauf kontrollieren. Allerdings hängt die Frequenz einer solchen Kontrolle von den auf einer Website vorgenommenen Zahl von Änderungen ab. In welchen zeitlichen Abständen solche Suchläufe bzw. Kontrollen und Ersetzungen abgeänderter Websites bei Google erfolgt, ist nicht bekannt. Ein durchschnittlicher Webseitenbetreiber dürfte aber dessen ungeachtet davon ausgehen, dass Suchmaschinen ihre Indexdaten (und auch ihre Caches) periodisch aktualisieren, womit ein inkriminierter Eintrag auch ohne Erteilen eines Löschauftrags mit der Zeit verschwindet. Es kann jedoch auch vorkommen, dass Suchmaschinen Websites anzeigen, die es schon seit einiger Zeit nicht mehr gibt.

5.3. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Suchmaschine bei einem erneuten Durchlauf mittels spezieller Suchprogramme dann keine Veranlassung hat, einen neuen Eintrag aufzunehmen, wenn keine Änderung auf der Website festgestellt wird.

Es bleibt demnach unklar, warum auf den Einträgen von «www.hv.com» der inkriminierte Eintrag noch während längerer Zeit vorhanden war. Möglicherweise wurde – entgegen den Angaben des Angeklagten, die jedoch mangels näherer Überprüfung (andernfalls hätte das vorliegende Verfahren zur detaillierten Abklärung an die Untersuchungsbehörde zurückgewiesen werden müssen) nicht

widerlegt werden können – kein Back-up (Überspielen einer aktuellen Kopie der Website von «www.h.ch» auf «www.hv.com») durchgeführt, womit auch eine Änderung im Cache von «Google» unterblieb.

Möglicherweise blieb die inkriminierte Website im Cache von «Google» liegen, weil auch für das Back-up, das unter einer anderen URL auf einem anderen Server gehostet war, ein separater Löschauftrag hätte erteilt werden müssen. Vielleicht unterblieb versehentlich die entsprechende Löschung und ebenfalls nicht gänzlich auszuschliessen – wenn auch unwahrscheinlich – ist, dass die fragliche Website von «www.hv.com» trotz der erfolgten Löschung noch irgendwo im Netz auf einem Server gespeichert war und von dort bei einem Suchvorgang wiederum in der alten Fassung registriert wurde.

[...]

[5.4. Tatsächliche Ausführungen darüber, wie die inkriminierten Bemerkungen mit der Quelle www.hv.com während den der Strafuntersuchung durchgeführten Suchabfragen zuweilen im Cache von Google gefunden wurden und zuweilen nicht]

6.1. Bei dieser Sachlage – und nachdem die Angaben des Angeklagten, wonach er von der Website «www.h.ch» regelmässig ein Back-up erstellt habe, vorliegend nicht widerlegt werden kann – ist davon auszugehen, dass er für die nach dem 18. Juni 2004 bzw. nach dem Erteilen des Löschauftrags vom 22. Juni 2004 bezüglich «www.h.ch» und dem Erstellen des Back-up – welches in regelmässigen monatlichen Abständen ausgeführt worden sei (etwas anderes kann dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden) – der Website «www.hv.com» für die inkriminierten Einträge nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann.

[...]

Hinweis:

Der Schuldspruch wurde durch Urteil der II. Strafkammer des OGer Zürich vom 27. März 2007 bestätigt (Akten-Nr. SB060569). Da die Staatsanwaltschaft keine Berufung eingelegt hatte, musste das Obergericht die Frage, welche Massnahmen ein Verletzer ergreifen muss, um einen rechtswidrigen Inhalt vom Internet zu entfernen, nicht prüfen.

Ko