

Unlauterer Wettbewerb im Internet

Lizentiatsarbeit

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht

Einreichung bei:
Prof. Dr. R. von Büren

„Das Web erlaubt Wettbewerb zwar technisch,
aber nicht rechtlich ohne Grenzen“

Koch, Frank A.: Internet Recht, S. 531

Einreichung von
Spielmann Markus

Bern, 27. September 2001

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	VI

TEIL I: EINLEITUNG..... 1

Kapitel 1: Einleitung, Wettbewerb im Internet.....1

1. Begriff Internet.....	1
2. Begriff Wettbewerb.....	2
3. Wettbewerb im Internet.....	2

Kapitel 2: Recht im Internet.....4

1. Das Internet als Rechtsraum.....	4
2. Kollision mit ausländischem Recht.....	4
A. Anwendbarkeit und Gerichtsstand.....	4
B. Durchsetzbarkeit.....	9
C. Zusammenfassung.....	9

TEIL II: DAS UWG IM INTERNET 11

Kapitel 1: Allgemeines und Legitimation.....11

1. Allgemeines.....	11
A. Entstehung, Wesen und Schutzobjekt.....	11
B. Verhältnis zu anderen Erlassen.....	12
2. Legitimation.....	13
A. Aktivlegitimation.....	13
B. Passivlegitimation.....	15

Kapitel 2: Tatbestände des UWG19

1. Generalklausel.....	19
A. Kundenfang.....	19
B. Behinderung.....	22
C. Ausbeutung.....	23
D. Rechtsbruch.....	24
2. Sondertatbestände des UWG.....	25
A. Herabsetzung (Art. 3 lit. a UWG).....	25
B. Irreführung (Art. 3 lit. b UWG).....	27
C. Titelberühmung (Art. 3 lit. c UWG).....	29
D. Ausbeutung / Verwechselbarkeit (Art. 3 lit. d UWG).....	29
E. Vergleich (Art. 3 lit. e UWG).....	32
F. Lockvogel (Art. 3 lit. f UWG).....	33
G. Zugabe (Art. 3 lit. g UWG).....	34
H. Aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 lit. h UWG).....	35
I. Verschleierung (Art. 3 lit. i UWG).....	36
K. Täuschende Angebotspraktiken bei Konsumkreditverträgen (Art. 3 lit. k - m UWG).....	37

L. Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung (Art. 4 UWG).....	38
M. Leistungsschutz (Art. 5 UWG)	42
N. Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 UWG).....	44
O. Missachtung von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG).....	45
3. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	46

Kapitel 3: Rechtsfolgen.....48

1. Zivilrechtliche Ansprüche.....	48
A. Abwehransprüche.....	49
B. Reparatorische Ansprüche (Wiedergutmachung, Art. 9 Abs. 3 UWG).....	51
2. Verwaltungsrechtliches.....	52
Preisbekanntgabe an Konsumenten.....	52
3. Strafrechtliche Folgen	53

TEIL III: BESONDERE INTERNET PROBLEMATIKEN.....55

Kapitel 1: Domainnamen.....55

1. Allgemeines	55
2. Unlautere Domainnamen.....	56
A. Irreführende und täuschende Domainnamen.....	56
B. Verwechselbare Domainnamen	57
C. Behindernde Domainnamen.....	58
D. Schutz von Domainnamen	60

Kapitel 2: Werbung im Internet.....60

1. Allgemeines / Arten von Werbung im Internet	60
2. Passive Werbeformen.....	61
3. Aktive Werbeformen („Spamming“).....	62

Kapitel 3: Leistungen Dritter.....65

1. Bezugnahme auf den Mitbewerber und seine Leistung.....	66
A. Hyperlinks.....	66
B. Inline-Linking.....	67
C. Inhaltsübernahme.....	67
D. Meta-Tagging	69
2. Programm- und HTML-Code.....	69
A. Abgrenzung zum Urheberrecht.....	69
B. Lauterkeitsrechtliche Schutzwirkungen.....	70
3. Haftung für Hyperlinks.....	71

Abkürzungsverzeichnis

a	Alt (z.B. aUWG)
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
AEFV	Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (SR 784.104)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (SR 412.0)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof (D)
BK	Berner Kommentar
CTLR	Computer and Telecommunications Law Review
deUWG	Deutsches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Diss	Dissertation
DNS	Domain Name System
E	Entscheid; in Gerichtsentscheidungen auch Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)
Fn	Fussnote
GestG	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) vom 24. März 2000 (SR 272)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg	Herausgeber
HTML	Hyper-Text Markup Language

http	hyper text transfer protocol
i.c.	in casu
i.e.S.	im engeren Sinne
i.K.	in Kraft
i.w.S.	im weiteren Sinne
ISP	Internet Service Provider
KtGer	Kantonsgericht
LG	Landgericht (D)
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, Lugano Übereinkommen (SR 0.275.11).
m.w.Hw.	mit weiteren Hinweisen
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 (SR 232.12)
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28.8.1992 (SR 232.11)
N	Randnummer
NJW	Neue juristische Wochenschrift (München)
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht (München)
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht (D)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.3.1911 (SR 220)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
PBV	Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (SR 942.211)
PC	Personal Computer
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (SR 0.232[.04])
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern

SIJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SLD	Second Level Domain (bspw. „unibe“ in www.unibe.ch)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts; in einzelnen Zusammenhängen Ständerat
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
TLD	Top Level Domain (bspw. „.ch“)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 9.10.1992 (SR 231.1)
URL	Uniform Resource Locator = eindeutige Form, um Ressourcen im Netz zu benennen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
WWW	World Wide Web
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
zit	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

Literaturverzeichnis

- BAUMBACH / HEFERMEHL *Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München*
- BERGER *Berger, Mathis: Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Diss. ZH 1997*
- Botschaft *Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009 ff.*
- BRIEF HISTORY *A Brief History of the Internet, Barry M. Leiner, Vinton G. Cerf, David D. Clark, Robert E. Kahn, Leonard Kleinrock, Daniel C. Lynch, Jon Postel, Lawrence G. Roberts, Stephen Wolff (www.isoc.org/internet-history)*
- BUCHER *Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988*
- BURI *Buri, Ueli: Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names nach schweizerischem Firmen-, Marken-, Namens- und Lauterkeitsrecht, Diss. Bern 1999*
- DAVID *David, Lucas: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 1997*
- DUBS *Dubs, Dieter: Das Lauterkeitsstatut nach schweizerischem Kollisionsrecht, Diss. St. Gallen 1999*
- FOTH *Foth, Egmont (Hrsg.): Internet / Intranet Handbuch, 1. Auflage 2000*
- GLOY *Gloy, Wolfgang (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, München 1986*
- HdWW *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften: hrsg. von Willi Albers,... Stuttgart, Tübingen, Göttingen, New York, 1980*
- HILTY *Hilty, Reto M. (Hrsg.): Information Highway, Bern 1996*
- Internet Domainnamen *Bähler, Konrad / Lubich, Hannes P. / Schneider, Marcel, Widmer, Ursula; SWITCH (Hrsg.): Internet Domainnamen, Zürich 1996*
- IPRG Kommentar *Heini, Anton (Hrsg.): IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Zürich 1993*
- JÖHRI *Jöhri, Yvonne: Werbung im Internet, Diss. Zürich 1999*
- Jusletter [Erscheinungsdatum] *www.jusletter.ch / www.weblaw.ch*
- KOCH *Koch, Frank A.: Internet – Recht, Praxishandbuch, München 1998*

-
- Kommentar UWG *Baudenbacher, Carl*: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001
- PEDRAZZINI *Pedrazzini, Mario M.*: Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992
- PLÄDOYER *Magazin für Recht und Politik*
- RICKE *Ricke, Stefan*: Ratgeber Online-Recht, München 1998
- ROSENTHAL *Rosenthal, David*: Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht am Beispiel des Schweizer IPRG; AJP 11/97, S. 1340 ff.
- SIWR II/1 *Von Büren, Roland / David, Lucas* (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band 2 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Teilband 1, Basel 1995
- SIWR II/2 *Von Büren, Roland / David, Lucas* (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band 2 Urheberrecht, Teilband 2 Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel 1998
- SIWR VI *Von Büren, Roland / David, Lucas* (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band 5 Wettbewerbsrecht, Teilband 1 Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt 1998
- SCHWANDER *Schwander, Ivo*: Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, St. Gallen 2000
- SCHWENNINGER / SENN / THALMANN *Schwenninger, Marc / Senn, Manuel / Thalmann, André / David, Lucas* (Hrsg.): Werberecht, Zürich 1999
- TUOR / SCHNYDER / SCHMID *Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid, Jörg*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich
- SCHÜRMAN / SCHLUEP *Schürmann, Leo / Schlupe, Walter R.*: Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988
- SUTTER *Sutter, Guido*: Das Lockvogelverbot im UWG, Diss. Bern 1993
- WEBVERTISING *Stecher, Matthias W.* (Volume Editor): Unfair Competition and Trademarks on the Internet, AIJA (Series Editor), 1999
- WIDMER / BÄHLER *Widmer, Ursula / Bähler, Konrad*: Rechtsfragen beim Electronic Commerce, 2. Auflage, Zürich 2000
- ZEHNDER *Zehnder, Matthias W.*: Surfen im Internet, Geschichte und Geschichten des Internets, 1. Aufl. 1997

TEIL I: EINLEITUNG

Kapitel 1: Einleitung, Wettbewerb im Internet

1. Begriff Internet¹

Mit enormer Geschwindigkeit hat die Bedeutung des Mediums Internet in den vergangenen Jahren zugenommen und tut dies auch weiterhin². Weltweit hat noch lange nicht jedermann Zugang zum internationalen Datennetz – man denke insbesondere an die Bevölkerung der Entwicklungsländer. Das rasante Wachstum jedoch ist überwältigend. Fast alle Personal Computer werden heute „internettauglich“ ausgerüstet³. Waren es 1999 gegen 60 Millionen Computer, die am Internet angehängt waren, so verdoppelte sich deren Zahl bis 2001 beinahe auf 110 Millionen⁴. Allerdings kann niemand genau sagen, wie gross das Internet tatsächlich ist.

Wohin die Entwicklung auf lange Sicht führen wird, ist nicht absehbar. Mit Sicherheit wird die qualitative und quantitative Entwicklung des Internets vorerst wie gewohnt schnell voranschreiten, vermutlich weiter beschleunigen und damit einhergehend seine Bedeutung wachsen.

Die Fortentwicklung des Internets ist durch amerikanische Universitäten bereits erschaffen: eine Lösung mit beachtlich höheren Übertragungsraten, das sogenannte „Next Generation Internet (NGI)“⁵.

Bereits beim heutigen Stand ist die Bedeutung des internationalen Netzwerks, aber auch die Risiken, die es mit sich bringt, erheblich. Die westliche Gesellschaft wird von ihren Kommunikationsmitteln und deren Funktionieren zusehends abhängiger.

Das Internet ist ein für Missbräuche anfälliges Medium, gehört es (oder gehörte es?) doch zur Philosophie des Internets, ohne übergeordnete Kontrolle zu wachsen, sich weiter zu verbreiten und von überall her zugänglich zu sein. Eine Kontrolle der Inhalte im Netz ist nur schwer zu praktizieren, einerseits wegen der Internationalität, andererseits wegen der Anonymität der Nutzer. Missbräuche sind häufig – fehlerhafte Inhalte noch häufiger.

¹ Definition des Begriffs "Internet" des Federal Network Council (FNC): www.itrd.gov/fnc/Internet_res.html: "Internet" refers to the global information system that --

(i) is logically linked together by a globally unique address space based on the Internet Protocol (IP) or its subsequent extensions/follow-ons;

(ii) is able to support communications using the Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) suite or its subsequent extensions/follow-ons, and/or other IP-compatible protocols; and

(iii) provides, uses or makes accessible, either publicly or privately, high level services layered on the communications and related infrastructure described herein."

² Vertiefend zur Geschichte des Internet s. BRIEF HISTORY.

³ KOCH, S. XVIII.

⁴ Dabei handelt es sich um Schätzungen, vgl. FOTH, Kapitel 1 / HILTY, S. 22 f.

⁵ Aus KOCH, S. 550; weitere Informationen auf www.ngi.gov.

Das Internet bedarf gewisser Kontrollen, Regeln und Grenzen. Es gilt aber zu vermeiden, dass von seinem Potenzial verloren geht, weil es in ein zu enges Korsett von Regeln gezwängt wird.

Für Rechtschöpfung, Rechtsprechung, aber auch für die Anwender, die das Internet mit Inhalt füllen, gilt es, ein Optimum zwischen Freiheit und Regeldichte zu erarbeiten.

2. Begriff Wettbewerb

Der Wettbewerb ist als Begriff nur schwer definierbar, von den vielen Definitionsversuchen vermag keiner das Phänomen in seiner ganzen Vielschichtigkeit zu umschreiben⁶. BAUMBACH / HEFERMEHL beschreibt den Wettbewerb nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als „ein Verhalten mehrerer Personen, dadurch gekennzeichnet, dass der eine das zu gewinnen strebt, was ein anderer zu gleicher Zeit zu gewinnen strebt. (...) Aus der Gleichheit des Ziels, das mehrere zu erreichen suchen, ergibt sich zwangsläufig der Wettbewerb.“⁷

Im Sinne des UWG wird nur der „wirtschaftliche Wettbewerb“ relevant (Art. 9 UWG, früher noch in Art. 1 UWG), dazu gehört auch der mittelbar ideellen Zwecken dienende.⁸ Damit solcher entstehen kann, muss sich jemand ausserhalb seiner eigenen Sphäre *wirtschaftlich betätigen*⁹, ein Gut anbieten oder nachfragen. Der Wettbewerbsprozess verlangt einen Markt, „Austauschbeziehungen zwischen anbietenden und nachfragenden Wirtschaftseinheiten, die hinsichtlich ihrer Verkaufs- bzw. Einkaufsmöglichkeiten in einem so engen Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit stehen, dass das Zustandekommen der Preis- und Mengenentscheidungen jeder Wirtschaftseinheit nur aus dem Zusammenhang der Tauschgruppe erklärt werden kann“¹⁰. Es handelt sich beim wirtschaftlichen Wettbewerb somit nicht um einen statischen Zustand, sondern um einen „Verhaltensprozess“¹¹, der nur schwer positiv zu erfassen und zu beschreiben ist. Er funktioniert durch das Verhalten der Wettbewerbsteilnehmer.

3. Wettbewerb im Internet

Nicht nur als Kommunikationsplattform, auch als Mittel der Wirtschaft oder als „ökonomischer Ort des Tausches“ und somit als Markt (HdWW a.a.O) gewinnt das Internet mehr und mehr an Bedeutung. Wettbewerb ist im Internet allgegenwärtig, angefangen bei Produkteinformationen, virtuellen

⁶ BERGER, S. 64.

⁷ BAUMBACH / HEFERMEHL, Allg. Teil, N 1 (S.60).

⁸ Näheres schon in BGE 75 IV 21, wo das BGer wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen zwei Herausgebern eines Fachblattes bejahte, auch wenn die Fachblätter ideellen Inhaltes waren.

⁹ PEDRAZZINI, S. 31.

¹⁰ HdWW zum Begriff „Marktformen“; zitiert hier nach Willeke, Rainer Josef: Marktformen, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, 7, S. 136-147.

¹¹ MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 4.

Einkaufsgeschäften (u.a. www.leshop.ch, www.markt.com, www.migros.ch, www.amazon.com¹²), Einkaufspools (www.oelpooler.ch, www.letsbuyit.com), Fachgeschäften (www.dell.com¹³), Werbung (auf sogenannten Bannern¹⁴ oder per Mail) sowie bei Dienstleistungen wie Online-Banking Versicherungen u.v.m. Insbesondere die häufigen erotischen Angebote werden besonders aggressiv vermarktet.



Abbildung 1: Beispiel einer typischen Bannerwerbung.

Der Wettbewerb im Internet ist gross, der Markt wachsend, obwohl die Möglichkeiten der kommerziellen Nutzung erst ab 1995 richtig entdeckt wurden.

Das Internet bietet dabei für Märkte, Anbieter und auch Nachfrager grosse Chancen. Seine räumliche Freiheit, seine Schnelligkeit und seine relativ leichte Zugänglichkeit können dem Wettbewerb an sich förderlich sein. Es kann als Medium den Teilnehmern eines Marktes das gegenseitige Finden und die Kommunikation erleichtern, dadurch den Markt überblickbarer machen und fördern.

Nicht anders als in herkömmlichen Märkten ergeben sich dabei aber auch Schwierigkeiten – unter anderem lauterkeitsrechtlicher Art. Das Internet als relativ neues Medium wirft zusätzlich zu den gewohnten Rechtsfragen neue, spezifisch wettbewerbsrechtliche Fragen auf.

Zunächst gilt es abzuklären, ob und wie die bestehenden UWG Normen im Internet Anwendung finden können, wie es sich mit dem Internet als internationalem Netz in einem Umfeld nationaler Gesetze verhält. Kann das Schweizer UWG überhaupt Geltung erlangen, wo und vor allem wie kann es durchgesetzt werden? Und wie sieht es aus, wenn beispielsweise eine deutsche Aktiengesellschaft - auf ihrer Web-Site www.volkswagen.ag¹⁵ (Top-Level-Domain „.ag“ = Antigua), die wiederum auf einem Server in Kanada gespeichert ist und ein internationales Publikum anspricht – gegen Landesrecht verstösst?

Diese und ähnlich gelagerte Fragen bilden den Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

¹² ZEHNDER S. 229: „In der Schweiz waren Bücher sogar die ersten Güter, die via Internet verkauft wurden“ vgl. auch www.freihof.ch oder www.sbz.ch.

¹³ Dell Computer, ein Pionierunternehmen, welches PCs nur über das Internet verkauft und damit täglich 1 Mio. \$ Umsatz erzielt. vgl. auch WIDMER / BÄHLER, S. 20.

¹⁴ In der Regel mit Hyperlinks versehene Werbeflächen, die von einem Seitenanbieter (typischerweise Online-Zeitungen, Suchmaschinen u.a. Gratisdienste, aber auch Provider usw.) auf ihrer Seite platziert werden.

¹⁵ Beispiel teilweise aus RICKE S. 15.

Kapitel 2: Recht im Internet

1. Das Internet als Rechtsraum

Mittlerweile ist nahezu unbestritten, dass das Internet *Rechtsraum ist - und eben nicht rechtsfreier Raum*. Mit dem Internet steht ein neues Medium mit schier unabsehbaren Grenzen zur Verfügung. Es wird, wie andere Medien auch, als Teilbereich des täglichen Lebens verstanden. Ein neues Medium zwar, auf das aber die nationalen Gesetze, wie auf sämtliche herkömmlichen Medien, anwendbar sind¹⁶. Weltweit handelt es sich dabei um rund 200 Rechtsordnungen. Die Internationalität des Netzes, eigentlich seine grosse Stärke, wird gerade hier zu seiner Schwäche. Die meisten dieser Rechtsordnungen bestanden schon vor der Verbreitung und kommerziellen Nutzung des Internets. Wie die richterliche Anwendung dieser nicht Internet – spezifischen Normen auf Sachverhalte des Internets aussehen wird, ist nur schwer absehbar. Dies schafft Rechtsunsicherheit und Risiken¹⁷.

Die Problematik liegt regelmässig nicht in fehlenden Normen, sondern in deren *Anwendbarkeit und Durchsetzbarkeit*. Diese „Grösse der *Kluft* (...) zwischen dem *theoretisch Gültigen* und dem *praktisch Durchsetzbaren*“ nennt HILTY (S. 38) das wirklich Neue und Bedenkliche am Information Highway. Ansonsten bezeichnet er die sich stellenden Rechtsfragen als gar nicht so neu – sofern man sich nicht durch unbekanntes technische Grundlagen blenden lasse.

Das Vorhandensein gültiger Rechtsnormen ändert nichts daran, dass gewisse Harmonisierungen auf multinationaler Ebene wünschbar sind – nicht zuletzt, um eine freie, einheitliche Entwicklung des Internets erst zu ermöglichen. Bilden doch zu grosse Rechtsunsicherheiten ein Handelshemmnis an sich. Korrigierend eingegriffen werden muss bislang jedoch mit den zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln: den nationalen Rechten und dazugehörigen Kollisionsnormen¹⁸.

2. Kollision mit ausländischem Recht

A. Anwendbarkeit und Gerichtsstand

Welche Rechtsordnung ist auf Sachverhalte im Internet anwendbar, wann gelangt das Schweizer UWG zur Anwendung und wo ist der Gerichtsstand? Gerade wegen der Globalität des Internets – ins Netz geladene Daten sind sofort weltweit zugänglich – ist es für nationale Gerichte nach HILTY (s. 38 f.)

¹⁶ SPAHR, S. 17 f.

¹⁷ WIDMER/BÄHLER, S. 21.

beinahe ein Ding der Unmöglichkeit, adäquat auf auftretende rechtliche Störungen reagieren zu können. Anderer Ansicht ist ROSENTHAL (S. 1340), welcher dafür hält, dass sich die Frage nach dem anwendbaren Recht (am Beispiel von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen) mittels nationalem Kollisionsrecht vernünftig lösen lässt.

a) Anwendbares Recht¹⁹

Die Frage, ob bei internationalen Sachverhalten (Art. 1 IPRG)²⁰ Schweizer Recht anwendbar ist, überprüft ein angerufenes Schweizer Gericht von Amtes wegen. Vorbehalten völkerrechtlicher Verträge wird dies mittels des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) beantwortet. Da das UWG lex specialis zu Art. 41 ff. OR²¹ ist, finden die Art. 129 ff. IPRG über unerlaubte Handlungen, besonders Art. 136 IPRG, Anwendung. Letzterer besagt als zentrale Norm, dass Ansprüche aus *unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates unterstehen, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet*.

Es ist nicht auszuschliessen, dass ein Schweizer Gericht einen Streitfall nach ausländischem Recht zu beurteilen hat, denn die Frage nach der Zuständigkeit des Gerichtes und nach dem anwendbaren Recht wird getrennt entschieden. Es besteht für die Parteien aber in jedem Fall nach Eintritt des schädigenden Ereignisses die Möglichkeit, sich für das *Recht am Gerichtsort* als massgebliches Recht zu einigen (Art. 132 IPRG). Bei vertraglichen Abmachungen kann das massgebliche Recht im Vertrag bereits festgelegt werden.

aa) Das Kaskadensystem des Art. 133 IPRG

Trotz der Sonderregelung des Art. 136 IPRG, die bei wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen das Recht des *Erfolgsortes* für anwendbar erklärt, kann den Parteien die Möglichkeit der *Rechtswahl* zugestanden werden. Diese gilt nur für zivilrechtliche Ansprüche und niemals bei straf- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

aaa) Für Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung, die ein *zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten bereits bestehendes Rechtsverhältnis* verletzt, wird das Recht angewendet, dem das vorbestehende Rechtsverhältnis untersteht (Art. 133 Abs. 3 IPRG).

bbb) Fehlt ein solches Rechtsverhältnis:

Haben Schädiger und Geschädigter ihren *gewöhnlichen Aufenthalt* im gleichen Staat, so ist das Recht dieses Staates anwendbar. Der gewöhnliche Aufenthalt ist der Ort, an dem eine Person während längerer Zeit, wenn auch nur befristet, lebt²² (Art. 133 Abs. 1 IPRG).

¹⁸ Kollisionsnormen oder Kollisionsrecht bezeichnet Normen zur Klärung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten.

¹⁹ Vertiefend ROSENTHAL, 1340-1350.

²⁰ SCHWANDER, N 53 f.

²¹ Vgl. zur Stellung des UWG auch hinten, S. 11.

²² Vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG und SCHWANDER N 202-210.

ccc) Absolut Subsidiär:

Muss der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges seiner Handlung in einem Staat rechnen, so ist das Recht dieses Staates – des *Erfolgsortes* - anwendbar. Dabei obliegt ihm auch die Beweislast, dass er den Erfolgseintritt dort nicht habe voraussehen können. Gelingt dem Schädiger dieser Beweis, so gilt das Recht des *Handlungsortes* (Art. 133 Abs. 2 IPRG).

Der *Handlungsort* bei Internetdelikten ist laut ROSENTHAL²³ der *Standort des Schädigers* und nicht der Standort des Servers. Nach STÄHELI²⁴ ist somit der Handlungsort Schweiz auch dann gegeben, wenn Daten aus dem Ausland auf einen Schweizer Server geladen werden, da diese damit bewusst in der Schweiz platziert worden sind. Zu leicht wäre es sonst, seine Daten an einem sicheren „off-shore“ Standort im Ausland zu hosten (=auf den Server laden) und so weiteren Konsequenzen zu entgehen. Diesen Auffassungen kann aus Gründen der Praktikabilität und zur Verhinderung von Missbräuchen zugestimmt werden.

Die Konstellation des Art. 133 Abs. 2 Satz 2 IPRG (vorne ccc) wird bei Handlungen im Internet besonders häufig anzutreffen sein. Handelt es sich doch um Distanzdelikte, bei denen der Handlungs- und der Erfolgsort auseinanderfallen.

bb) Die Regelung des Art. 136 IPRG

Die Regelung des Art. 136 IPRG ist als Sondernorm bei Verletzungen der Lauterkeit im Wettbewerb zu betrachten. Sie regelt bei Verletzungen der Art. 2 ff. UWG die Anknüpfung, es ist immer das Recht am *Marktauswirkungsort* massgebend. Damit wird auch der Einfluss des Kaskadensystems soweit gemindert, dass *einzig noch die Rechtswahl beider Parteien als zulässig* angesehen werden kann.

Auch Art. 136 IPRG findet nur in zivil- und nicht in straf- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren Anwendung²⁵.

Nicht selten beinhalten Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs auch Persönlichkeitsverletzungen. Bei wettbewerbsrelevanten Persönlichkeitsverletzungen sind trotzdem die Anknüpfungsregeln des Lauterkeitsrechts heranzuziehen. Es gilt also ebenfalls das Recht am *Marktauswirkungsort*, die Art. 133 sowie 139 IPRG, welche ansonsten das anwendbare Recht bei Persönlichkeitsverletzungen regeln (Art. 33 Abs. 2 IPRG), sind nicht anwendbar²⁶.

Im Lichte dieser Regelung von Art. 136 IPRG müssen Dateninhalte auf dem Internet grundsätzlich vor den lauterkeitsrechtlichen Normen jener Staaten standhalten, in denen sich potenzielle Teilnehmer des

²³ ROSENTHAL, S. 1342 mit Hinweisen auf STÄHELI in HILTY, S. 600 f.

²⁴ STÄHELI, Thomas in HILTY, S. 600.

²⁵ VISCHER, Frank: in IPRG Kommentar, Art. 136, N 2.

²⁶ VISCHER, Frank: in IPRG Kommentar, Art. 136, N 6.

gleichen Marktes befinden²⁷. Dies macht das Internet zu einem riskanten Medium für den Werbenden, der Inhalte an der Grenze des Zulässigen veröffentlicht.

Konkret bedeutet dies für einen Anbieter von Daten im Internet, dass er sich bewusst sein muss, an welchen Orten eine Schädigung eintreten könnte. Das Recht dieser jeweiligen Staaten könnte auf ihn anwendbar werden – vorausgesetzt, das anwendbare Kollisionsrecht dieses Staates erkennt auf eine entsprechende Lösung.

Aus der Sicht der Schweiz ist Schweizer Recht auf lauterkeitsrechtliche Sachverhalte dann anwendbar, *wenn der Erfolg in der Schweiz eintritt* (beim Erfolgsort), also wenn die unlautere Handlung im Schweizer Markt Wirkung entfaltet. Nicht anwendbar ist Schweizer Recht, wenn die Schweiz der Handlungsort ist (also bspw. Daten aus der Schweiz auf einen ausländischen Server geladen werden), der Marktauswirkungsort jedoch im Ausland liegt.

b) Gerichtsstand

Das Schweizer Gericht ist nach Art. 129 IPRG zuständig, wenn die Klage am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten geführt wird. Fehlt ein solcher, richtet das Gericht am gewöhnlichen Aufenthalts- oder Niederlassungsort (zu den Begriffen vgl. Art. 20 IPRG). Besondere Bedeutung im Wettbewerbsrecht kommt auch Art. 129 Abs. 3 IPRG zu, der bestimmt, welcher Richter bei mehreren Beklagten zuständig ist (BGE 117 II 204 ff.). Dies führt zu einem einheitlichen Gerichtsstand und somit zu gleicher Anwendung des Rechts und ökonomischeren Verfahren.

Art. 129 Abs. 3 IPRG:

Können mehrere Beklagte in der Schweiz belangt werden und stützen sich die Ansprüche im Wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe, so kann bei jedem zuständigen Richter gegen alle geklagt werden; der zuerst angerufene Richter ist ausschliesslich zuständig.

Ob eine Klage an einem anderen Ort zulässig ist, muss aufgrund des jeweiligen Kollisionsrechts des Ortes beurteilt werden, an dem geklagt wird.²⁸ Allenfalls findet auch Staatsvertragsrecht Anwendung. Im europäischen Raum (Mitgliedstaaten von EU und EFTA) ist das sogenannte *Lugano-Übereinkommen* (*LugÜ*) von Bedeutung, welches Ausnahmen vom „Grundsatz der Klage am Ort des Beklagten“ zulässt und somit dem Kläger die Möglichkeit gibt, einen Streitfall vor ein Gericht in seinem Heimatland zu bringen.²⁹ Nach dem Art. 5 Ziff. 4 LugÜ kann beispielsweise unter Umständen am Ort eines Strafverfahrens geklagt werden:

Art. 5 Ziff. 4 LugÜ

wenn es sich um eine Klage auf Schadenersatz oder auf Wiederherstellung des früheren Zustands handelt, die auf eine mit Strafe bedrohte Handlung gestützt wird, vor dem Strafgericht, bei dem die öffentliche Klage erhoben ist, soweit dieses Gericht nach seinem Recht über zivilrechtliche Ansprüche erkennen kann;

Dies bedeutet, dass ein Beklagter auch in einen Prozess im „Ausland“ verwickelt werden kann!

²⁷ STÄHELI, S. 602.

²⁸ SPAHR, S. 20 ff.

²⁹ SPAHR, a.a.O.

c) Konfliktvermeidung

Um Klagen zu vermeiden oder auszuschliessen, hat der Anbieter einer Web-Site verschiedene Möglichkeiten:

- aa) Er fasst den Inhalt der Seite so ab, dass wettbewerbsrechtliche Konflikte ausgeschlossen werden können. Aufgrund der grossen Zahl anwendbarer Landesrechte dürfte dies nur mit der *Fomulierung hamloser Inhalte*, genügend weit innerhalb der Grenzen der Zulässigkeit, zu erreichen sein. Dieses Vorgehen birgt Risiken. Das Internet wird dadurch, wie bereits erwähnt, zu einem unberechenbaren Medium für den Wettbewerber, der sich an der Grenze des Zulässigen bewegt. Sein Freiraum und seine Informationsmöglichkeiten werden eingeschränkt.
Es wird nur schwer möglich sein, das komplette positive Recht weltweit zu erfassen oder gar kontinuierlich dessen Änderungen zu verfolgen, um die Inhalte daran anzupassen.
- bb) Das Beziehen internationaler Werberichtlinien, wie den „Guidelines on Interactive Marketing Communications“ der Internationalen Handelskammer (ICC), kann die Rechtssicherheit erhöhen, jedoch nicht garantieren³⁰. Es handelt sich um Kompromisse, die die nationalen Rechtsordnungen nur bedingt wiedergeben.
- cc) Bei Unternehmen, die nur lokal tätig sind, nebenbei aber eine Web-Site betreiben, erübrigen sich Fragen nach dem anwendbaren Recht, wenn die Geschäftstätigkeit nicht über die Landesgrenzen hinaus geht (Grenznahe). Das lokale Tätigkeitsfeld muss sich aus der Natur des Geschäfts ergeben oder in der Web-Site ersichtlich sein. Ein Pizzakurier bspw. kann nur auf überschaubarem Raum Handel treiben³¹ – die Anwendung internationalen Rechts oder fremden Landesrechtes erübrigt sich.
- dd) Als sichere Variante empfiehlt es sich, in allen Märkten, die der Anbieter erschliessen will, eine *landeseigene Web-Site* anzubieten, so dass klar ersichtlich wird, für welchen Kundenkreis die jeweilige Seite bestimmt ist³². Auch der explizite Ausschluss eines Kundenkreises mittels eines sog. „*Disclaimers*“³³ kann die Anwendung des jeweiligen Rechts ausschliessen³⁴. Die gleiche Wirkung kann auch eine Landesflagge auf der Seite erzielen (bspw. als Link auf der Homepage), wenn daraus klar ersichtlich ist, dass sie das Angebot eingrenzen soll. Bestellungen aus anderen Ländern müssen dann aber auch konsequent, ev. mittels einer automatischen Routine im Bestellformular, abgewiesen werden. Umgekehrt deutet auf eine internationale Kundschaft hin, wenn internationale Versand- oder Zahlungsmöglichkeiten aufgeführt werden.

³⁰ Vertiefend WIDMER / BÄHLER, S. 222 ff. m.w.Hv.

³¹ Beispiel aus WIDMER / BÄHLER, S. 226.

³² S. auch WIDMER / BÄHLER, mit Beispiel S. 383.

³³ Beispiele: „This offer is only available for consumers in X country“ oder „This offer is not available for consumers in X country“; Die Sites der X Bank sind nicht für Personen bestimmt, die einem Gerichtsstand unterstehen, welcher die Publikation bzw. den Zugang zu den Websites der X Bank verbietet. Personen, auf welche solche Einschränkungen zutreffen, ist der Zugriff auf die Sites der X Bank nicht gestattet.

³⁴ STECHER in Webvertising, General Report, S. 11.

- ee) Lediglich Indizien, die auf einen bestimmten Kundenkreis hindeuten, sind³⁵:
- die Sprache der Seite, wobei Englisch als die Internetsprache wohl keine Aussage zulässt.
 - die Art des Angebotes. Fehlt es in einem Land an der Nachfrage für ein Produkt und somit an einem Markt, kann dieser auch nicht beeinflusst sein.
 - Serviceleistungen, die für ein Produkt erforderlich sind. Fehlt in einem Land ein Netz von Serviceorganisationen (Hersteller, Vertragspartner), deutet dies auf fehlende Marktrelevanz in diesem Staat hin.
 - die Registrierung in Verzeichnissen von Suchmaschinen, insbesondere in länderspezifischen Katalogen.
 - die Landeswährung der Preisangaben.
- ff) Die Web-Site muss stets aktuell gehalten werden, es reicht nicht, wenn sie nur beim Veröffentlichungstermin auf dem neusten Stand ist. Dies gilt insbesondere bei Preisveränderungen usw.³⁶

B. Durchsetzbarkeit³⁷

Vollstreckt werden können Urteile nur durch den Wohnsitzstaat des Verurteilten. Der Urteilsstaat kann nicht in die Sphäre eines fremden Staates eingreifen, weshalb dieser um Hilfe ersucht werden muss. Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Richtersprüche wird in der Regel in Staatsverträgen geregelt, in Europa ist dies weitestgehend das LugÜ.

Einfacher können Ansprüche klagender Konkurrenten durchgesetzt werden, wenn der Beklagte im urteilenden Land eine Zweigniederlassung unterhält, gegen welche vorgegangen werden kann.

Die Schweiz vollstreckt fremde Urteile nach Art. 25 IPRG, wenn das entscheidende Gericht zuständig war, das Urteil vollstreckbar ist und keine Verweigerungsgründe vorliegen (bspw. Verstoß gegen den ordre-public).

C. Zusammenfassung

ROSENTHALS Aussage (vgl. vorne S. 5), dass die Frage nach dem anwendbaren Recht mittels kollisionsrechtlichen Normen hinlänglich gelöst werden kann, ist somit beizupflichten. Dennoch, und hier kann die Ansicht von HILTY beigezogen werden, schafft die Internationalität der Datennetze besondere Schwierigkeiten, insbesondere bei der Durchsetzung von Urteilsprüchen wegen „off-shore-Problematischen“. Zu pessimistisch ist die Wertung HILTYs jedoch, es sei „völlig illusionär[!], daran zu

³⁵ WIDMER / BÄHLER, S. 233 ff.

³⁶ Th. J. Smedinghoff (Ed.), Online Law, Reading u.a. 1996, S. 354 f., zitiert nach WIDMER / BÄHLER, S. 198, Fallbeispiel 3.

³⁷ SPAHR, S. 22 f.

glauben, nationale Gerichtsinstanzen wären mit ihrem traditionellen Instrumentarium imstande (...) adäquat reagieren zu können.“ ROSENTHAL schliesst aus seiner Betrachtung die Mängel der Durchsetzbarkeit aus. Dies lässt sein Ergebnis, „dass sich die Frage [nach dem im Cyberspace anwendbaren Recht] auch mit dem bestehenden (Schweizer) Kollisionsrecht vernünftig lösen lässt“, obwohl richtig, als zu optimistisch erscheinen.

Das Kollisionsrecht vermag den Anforderungen eines internationalen Netzwerks wie dem Internet zu genügen. Nationales Recht ist anwendbar und beeinflusst die virtuelle Welt regelnd. Wünschbar sind jedoch weitere Regelungen (bspw. Staatsverträge i.S. des LugÜ), die eine noch bessere Durchsetzbarkeit dieser Normen ermöglichen und verhindern, dass „off-shore-Plätze“ für Daten bestehen. Damit dem Recht und der Lauterkeit Genüge getan werden kann, muss es auch durchsetzbar sein. Darin ist ein Mangel erkennbar.

TEIL II: DAS UWG IM INTERNET

Kapitel 1: Allgemeines und Legitimation

1. Allgemeines

A. Entstehung, Wesen und Schutzobjekt

Eine erste Regelung, die zum Ziel hatte, den Wettbewerb in lauterer Bahnen zu halten, fand sich in Art. 48 aOR³⁸. Historisch ist das UWG somit ein Sondertatbestand - also *lex specialis* - des privatrechtlichen Deliktsrechts von Art. 41 ff. OR. Das UWG in seiner heutigen Form verlangt jedoch nicht mehr nach einer Verletzung eines subjektiven Rechts³⁹, wie dies in Art. 41 ff. OR üblich ist, um den Unrechtsgehalt einer Handlung zu verwirklichen. Es genügt ein *Verstoss gegen Treu und Glauben*⁴⁰, was das UWG heute auch als Spezialnorm des Art. 2 ZGB erscheinen lässt.

Eine nach Art. 2 UWG widerrechtliche Handlung löst neben *zivilrechtlichen* (Art. 9 UWG) auch *strafrechtliche Folgen* (Art. 23 UWG) aus. Somit hat das UWG sowohl eine privat-deliktsrechtliche, als auch eine strafrechtliche Komponente. Die Hauptmittel des UWG zur Erreichung seiner Ziele sind jedoch die zivilrechtlichen. Die Strafnormen bezwecken hauptsächlich die Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes. Lediglich, aber immerhin, in einem Fall arbeitet das UWG auch mit *verwaltungsrechtlichen Bestimmungen*: nämlich bei der Preisbekanntgabe in Art. 16 ff.

Welches das Schutzobjekt des UWG ist, wird in dessen Zweckartikel (Art. 1 UWG) *expressis verbis* erwähnt: der *lautere und unverfälschte Wettbewerb*. Dieser Schutz erfolgt „im Interesse aller Beteiligten“, sowohl der potenziellen Anbieter und Nachfrager, aber auch der Allgemeinheit. Das UWG entfaltet somit zusätzlich eine gewisse konsumentenschützerische Funktion und schützt u.a. auch den neu in einem Markt auftretenden Anbieter. Trotzdem sind nicht die am Markt Beteiligten Schutzobjekt, sondern *einzig und alleine der faire Wettbewerb*. PEDRAZZINI (S. 53) bezeichnet die privaten Interessen der Beteiligten deshalb als „mitgeschützt“ und „nicht eigentliche Schutzgüter“, immerhin aber als „indirekte Schutzgüter“. Damit vergleichbar äussert sich DUBS⁴¹. Diese Beschreibungen des Schutzobjektes sind direkte Folge von Art.1 UWG und somit unbestritten.

³⁸ Art. 48 aOR (AS 27, 317): „Wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebahrens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen.“

³⁹ In der Fassung von Art. 48 aOR wurde unlauterer Wettbewerb noch als Verletzung eines subjektiven Rechts betrachtet. vgl. DUBS, §1.

⁴⁰ PEDRAZZINI S. 1.

⁴¹ DUBS, S. 13.

Mit dem Schutz des Wettbewerbes wird ein von Einflüssen möglichst freies Spiel des Marktes – von Angebot und Nachfrage also – angestrebt.

B. Verhältnis zu anderen Erlassen

Eine besondere Rolle spielt beim Wettbewerbsrecht immer auch das Verhältnis zu anderen Erlassen. Dies unter anderem, weil ein Sachverhalt unter verschiedene Normen gleichzeitig fallen kann, aber auch, weil andere Erlasse ebenfalls Wettbewerbsrelevantes regeln. Es sind dies v.a. die Immaterialgüterrechte, welche begrenzte Wettbewerbsmonopole begründen und das Kartellrecht.

Nach h.L. bildet das UWG gegenüber dem immaterialgüterrechtlichen Sonderschutz einen *ergänzenden* oder *subsidiären*, nie aber einen *stellvertretenden Schutz*⁴². D.h. das UWG darf keinen Sonderschutz ersetzen, wenn er nicht beantragt wurde, nicht möglich oder bereits abgelaufen ist⁴³. Kein Schutzrecht kann auf dem „Umweg“ des Lauterkeitsrechts erlangt werden. Sind also die Voraussetzungen für den Schutz nach einem Immaterialgüterrecht nicht gegeben, so kommt auch ein Schutz nach UWG nicht in Betracht (vgl. BGE 113 II 77 i.c. bezüglich dem MMG). Ebenso kann der Sonderschutz nicht durch UWG erweitert werden, wie in BGE 113 II 77 festgestellt: „Eine Nachahmung, die vor Modellrecht standhält (...) verletzt grundsätzlich auch nicht das UWG“⁴⁴.

Die sondergesetzlichen Vorschriften der Immaterialgütergesetze gehen den allgemeineren des UWG vor, schliessen sie aber nicht aus. BGE 118 II 459:

„Ein ergänzender Lauterkeitsschutz kommt nur dann zum Tragen, wenn spezifisch wettbewerbsrechtliche Motive, die keine Parallelitäten zum sondergesetzlichen Schutz aufweisen oder klarerweise mit den lauterkeitsrechtlichen Grundsatzwertungen korrespondieren, eine Beschränkung der Nutzungsfreiheit gebieten.

Ebenso urteilt das BGE in der Entscheid 117 IV 45 über das Verhältnis von MSchG zu UWG zu Gunsten des Spezialerlasses, wo Strafbarkeit nach UWG ausgeschlossen und Strafbarkeit nach MSchG bejaht wird.

Als Abgrenzungskriterium zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht wird oftmals die ratio legis der Erlasse herangezogen. Das Kartellrecht hat demnach den Bestand des Wettbewerbs zu sichern (quantitativ), das Lauterkeitsrecht gewährleistet den (dadurch bestehenden) Wettbewerb in seiner Qualität, so dass dieser nicht entarte⁴⁵.

⁴² Aus der Praxis zur Thematik: BGE 93 II 272 (Kuttelreinigungsmaschine), BGE 116 II 365 (Nivea), BGE 108 II 327 (Bausteine), BGE 116 II 471 (Volvo), BGE 113 II 190 (Le Corbusier), BGE 113 II 306 (Dissertation), BGE 110 II 411 (Tosca), BGE 105 II 297 (Montre-Bracelet), BGE 113 II 77 (Aiguille), BGE 95 II 470 (Milchkasten), BGE 92 II 202 (Wäschetruhe), BGE 108 II 69 (Rubik-Würfel), BGE 87 II 54 (Scharnierbänder), ZR 1965, Nr. 149 (Melitta-Filter), BGE 116 II 614 (Gucci).

⁴³ PEDRAZZINI, S. 55, mit Beispielen.

⁴⁴ Une imitation qui ne peut être attaquée sous l'angle du droit des modèles, parce qu'elle n'est pas illicite ou qu'elle porte sur une marchandise dont la forme ne bénéficie pas de la protection légale - en l'espèce, des aiguilles de rechange -, ne viole en principe pas non plus la loi sur la concurrence déloyale.

⁴⁵ MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 33 m.w.Hv. / BGE 109 II 125, 107 II 286.

In der jüngeren Lehre taucht eine neue Auffassung der Abgrenzung von immaterialgüterrechtlichem Schutz gegenüber dem Lauterkeitsrecht auf. MÜLLER⁴⁶, und ihm weitgehend beipflichtend BAUDENBACHER⁴⁷, lehnen die Umwegtheorie ab. Der Umweg führt nie zu den gleichen Rechten wie die gewerblichen Schutzrechte und soll deshalb zulässig sein. Die Immaterialgüterrechte schützen die schöpferische Leistung als solche und schaffen damit eine zeitlich begrenzte Monopolisierung von Märkten⁴⁸. Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz hingegen verbietet die Verwertung der eigenen Leistung durch andere. Dieser Abgrenzungsversuch zeigt, wie schwierig die Trennung von Lauterkeitsrecht und gewerblichem Rechtsschutz ist. Und genau in dieser Schwierigkeit liegt das Bestechende an der neuen Theorie, welche (so MÜLLER a.a.O) auf eine *autonome Anwendung* der Gesetze hinausläuft.

2. Legitimation

A. Aktivlegitimation

a) Wer ist klageberechtigt

Das UWG in seiner neuen Fassung ab 1986 ist für Kläger wesentlich offener, als dies das aUWG noch war. Um klageberechtigt zu sein, muss der Kläger anders als in der Praxis zum aUWG, nicht mehr in einem Wettbewerbs- oder Konkurrenzverhältnis zum Beklagten stehen. Nach wie vor ist das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwingende Voraussetzung, damit das UWG Geltung beanspruchen kann (vgl. vorne S. 2), dieses *Wettbewerbsverhältnis muss jedoch nicht mehr zwischen Kläger und Beklagtem bestehen, auch Dritte sind klageberechtigt*.

Nach diesem *funktionalen Ansatz des UWG* kann jeder, der durch „unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird“, auch ohne Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses, die Klage nach Art. 9 Abs. 1 UWG anstrengen. Kunden, die in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt worden sind, klagen nach Art. 10 Abs. 1 UWG. Wirtschaftsverbände, Konsumentenschutzorganisationen und unter gewissen Voraussetzungen der Bund⁴⁹ sind ebenfalls zur Klage berechtigt (Art. 10 Abs. 2 UWG).

⁴⁶ MÜLLER, Jürg, in SIWR V/1, S. 39 ff.

⁴⁷ Kommentar UWG, Art. 1, N 86 ff.

⁴⁸ Kommentar UWG, Art. 1, N 88.

⁴⁹ Zu den besonderen Klageberechtigungen von Konsumentenschutzorganisationen, Wirtschaftsverbänden und Bund, auf die hier nicht weiter eingegangen wird vgl. u.a. SIWR V/1, S. 261 ff.

Hierzu tauchen zwei unterschiedliche Lehrmeinungen auf. Einerseits, so äussern sich u.a. PEDRAZZINI⁵⁰ und das Bundesgericht⁵¹, schränke Art. 9 Abs. 1 UWG die Öffnung des neuen Art. 2 UWG ein, indem über die Hintertüre das Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagtem wieder eingeführt werde. Der Kläger kann nämlich den geforderten Beweis, er sei in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen geschädigt, nur erbringen, wenn er in einem Wettbewerbsverhältnis zum Beklagten steht. Andererseits, so RAUBER⁵², fordere Art. 9 Abs. 1 UWG lediglich, dass der Kläger auf seinem Markt, also in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen getroffen werde, das Wettbewerbsverhältnis dürfe keineswegs als Voraussetzung angesehen werden.

M.E. ist dem Argumentarium von RAUBER eher der Vorzug zu geben, da es dem funktionalen Ansatz, der dem UWG als Ganzes inhärent ist, Rechnung trägt. Der Streit relativiert sich jedoch dadurch, dass es dem Kläger nur schwer möglich sein dürfte zu beweisen, dass er eine Schädigung oder Bedrohung nach Art. 9 Abs. 1 UWG erleide oder erlitten habe, wenn er nicht Mitbewerber des Beklagten ist.

Ausländische Kläger:

Die Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) garantiert Ausländern aus Verbandsstaaten einen „wirksamen Schutz“ gegen unlauteren Wettbewerb in der Schweiz (Art. 10^{bis} PVÜ). Sie sind wie Inländer zu behandeln (Art. 2 Abs. 1 PVÜ). Dennoch muss, damit das Schweizer UWG überhaupt anwendbar wird, ein Inlandbezug bestehen. Das Schweizer UWG entgeht einer Anwendung, wenn nicht Schweizerischer Wettbewerb tangiert wird (Art. 136 IPRG, vgl. vorne S. 6). Somit muss der Kläger marktrelevant in der Schweiz auftreten, um klageberechtigt zu sein⁵³.

Dazu sehr illustrativ BGE 116 II 106 (CeBIT):

“Als Angehörige eines Verbandslandes ist die Klägerin in der Schweiz wie eine inländische Gesellschaft zu behandeln (Art. 2 Abs. 1 PVÜ); dies gilt insbesondere für ihren Handelsnamen, unbekümmert darum, dass er in der Schweiz weder eingetragen noch als Warenzeichen hinterlegt ist (Art. 8 PVÜ).“

In casu ist der Kläger (Messeveranstalter) durch seine Werbung und Bekanntheit der CeBIT-Messe in der Schweiz aufgetreten - dieser „Marktauftritt“ ist notwendig, aber auch hinreichend, um eine Klageberechtigung in der Schweiz zu bejahen.

b) Wann kann geklagt werden

Um eine Klage anstrengen zu können, genügt eine *Bedrohung der wirtschaftlichen Interessen* des Klägers. Dieser muss also nicht warten, bis eine *Schädigung* eingetreten ist (dies in Anlehnung an den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ff. ZGB)⁵⁴.

⁵⁰ PEDRAZZINI, S. 223 f.

⁵¹ In BGE 121 II 173.

⁵² RAUBER in SIWR V/1, S. 252 f.

⁵³ Ebenso RAUBER in SIWR V/1, S. 258.

⁵⁴ RAUBER in SIWR V/1, S. 242.

Zwei Tatbestandselemente legitimieren materiell zur UWG-Klage. Erstens muss diese Bedrohung oder Verletzung ihren Ursprung in einer unlauteren Wettbewerbshandlung haben, es muss also ein *Kausalzusammenhang* zwischen der unlauteren Handlung und der Beeinträchtigung bestehen. Zweitens müssen durch sie die *eigenen wirtschaftlichen Interessen* des Klägers tangiert werden⁵⁵.

c) Aktivlegitimation im Internet

Wirkt sich eine unlautere Handlung auf den Schweizer Wettbewerb aus, wird Schweizer UWG anwendbar (Art. 2 UWG, Art. 136 IPRG). Klageberechtigung erlangt dann, wer die Kriterien nach Art. 9 oder 10 UWG erfüllt. Im Internet kann das somit jeder sein, der in der Schweiz in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Damit soll ausgeschlossen werden, dass jeder User⁵⁶ klageberechtigt ist. Eine derart breite Auslegung des Begriffs „wirtschaftliche Interessen“, die eine Popularklage zulässig machen würde, wäre verfehlt (ebenso PEDRAZZINI, S. 223).

Wem die Aktivlegitimation tatsächlich zugestanden werden soll, kann, im Hinblick auf die offene und funktionale Formulierung von Art. 2 UWG, nicht abschliessend aufgezählt werden. In der Praxis werden Klagen von Mitbewerbern geführt werden, die in irgend einer Form auf dem Schweizer Markt auftreten. Dies kann ein direkter Marktauftritt sein (Webpräsenz), breite Bekanntheit eines Wettbewerbers genügt jedoch bereits für die Aktivlegitimation (CeBIT). Im Internet-Bereich sind auch Klagen von Verbänden und Konsumentenschutzorganisationen (Art. 10 Abs. 2 UWG) denkbar und wegen der Internationalität insbesondere auch Klagen des Bundes (Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG). Eher selten dürften die individuellen Konsumentklagen nach Art. 10 Abs. 1 UWG bleiben. Nach diesen kann ein einzelner betroffener Konsument Klage führen. Dieses Klageinstrument bezeichnet RAUBER⁵⁷ wegen des grossen Prozessrisikos für den Kläger als „konzeptionelle Todgeburt“.

B. Passivlegitimation

a) Allgemeines

Die Öffnung des Art. 2 UWG bei der Revision 1986, hin zu seiner funktionalen Ausrichtung, hat gerade im Bereich der Passivlegitimation Wesentliches verändert. Hier, und nicht etwa bei der Aktivlegitimation, liegt der wirkliche Wandel - der Paradigmenwechsel im Lauterkeitsrecht. Klage geführt werden kann nunmehr auch gegen jemanden, der sich *nicht in einem Wettbewerbsverhältnis* befindet, trotzdem aber den Wettbewerb unlauter beeinflusst oder gefährdet. Diese Regelung hat beispielsweise schon zu Verurteilungen wegen unlauteren Wettbewerbs durch Presseäusserungen (BGE 123 III 354), Fernsehsendungen (BGE 124 III 72) oder durch Veröffentlichung eines wissenschaftlichen

⁵⁵ RAUBER in SIWR V/1, S. 251.

⁵⁶ Internet - Teilnehmer.

Forschungsergebnisses (BGE 120 II 76 und 125 III 185 [Mikrowelle]) geführt. Jeder also, der durch sein Verhalten den Wettbewerb beeinflusst, kann klageweise angegangen werden, sei dies nun ein Journalist, Verleger, Berater usw. sowie dessen Anstifter, Gehilfe oder Mittäter⁵⁸. Als Folge dieser strengen Praxis hat der EGMR die Schweiz schon wegen Verletzung der Pressefreiheit gerügt.

Schuldner lauterkeitsrechtlicher Ansprüche kann demnach jeder werden, der eine Handlung begeht, welche *geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen*. Laut einer bundesgerichtlichen Formel muss das Verhalten marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein⁵⁹.

Der Geschäftsherr (Art. 11 UWG):

Klagen gegen den Geschäftsherrn
Ist der unlautere Wettbewerb von Arbeitnehmern oder anderen Hilfspersonen bei dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen begangen worden, so kann auch gegen den Geschäftsherrn nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 geklagt werden.

Diese Regelung entspricht der Geschäftsherrenhaftung des Art. 55 OR. Das Verschulden der Hilfsperson ist nicht relevant, sie kann aber neben dem Geschäftsherrn „auch“ (Wortlaut des Gesetzes) in Anspruch genommen werden⁶⁰.

Ausländische Beklagte:

Gestützt auf UWG kann gegen ausländische Beklagte vorgegangen werden, wenn sich ihre Handlung in der Schweiz auswirkt. Der Gerichtsstand ergibt sich bei Schweizer Beklagten aus dem Gerichtsstandsgesetz (GestG), bei ausländischen aus Art. 129 Abs. 2 IPRG oder Staatsvertragsrecht wie dem LugÜ.

Bei fehlendem Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz kann am Handlungs- oder am Erfolgsort, also trotzdem an einem Schweizer Gericht, geklagt werden.

Für die Passivlegitimation bei den UWG-Klagen spielen das Verschulden an der Wettbewerbsverletzung oder der Vorsatz nie eine Rolle. Entscheidendes Kriterium, ob gegen jemanden Klage erhoben werden kann, ist einzig sein *adäquat kausaler Beitrag zu einer Störung der Lauterkeit im Wettbewerb*. Somit kann die Klage auch gegen Anstifter, Gehilfen oder Mittäter geführt werden⁶¹.

Der grosse Kreis möglicher Passivlegitimierter birgt insbesondere auch ein Risiko bei Veröffentlichungen im Internet. Das Internet als Informationsmedium dient häufig auch als Mittel zur Verbreitung und Veröffentlichung von Berichten, Forschungsergebnissen, Presseartikeln, Meinungen usw. Erfüllt ein solcher Inhalt einen Tatbestand der Art. 2 ff. UWG, wird dessen Verfasser passivlegitimiert und kann wegen der unlauteren Handlung belangt werden.

⁵⁷ RAUBER in SIWR V/1, S. 259.

⁵⁸ PEDRAZZINI S. 235; RAUBER in SIWR V/1, S. 269 ff.

⁵⁹ BGE 120 II 78 f. (Mikrowellenofen).

⁶⁰ RAUBER in SIWR V/1, S. 272.

⁶¹ RAUBER in SIWR V/1, S. 269.

b) Presseerzeugnisse und UWG

Wie erwähnt, ist es aufgrund des funktionalen Ansatzes des UWG und dessen Folge, dass auch am Wettbewerb nicht Beteiligte bezüglich UWG-Verletzungen belangt werden können, in der Schweiz zu Verurteilungen wegen des Inhalts von Presseerzeugnissen gekommen⁶². Obwohl der Presse die normale Passivlegitimation zukommt, ist zu beachten, dass *vorsorgliche Massnahmen gegen Presseerzeugnisse höheren Voraussetzungen genügen müssen*, um durchgesetzt werden zu können, da für sie auch die Bestimmungen von Art. 28c Abs. 3 ZGB gelten:

Eine Verletzung durch periodisch erscheinende Medien kann das Gericht jedoch nur dann vorsorglich verbieten oder beseitigen, wenn sie einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint.

Betrifft eine Veröffentlichung der Presse den Medienwettbewerb, also beispielsweise bei Äusserungen über einen Mitbewerber im Medienmarkt, so untersteht sie ohne Einschränkung dem UWG⁶³.

Besondere Diligenz ist laut PEDRAZZINI (S. 236) von den elektronischen Medien zu verlangen, da sie sich stärker auswirken und nur schwerer wieder zu berichtigen sind. Für Veröffentlichungen im Internet ist hierbei vor allem die erschwerte Möglichkeit der Berichtigung zu beachten – anders als bei der Druckpresse und dem Fernsehen werden viele Inhalte nur ein einziges Mal besucht und gelesen. Hier erscheint eine adäquate Berichtigung des Inhalts, insbesondere mit den zivilrechtlichen Mitteln der Gegendarstellung und Berichtigung (Art. 28a und 28g ZGB), nur selten möglich. Eine Gegendarstellung erscheint allenfalls als sinnvoll bei unlauteren Inhalten eines periodisch erscheinenden „Newsletters“⁶⁴ oder vergleichbaren Erzeugnissen.

Die strenge Praxis schweizerischer Gerichte stösst nicht selten auf Kritik⁶⁵, da sie regelmässig mit der Meinungsäusserungs-, Wissenschafts- und / oder der Pressefreiheit konfligiert. In den Entscheiden „Mikrowellenherd“ (BGE 120 II 76 und BGE 125 III 185) geht es um die Veröffentlichung einer wissenschaftlichen Arbeit, die behauptet, im Mikrowellenherd zubereitete Speisen seien gesundheitsschädlich, ohne aber darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine äusserst umstrittene Meinung handelt. Dabei ist zu beachten, dass laut Bundesgericht „wissenschaftliche Forschungen und die Publikation ihrer Ergebnisse [nicht wettbewerbsgerichtet sind], solange sie im akademischen Rahmen erfolgen. Sie werden es indessen, sobald [sie] darauf ausgelegt sind, das Verhalten der Marktteilnehmer, namentlich der Abnehmer, zu beeinflussen.“ Zum Verhältnis des UWG zu den Grundrechten besagt das Urteil sinngemäss, dass nur die lautere Aussage Grundrechtsschutz verdiene.

⁶² BGE 123 III 354 (Kleinkreditbanken), BGE 124 III 72 (Kassensturz / Contra-Schmerz). BGE 120 IV 32 (Beobachter), BGE 117 IV 193 (Bernina) oder die Mikrowellen – Entscheide BGE 120 II 76 und BGE 125 III 185.

⁶³ PEDRAZZINI, S. 235.

⁶⁴ Mehrfach in Mailform zugestelltes informatives Erzeugnis, welches durch die Abonnentin / den Abonnenten bestellt wurde. Wird i.d.R. über „Subscriberlisten“, in denen sich Interessierte eintragen können, versendet.

⁶⁵ PLÄDOYER 5/98, S. 30 ff. sowie S. 74 f. und PLÄDOYER 6/98, S. 20 ff.

Dieses Urteil des Bundesgerichtes brachte der Schweiz eine Rüge vor dem EGMR wegen Verletzung der Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) ein⁶⁶, worauf das Urteil in BGE 125 III 185 teilweise revidiert wurde.

Seither wird von verschiedenen Seiten, in der Presse⁶⁷ und in diversen parlamentarischen Vorstössen⁶⁸, eine Gesetzesrevision der einschlägigen UWG Bestimmungen postuliert.

Mit dieser Praxis hat die Schweiz, was die Medien betrifft, ein ausserordentlich strenges Lauterkeitsrecht. Daraus ergeben sich gewisse Grundsätze, die zu beachten sind. Kritische Berichte über Produkte sollen objektiv, d.h., nicht irreführend sein. Aus der Praxis lässt sich ableiten, dass nie ein einzelnes Produkt herabgesetzt werden darf, wenn andere Produkte die gleichen negativen Eigenschaften aufweisen (wie bei BGE 124 III 72 Contra-Schmerz) oder nie ein Produkt herabgesetzt werden darf, ohne zu erwähnen, dass es sich um eine (umstrittene) Meinung handelt (Mikrowelle).

Im Internet ist im Besonderen darauf zu achten, dass gewisse Tatbestände bereits durch falsch gesetzte Links erfüllt werden können. Wird eine Produktgattung kritisiert und dann ein Link auf einen einzelnen Anbieter erstellt (obwohl noch andere Anbieter auf dem Markt sind), könnte dies bereits lauterkeitsrechtliche Folgen nach sich ziehen (Herabsetzung, vgl. hinten S. 25).

c) Providerhaftung

Für die strafrechtlichen Konsequenzen gelten die gleichen Lösungen, wie sie sich im allgemeinen Strafrecht abzuzeichnen beginnen. Danach ist der Provider nicht verpflichtet, den Inhalt der auf seinen Servern gespeicherten Daten (Web-Sites, Mailboxen usw.) zu kontrollieren. Erlangt er jedoch Kenntnis von widerrechtlichen Inhalten, so kann er strafrechtlich als Gehilfe belangt werden, wenn er den Zugang zu diesen Daten nicht sperrt⁶⁹.

Für die privatrechtliche Haftung eines Providers nach UWG muss dieser eine Handlung begehen, die adäquat kausal den Wettbewerb unlauter beeinflusst. Das blosses zur Verfügung stellen von Speicherplatz auf einem Server sowie das Zugänglichmachen dieser Daten für Berechtigte oder die Allgemeinheit beeinflussen den Wettbewerb nicht direkt. Da Vorsatz und Verschulden im UWG für die zivilrechtliche Haftungsfrage nicht von Belang sind, darf es auch keine Rolle spielen, ob der Provider von dem unlauteren Inhalt Kenntnis hat. Der Provider wird also in der Regel zivilrechtlich nicht für UWG-Verletzungen zur Rechenschaft gezogen werden können.

⁶⁶ Hertel c. Suisse (59/1997/843/1049), zugänglich über die Suchmaschine „hudoc“:
<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/> ; NZZ vom 8.8.1989, S. 49.

⁶⁷ PLÄDOYER 6/98, S. 20 ff.

⁶⁸ Motion der Rechtskommission NR vom 1. Juli 1997 (96.057), im NR angenommen (30.09.97), im SR abgelehnt (08.12.98); vorher schon Motion Zölch (93.3626) sowie Initiative Vollmer (93.3617); nach wie vor hängig ist ein Postulat der Rechtskommission SR (98.3526): sämtliche Vorstösse sind auf www.parlament.ch (curia vista) einsehbar.

⁶⁹ WIDMER / BÄHLER, S. 329 ff. bezüglich strafrechtlicher Haftung; vgl. auch hinten, Fn. 102.

Kapitel 2: Tatbestände des UWG

1. Generalklausel

Die Generalklausel im UWG findet sich in dessen Art. 2, welcher dadurch als zentrale Norm des Lauterkeitsrechts bezeichnet werden darf. Seine Auslegung ist unbestrittenermassen, nach dem Willen des Gesetzgebers und des Bundesgerichts, funktional vorzunehmen⁷⁰.

Art. 2 Grundsatz

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

Die Generalklausel beschreibt in allgemeiner Weise, was unlauteres Wettbewerbsverhalten ist. Darin erwähnt wird das *Verhältnis zwischen Mitbewerbern* oder *zwischen Anbietern und Abnehmern* und das Verbot, in unlauterer, also gegen *Treu und Glauben* verstossender Weise, darauf einzuwirken. Obwohl die Generalklausel damit jede denkbare Unlauterkeit umfasst, hat sie in der Praxis bedauerlicherweise an Bedeutung verloren. Die Praxis – sogar das Bundesgericht – stützt sich meist auf die Art. 3 ff. UWG ab, welche beispielhafte Konkretisierungen der Generalklausel sind (die Sondertatbestände; vgl. hinten S.25 ff.). Wegen der zurückhaltenden Praxis in der Anwendung der Generalklausel werden Klagen nach Lauterkeitsrecht fast durchwegs auf die Spezialtatbestände gestützt⁷¹. Da die Sondertatbestände der Art. 3 ff. UWG aber nicht alle verpönten Handlungen umschreiben, sind widerrechtliche Handlungen denkbar, die allein gegen Art. 2 UWG verstossen. Diese sogleich erwähnten Tatbestände sind oftmals auch Grenzfälle der Lauterkeit. Eine Abwägung, ob eine Handlung als lauter oder eben unlauter einzustufen ist, ist im Einzelfall vorzunehmen. Eine abschliessende Aufzählung aller möglichen Tatbestände kann, was ja gerade der Sinn der Generalklausel ausmacht, nicht vorgenommen werden. Im Folgenden deshalb eine nur beispielhafte Auflistung, wobei die Systematik von MÜLLER⁷², welche sich an BAUMBACH / HEFERMEHL anlehnt, übernommen wird. Dabei werden die vier Fallgruppen *Kundenfang*, *Behinderung*, *Ausbeutung* und *Rechtsbruch* ausgedehnt.

A. Kundenfang

Beeinflussung von Kunden ist solange zulässig, gehört gar zum Wettbewerb, wie sie „wahr ist und sachgerecht geschieht“⁷³. Unwahr oder nicht sachgerecht, und somit ein Verstoß gegen die

⁷⁰ BERGER, Mathis, die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Diss. Zürich 1997; (vgl. auch vorne S.13 und 15).

⁷¹ JÖHRI, S. 106.

⁷² MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 60, welcher sich an BAUMBACH / HEFERMEHL, Einl. UWG, N 160 anlehnt.

⁷³ BAUMBACH / HEFERMEHL, Einl. UWG, N 161.

Generalklausel, ist bspw. die Beeinflussung durch *Irreführung, unlautere Werbeformen, Nötigung oder Belästigung* sowie *Ausnützen des Spieltriebes*.

a) Unlautere Werbung:

Aggressive Verkaufsmethoden werden nach Art. 3 lit. h UWG (hinten, S.35) als unlauter angesehen. Obwohl Werbung nicht als Verkaufsmethode i.S. dieser Bestimmung gilt, kann sie unlauter sein. Anstatt unter die Sondernorm von Art. 3 lit. h UWG fällt sie einfach unter die Generalklausel. Als unlauter wird in der Literatur hauptsächlich die *aggressive Werbung* erwähnt. Nur vereinzelt wird die Auffassung vertreten, aggressive Werbung könne nicht unlauter sein, weil sie nicht unter Art. 3 lit. h UWG falle. Der Gesetzgeber habe sich bewusst darauf beschränkt, nur die aggressiven Verkaufsmethoden zu erwähnen und somit aggressive Werbung durch ein *qualifiziertes Schweigen* als lauter erklärt. Die h.L. geht demgegenüber davon aus, dass jedes Wettbewerbsverhalten dem Zugriff der Generalklausel unterliegt – somit also auch die aggressive Werbung. Diese Ansicht erscheint als sachgerecht, da sie dem funktionalen Charakter und somit auch der ratio legis des UWG entspricht.

Unlautere Werbung hat zum Ziel, ihren Empfänger aufgrund sachfremder Überlegungen zu einem Kaufentscheid zu bewegen⁷⁴.

aa) Als aggressive und somit unlaute Werbung wird das *Spamming*, das unaufgeforderte und massenweise Versenden von Werbe E-Mails, angesehen (dazu hinten, S.62).

bb) *Gefühlsbetonte Werbung*, die mit der *Angst* oder *negativen Gefühlen* des Empfängers spielt, kann als unlauter gelten. Denkbar sind Fälle im Bereich des Gesundheitswesens, wie etwa in BGE 81 IV 182 (Marocaine – Filter), wo mit dem Slogan „Rauchen Sie gesünder Marocaine Filtre, die Cigarette, die nicht zum Husten reizt“ geworben wurde.

cc) Unterschwellige oder subliminale Werbung wird dem Empfänger übermittelt, ohne dass dieser davon bewusst Kenntnis nimmt und sich dagegen zur Wehr setzen kann. Dadurch wird diese Form von Werbung als besonders aggressiv qualifiziert⁷⁵. Sie fällt ohne weiteres unter die Generalklausel und ist verboten (wohl zweifelnd MÜLLER⁷⁶, der die Rolle subliminaler Werbung als „nicht geklärt“ bezeichnet).

Unterschwellige Werbung liegt typischerweise vor bei kurzer Einblendung von Werbebotschaften in Filmen – auch im Internet liessen sich solche Formen von Werbung in die Tat umsetzen⁷⁷.

dd) Eine Werbekampagne kann auch eine bekannte *Werbung von Konkurrenten ausbeuten*⁷⁸. Ein solcher Auftritt ist einerseits als Ausbeutung (sogleich hinten sowie Art. 3 lit. d UWG, S. 29), andererseits aber auch als Kundenfang verpönt. Durch die Nachahmung einer Werbung erreicht der Werbende, dass er sich den langen und aufwändigen Weg bis zur Bekanntheit seines Produktes ersparen kann.

⁷⁴ MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 65.

⁷⁵ PEDRAZZINI, S. 152, bewertet sie nicht als „besonders aggressiv“ aber doch als unlauter.

⁷⁶ In SIWR V/1, S. 65.

⁷⁷ Vgl. dazu auch PEDRAZZINI a.a.O., und WIDMER / BÄHLER, S. 211.

⁷⁸ Kommentar UWG, Art. 2, N 251.

Nachgeahmt werden können Werbeslogans, Spots, Plakate und ganze Werbekonzepte. Im Internet ist Ausbeutung durch ähnliche Bannerwerbung denkbar. Dies könnte gleichzeitig eine Irreführung zur Folge haben, weil der Link des Banners nicht zu dem Anbieter führt, den der Konsument erwartet.

b) Ausnützen des Spieltriebes

Gewinnspiele lassen sich im Internet besonders einfach realisieren und auch zu Zwecken der Werbung einsetzen⁷⁹. Zu beachten ist, dass Gewinnspiele, zu deren Teilnahme ein Einsatz geleistet oder ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden muss, dem *Lotteriegelgesetz*⁸⁰ unterstehen und grundsätzlich verboten sind.

Andere Formen von Gewinnspielen sind unlauter, wenn auf den potenziellen Kunden ein *Druck oder Kaufzwang* ausgeübt wird, sei er psychologischer Art oder mit den Teilnahmebedingungen verknüpft. Jeder Teilnehmer muss die gleichen Gewinnchancen haben, egal ob er nun Kunde sei oder nicht – und dieser Eindruck muss ihm auch durch die Aufmachung des Gewinnspieles entstehen.

Als Problematisch stuft es WIDMER / BÄHLER (S. 211) ein, wenn der Teilnehmer, um am Wettbewerb partizipieren zu können, in einen Virtual- oder Web-Store gelockt wird und sich so das Sortiment des Anbieters betrachten muss. Ein solches Vorgehen kann m.E. nur unlauter sein, wenn der Teilnehmer dadurch noch in die Irre geführt oder getäuscht⁸¹ wird. Ansonsten wird die Unlauterkeitsgrenze durch ein solches Vorgehen nicht überschritten, gilt es doch eine gewisse Werbefreiheit zu respektieren und den Konsumenten nicht zu entmündigen.

c) Belästigung

Werbung an sich bringt oft schon eine Belästigung mit sich. Sie ist bis zu einem gewissen Grade zu tolerieren. Geht die Belästigung jedoch so weit, dass eine ruhige und sachliche Prüfung eines Angebotes nicht mehr möglich ist, oder gar, dass ein Käufer nur zum Vertragsschluss Hand bietet, damit die Belästigung ein Ende hat⁸², ist die Grenze der Lauterkeit überschritten.

Mit Sicherheit auch in die Kategorie der Belästigung, wie auch in die der aggressiven Werbung, kann das Spamming fallen (hinten S. 62). Und m.E. gehört auch die *Verletzung der Persönlichkeit des Konsumenten*⁸³ in diese Gruppe. Persönlichkeitsverletzungen erscheinen dann als unlauter, wenn die Tathandlung einerseits wettbewerbsrelevant ist, andererseits, wie in Art. 2 UWG verlangt, gegen Treu und Glauben verstößt. In der Praxis ist ein Fall bekannt, in dem ein Anbieter pornografische Ware an eine grosse Zahl von Empfängern versandt hat. Die Adressdatenbank, der mit dem Material bedienten Kreise, kaufte er en bloc von einem in der Erotikbranche tätigen Unternehmen, welches dadurch seine

⁷⁹ Das Beispiel einer originellen Form eines solchen Wettbewerbes des Online Buchverkäufers amazon.com findet sich in WIDMER / BÄHLER, S. 209.

⁸⁰ SR 93551, worauf hier nicht weiter eingegangen wird.

⁸¹ Irreführung und Täuschung unterscheiden sich laut DAVID (S. 49, N 183) in ihrer Intensität, werden oft aber synonym verwendet.

⁸² BAUMBACH / HEFERMEHL, §1 Rn 57.

⁸³ PEDRAZZINI, S. 68.

eigenen Kundenverträge verletzte. Das Zustellen des sexistischen Materials, in Verbindung mit den Vertragsverletzungen des Adressverkäufers, lässt diese Handlung als unlauter erscheinen, wobei festzuhalten ist, dass „das Gesamtbild, die Häufung von Unkorrektheiten“ den Verstoss gegen Treu und Glauben bewirkten⁸⁴.

Trotz hoher Hürden besteht damit eine Praxis aufgrund Art. 2 UWG, die im Internet-Bereich ohne weiteres Bedeutung erlangen dürfte.

d) Irreführung

Die unlautere Irreführung ist eigentlich der Inbegriff der unlauteren Handlung. Viele der Spezialtatbestände des Art. 3 UWG sind nichts weiter als Konkretisierungen der Irreführung⁸⁵. Neben ihnen bleibt die Generalklausel jedoch anwendbar, da sie umfassender ist. Die Generalklausel nennt „jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten“. DAVID⁸⁶ bezeichnet die Irreführung als eine Verletzung des Gebotes der Klarheit. Sie ist unlauter, wenn Angaben gemacht werden, welche geeignet sind, die Verkehrskreise in ihren Entscheidungen zu beeinflussen⁸⁷.

Darunter fällt das *irreführende Werben mit Selbstverständlichkeiten*, so in BGE 81 IV 182, wo eine Stiftung damit warb, dass sie unter der Stiftungsaufsicht des EDI (gesetzlich vorgeschrieben nach Art. 84 ZGB) stehe. Als Selbstverständlichkeit gilt einerseits, wenn eine Eigenschaft eines Produktes hervorgehoben wird, die bei gleichen Produkten üblich oder vorgeschrieben ist. Andererseits, wenn das Produkt die hervorgehobene Eigenschaft von Gesetzes wegen nicht aufweisen darf oder nach den Naturgesetzen nicht aufweisen kann⁸⁸.

B. Behinderung

a) Behinderung allgemein

Genauso wie die Beeinflussung des Kunden gehört die Behinderung des Mitbewerbers zum normalen Wettbewerb. Sobald ein Wettbewerber seine Leistung nicht mehr vollständig oder gar nicht mehr zur Geltung bringen kann⁸⁹, wird das verpönte Mass der Behinderung erreicht und sie wird unlauter. Wettbewerber, die ihre Konkurrenz nicht mit der Qualität der eigenen Leistungen zu besiegen suchen, sondern mit Mitteln, die feindselig gegen Konkurrenten gerichtet sind, behindern den anderen unlauter.

⁸⁴ ZH in SJZ 1990, 288 (PORNO MAILING).

⁸⁵ Insbesondere sind die Art. 3 lit. b, lit. c, lit. f, lit. g, lit. i und lit. k-m Irreführungstatbestände.

⁸⁶ Vgl. vorne Fn. 81.

⁸⁷ MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 60.

⁸⁸ Grundsatz der Lauterkeitskommission Nr. 3.6 ; SCHWENNINGER / SENN / THALMANN, S. 40f.

⁸⁹ MÜLLER, Jürg in SIWR V/1, S. 66.

b) Insbesondere im Internet

Das Internet kann insbesondere wegen seiner schnellen und weitreichenden Kommunikationsmöglichkeiten als Mittel zur Behinderung der Konkurrenz missbraucht werden. Behinderungen sind dort denkbar, wo ein Lieferant oder Abnehmer aufgrund seiner Marktmacht (auch wenn diese kartellrechtlich noch nicht relevant ist) auf die Kundenbeziehungen seiner Konkurrenz Einfluss zu nehmen versucht, z.B. durch Boykott. Ein anschauliches Beispiel eines Boykottaufrufes findet sich in der deutschen Praxis, wo Fachhändler aufgerufen wurden, den Service an bestimmten Billiguhren abzulehnen⁹⁰. Wichtig ist hierbei die Abgrenzung zwischen dem unzulässigen Boykottaufruf und der grundrechtlich geschützten Meinungsäußerung. Die Schwelle für unlauteres Verhalten sollte nicht zu tief angesetzt werden, eine beachtliche Gefährdung des Marktes (und somit der grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit) muss gegeben sein, um die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit zu rechtfertigen.

Auch die systematische Personalabwerbung kann ein unlauteres Mass erreichen⁹¹. Unlautere Behinderung der Konkurrenz liegt ferner beim Abfangen von Kunden vor einem Geschäft vor. Diese Problematik, welche nur geringe Praxisrelevanz hat, könnte im Internet beim sogenannten Meta-Tagging Bedeutung erlangen (hinten S. 69)⁹². Ebenfalls denkbar sind vertragliche Behinderungen. So beispielsweise, wenn durch einen Vertrag ein Link gesetzt wird, bspw. auf der Seite eines Händlers, und Links der Mitbewerber explizit ausgeschlossen werden – eine solche Behinderung müsste allerdings systematisch erfolgen und den Mitbewerber bedrängen, um unlauter zu sein. Im Lichte des Behinderungstatbestandes unlauter wäre auch das Belegen von typischen Domainnamen der Konkurrenz einzig mit dem Zweck, dieser den Zugang zum Internet zu erschweren (hinten S. 58).

Zulässig ist das Unterbieten eines Preises der Konkurrenz – zumindest wenn dieses nicht als Lockvogel in der Werbung eingesetzt wird (zum Lockvogelverbot nach Art. 3 lit. f vgl. hinten S. 33).

C. Ausbeutung

Als Ausbeutung ist im Internet besonders das systematische Anschleichen an die Leistung Dritter - eine *Rufausbeutung* oder Ausnutzung fremden „Goodwills“ denkbar (BGE 102 II 292). Sobald eine Verwechslungsgefahr vorliegt, greift der Spezialtatbestand des Art. 3 lit. d UWG. Liegt noch keine Verwechselbarkeit vor, kann durch systematische Annäherung an eine Produktpalette eine unlautere Rufausbeutung vorliegen (BGE 116 II 365 Nivea, insb. E.3b.; i.c. wurde Unlauterkeit zwar verneint). Vergleichbar verhält es sich mit der systematischen Übernahme von Texten, die leicht abgeändert hätten

⁹⁰ BGH in GRUR 1984, S. 461 ff.

⁹¹ DAVID, S. 36 N 118 f.

⁹² Aus der deutschen Praxis ist ein Fall bekannt, in dem ein Mitbewerber im Telefonbuch auf der Seite der Konkurrenz ein Werbeinserat einfügte – mit der Folge, dass der Kunde dem grossen Inserat eher Beachtung schenkt, als dem kleingedruckten Text des Telefonbuchs (nach BAUMBACH / HEFERMEHL, §1 N 215).

werden können⁹³. Dies kann besonders im Internet, wo Texte einen grossen Teil des Inhalts bilden, Bedeutung erlangen.

Der Gesetzgeber hat in Art. 5 lit. c (hinten S. 42) die *unmittelbare Übernahme* einer Leistung für unlauter erklärt. Voraussetzung dafür ist, dass die Leistung eines Wettbewerbers mit Hilfe eines technischen Reproduktionsverfahrens übernommen wird. Fehlt ein solches Reproduktionsverfahren, bleibt die Generalklausel anwendbar. Eine solche *unmittelbare Übernahme*, die gegen Treu und Glauben verstösst, ist das Setzen von Inline-Links, die den Konsumenten irreführen. Inline-Linking ist das Einbinden von Elementen einer fremden Seite in eine Web-Site, ohne dass diese auf dem eigenen Server gespeichert werden. Es handelt sich also um eine Art Link, der Daten auf einem fremden Server abholt und in der eigenen Seite anzeigt, ohne dass ein Unterschied zum eigenen Inhalt erkennbar ist. Der Konsument erkennt den Link nicht, erst der Blick in den Quelltext einer Seite zeigt diesen an. So kann der irreführende Eindruck entstehen, ein Seiteninhalt, bspw. ein Zeitungsartikel, ein Bericht usw. sei das Produkt des Web-Site Anbieters, obwohl es tatsächlich von einem anderen Anbieter stammt. Dieses Vorgehen ist im Lichte der Generalklausel unlauter.

Zur Ausbeutung fremder Werbung vgl. vorne, S. 20 dd).

D. Rechtsbruch

Wird der Wettbewerb dadurch beeinflusst, dass eine andere gesetzliche Bestimmung als die UWG-Normen, verletzt wurde, kann auch UWG anwendbar werden. Die praktischen Beispiele sind nicht sehr häufig, wie bspw. das Dumping, welches möglich wird durch die Verletzung von Arbeitsbedingungen (weitere Bsp. in SIWR V/1, S. 76).

Aber auch die Verletzung vertraglicher Bestimmungen kann Unlauterkeit im Wettbewerb bewirken, was zum Beispiel möglich wird, wenn ein Vertrag Wirkung über die Grenzen der Vertragsparteien erzielt (wie etwa in BGE 114 II 91).

Parallelimporte sind wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig. Kauft ein Parallelimporteur die Ware bei einem Generalimporteur in einem „Billigland“, so verletzt Letzterer ev. einen Vertrag, was für den Parallelimporteur jedoch belanglos bleibt. Ausnahme: wenn die Anstiftung zum Vertragsbruch nachgewiesen werden kann, greift Art. 4 UWG (hinten S. 38). Zu den Parallelimporten vgl. die interessante Abhandlung von HILTI, Christian in recht 2000, S. 259.

Die Verbreitung von Anleitungen, die es erlauben Kopierschutzvorrichtungen von Software zu knacken, ist nach der Erkenntnis von CADUFF eine nach Art. 2 UWG als unlauter zu bewertende Handlung⁹⁴.

⁹³ PEDRAZZINI, S. 67.

2. Sondertatbestände des UWG

Neben der Generalklausel des Art. 2 UWG hat der Gesetzgeber in den Art. 3-8 UWG verschiedene typisch unlautere Tatbestände konkretisiert. Diese Aufzählung möglicher verpönte Handlungen ist nicht abschliessend, es gilt sich davor zu hüten, Sachverhalte nur unter diese Sondertatbestände zu subsumieren und so die Generalklausel ihrer Substanz zu berauben. Alle Sondertatbestände können als Konsequenz der Generalklausel ohne weiteres analog angewendet werden. Da es wenig Sinn macht, Sachverhalte unter die Folgen der Sondertatbestände zwingen zu wollen, anstatt die Generalklausel zu bemühen⁹⁵, fallen solche Analogien oft unter Art. 2 UWG. Im Lichte der Generalklausel darf auch nicht vergessen werden, dass die Voraussetzungen der Unlauterkeit auch bei Verstössen gegen Sondertatbestände erfüllt sein müssen. Es muss immer ein *wirtschaftlicher Wettbewerb* vorliegen und ein Verhältnis zwischen Mitbewerbern bzw. zwischen Anbietern und Abnehmern muss beeinflusst worden sein, damit eine Handlung unlauter sein kann.

A. Herabsetzung (Art. 3 lit. a UWG)

a) Im Allgemeinen

Herabsetzung, zeitweilig auch Anschwärzung (frz. Text: *dénigrer*) genannt, wird in Betracht gezogen, wenn jemand einen anderen, seine Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder seine Geschäftsverhältnisse anschwärzt, also verächtlich macht und damit herabsetzt. Dabei muss diese Anschwärzung eine gewisse Schwere aufweisen, nicht jede negative Aussage ist an sich schon herabsetzend⁹⁶. Es besteht eine gewisse Analogie zwischen Herabsetzung im UWG und Ehrverletzung im Personenrecht. Bei dieser wird ein Mensch, bei jener ein Wirtschaftssubjekt oder dessen Leistungen herabgesetzt. Eine Anschwärzung liegt vor, wenn einem Erzeugnis derart negative Eigenschaften wie wertlos, seinen Preis nicht Wert, unbrauchbar, fehlerhaft oder schadhaft zugeschrieben werden⁹⁷.

Damit der Tatbestand nach Art. 3 lit. a UWG erfüllt ist, muss die herabsetzende Aussage zusätzlich noch *unrichtig, irreführend* oder *unnötig verletzend* sein (vgl. die Beispiele dazu bei DAVID, S. 44 ff.). Auch eine wahre, objektiv richtige Tatsache kann unnötig verletzend oder unklar und damit irreführend sein und so herabsetzend wirken. Umgekehrt gilt entsprechend, dass nicht alles, was unrichtig ist auch unlauter sein muss⁹⁸. Massgebend ist die Wettbewerbs-Schädlichkeit. Ob eine Behauptung unnötig verletzend oder zulässig ist, ist oftmals auch eine Abgrenzung, die anhand der Sittlichkeit vorgenommen

⁹⁴ CADUFF, M. in einer unveröffentlichten Berner Lizentiatsarbeit: Urheber- und wettbewerbsrechtlich relevante Vorgänge in Mailboxen, Bern 1992, zit. nach PEDRAZZINI, S.71.

⁹⁵ PEDRAZZINI, S. 60.

⁹⁶ BGE 122 IV 33: Herabsetzung wurde verneint bei einer unrichtigen Äusserung eines Anlageberaters, welche im Gesamtzusammenhang von untergeordneter Bedeutung war.

⁹⁷ BGE 112 IV 33, E. 2c.

werden muss. Die Grenze setzt der gegenüber der Person des Mitbewerbers entgegenzubringende Respekt. Die Beurteilung, welche Aussage als unsittlich zu weit geht und welche tolerabel ist, bleibt der richterlichen Würdigung überlassen. PEDRAZZINI postuliert, dass der Richter diese Grenze der Zulässigkeit eng zu ziehen habe, um einer Verrohung der Sitten vorzubeugen. Sicher richtig ist, dass eine branchenspezifische, zu Verletzungen neigende Übung keine Unlauterkeit zu rechtfertigen vermag. Ebenso darf Unlauteres nicht mit Unlauterem vergolten werden⁹⁹.

Für die zivilrechtliche Beurteilung ist es nicht von Bedeutung, ob den Schädiger für den eingetretenen Erfolg der Herabsetzung ein Verschulden trifft. Die objektive Tatsache, dass eine Beeinflussung des Wettbewerbs stattgefunden hat, genügt als Verletzungstatbestand nach Art. 3 lit. a UWG.

b) Insbesondere im Internet

Jeder Inhalt, jede Aussage, jeder Text im Internet kann, genau gleich wie ausserhalb des Internets, herabsetzenden Charakter haben. Um jemanden gezielt herabzusetzen, bieten sich im Internet verschiedene Möglichkeiten an. Denkbar ist die Verunglimpfung in E-Mails, welche u.U. gravierendere Auswirkungen hat, weil sie rasch an viele Empfänger gerichtet werden kann, oder das Setzen von Links mit herabsetzenden Bemerkungen. Besonders unangenehm ist es, wenn ein Wettbewerber „unter seinem eigenen Namen“ verunglimpft wird, also bspw. auf einer Web-Site, die eines seiner Zeichen als Domainnamen besetzt¹⁰⁰, wie in folgendem Beispiel: Die Dr. Müller AG stellt fest, dass sie auf einer Web-Site unter dem Domainnamen „drmueller.ch“ durch eine Tierschutzorganisation verunglimpft wird. Da die Tierschutzorganisation den Domainnamen nicht firmenmässig verwendet, fällt der Schutz nach Firmenrecht ausser betracht (Art. 950 ff. OR). Ist der Inhalt der Web-Site irreführend oder täuschend, greift der Schutz nach lit. a, ist er dies nicht, liegt eine unlautere Behinderung vor, welche gegen die Generalklausel verstösst. Wettbewerbsrechtlich ist die Dr. Müller AG somit geschützt¹⁰¹.

Eine grosse Praxisrelevanz hat die Herabsetzung im Internet Bereich bislang noch nicht erlangt. Es sind zwei Fälle von Herabsetzung im Internet aus den USA bekannt¹⁰², die Verfahren drehten sich jedoch durchwegs um die Providerhaftung (vorne S. 18).

⁹⁸ STREULI-YOUSSEF in SIWR V/1, S. 121; PEDRAZZINI, S. 75; BAUMBACH / HEFERMEHL, UWG §1, N 317 ff.

⁹⁹ PEDRAZZINI, S. 76 m.w.Hw auf die Praxis des BGer.

¹⁰⁰ Berühmt geworden ist das Beispiel von www.novartis.ch. Dieser Domainname wurde von der Umweltschutzorganisation Greenpeace benutzt.

¹⁰¹ Beispiel aus: Internet Domainnamen, S. 133.

¹⁰² Cubby vs. Compuserve sowie Stratton Oakmont vs. Prodigy, beide in WIDMER / BÄHLER, S. 323 f. und Hinweisen auf DOOLEY, Defamation on the Internet, CTRLR 6/1995, S. 191 ff.

B. Irreführung (Art. 3 lit. b UWG)

a) Im Allgemeinen

In die Irre geführt wird der Konsument durch *unklare* oder *unwahre* Aussagen des Anbieters. Die Begriffe Täuschung und Irreführung werden regelmässig synonym verwendet, DAVID¹⁰³ hat diese Terminologie jedoch verfeinert, indem er die Irreführung als Verletzung der Klarheit und die Täuschung als Verletzung der Wahrheit erkannte. Somit sind klare Aussagen (da ja per Definition nicht irreführend) stets lauter, wahre Aussagen hingegen sind nicht zwingend lauter - sie können auch unklar und somit unlauter sein.

Art. 3 lit. b UWG

Unlauter handelt, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.

Das Verbot der Irreführung im UWG bezieht sich auf alle Tatsachenbehauptungen, die *objektiv überprüfbar* sind. Somit sei auch in Erinnerung gerufen, dass trotz der Formulierung von Art. 3 lit. b UWG (wer über sich, seine...) nicht etwa nur der Anbieter oder nur der Werbende durch Unlauterkeit in die Irre führen kann, obwohl Letzterer in etlicher Literatur als einziger erwähnt wird. Unlauter handelt eben auch, wer „in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt“ (Art. 3 lit. b letzter Teilsatz UWG). Verfolgbar wird somit auch der Nicht-Konkurrent und sogar wer die Leistung eines Wettbewerbers unzutreffend *positiv qualifiziert*¹⁰⁴, ihn also besser hinstellt als er tatsächlich ist.

Nicht als objektiv überprüfbare Tatsachenbehauptungen gelten *Werturteile* und *Meinungsäusserungen*, solange diese für den Adressaten der Aussage klar als solche erkennbar sind. Ebenfalls gelten *marktschreierische Äusserungen*, die als solche erkennbar und vom Publikum so nicht ernst genommen werden, nicht als objektiv. Was eine marktschreierische Äusserung ist, hängt von der Zielgruppe der jeweiligen Äusserung ab. Anders hat das Bundesgericht in BGE 112 II 285 (Denner) entschieden, wo es ausführte, dass „das breite Publikum die Inserate der Klägerin so oder anders nicht wörtlich zu nehmen pflegt, weil es an Übertreibungen der Klägerin gewöhnt ist und um die Gegnerschaft der Beteiligten weiss.“ Somit hat das BGer i.c. darauf abgestützt, von wem die Werbung ausging und nicht auf deren Zielgruppe. Dieser Praxis ist kritisch zu begegnen, sie führt zu dem Ergebnis, dass, je nachdem, wer eine Äusserung tätigt, nicht mit gleich langen Ellen gemessen wird. Ob das Publikum eine Aussage ernst nimmt oder nicht, kann nur anhand des durchschnittlichen Empfängers, des relevanten Verkehrskreises betrachtet werden (so auch BGE 107 II 277 ff. E. 2).

¹⁰³ DAVID, S. 49, N 183 (vgl. auch vorne Fn. 81).

¹⁰⁴ Kommentar UWG, Art. 3 lit. b UWG, N 9.

b) Insbesondere im Internet

Das wohl grösste Gefahrenpotenzial im Internet besteht in der *Irreführung über die eigene Firma und Unternehmung* oder *die eigenen Geschäftsverhältnisse*. Dies ist einerseits eine Folge der Anonymität im Internet, andererseits aber auch eine Folge neuer Auftritts- und Erscheinungsformen. Werbung soll als solche erkennbar sein und der Werbende soll sich mindestens mit einer Kurzbezeichnung zu erkennen geben, damit das Gebot der Klarheit nicht verletzt wird. STREULI-YOUSSEF¹⁰⁵ bezeichnet Anonymität in der Werbung als nicht statthaft, während DAVID (S. 52, N 190) sie als grundsätzlich zulässig erklärt. Unbestritten ist, dass die anonyme Ankündigung von Abzahlungskäufen und Konsumkrediten, Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen usw. gesetzlich verboten ist¹⁰⁶.

Bezüglich der Werbung in Printmedien usw. ist der Auffassung von DAVID zu folgen, dass eine gewisse Anonymität statthaft sein soll, wie dies bei Chiffre-Inseraten und Inseraten von Personalvermittlern üblich ist. Printmedien sind an sich weniger anonym als das Internet, eine Ermittlung des Inserenten erscheint einfacher. Das Internet scheint deswegen höheren Anforderungen genügen zu müssen, um nicht irreführend zu sein. Die Auffassung STREULI-YOUSSEF's ist für das Internet sachgerechter. Sie zieht insbesondere auch die *Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission*¹⁰⁷ über den Fernabsatz¹⁰⁸ bei. Die Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission bilden eine gute Basis, um *Klarheit* in der Werbung zu erreichen. Sie dürfen als Auslegungshilfen für die Klarheit nach Art. 3 lit. b UWG herangezogen werden, haben selbst jedoch keinen Gesetzesrang¹⁰⁹.

Grundsatz 4.1

Fernabsatz ist kommerzielle Kommunikation, die mit Hilfe eines oder mehrerer Kommunikationsmittel einen Vertragsabschluss ohne physische Anwesenheit der Parteien ermöglicht (Distanzgeschäft). Als Kommunikationsmittel kommen insbesondere die (herkömmliche oder elektronische) Post, Kurierdienste, Telefon, Telefax, Television, Radio oder Internet in Frage.

Grundsatz 4.2

Der kommerzielle Zweck der Informationen über Waren und Dienstleistungen muss eindeutig klar und verständlich sowie den verwendeten Fernkommunikationstechniken angepasst sein. Jede Art von Fernabsatz ist unlauter, sofern nicht die folgenden Informationen gegeben werden:

- Identität des Anbieters (Name, Firma, Adresse. Deckadressen und Postfachnummern genügen nicht),
- wesentliche Eigenschaften,
- Preis,
- Gültigkeitsdauer des Angebotes,
- Einzelheiten über Zahlung und Lieferung (wie Lieferkosten, Lieferfristen) oder Erfüllung,
- Rückgabemöglichkeit oder Widerrufsrecht,
- Garantie und Kundendienst.

Die Auswirkungen dieses scharfen Regimes auf den E-Commerce sind erheblich. Die Definition der kommerziellen Kommunikation umfasst jedes marktmissige Auftreten von Anbietern im Internet, welche

¹⁰⁵ SIWR V/1, S. 86; PEDRAZZINI, S. 116.

¹⁰⁶ Art. 3 lit. k und lit. l UWG, Art. 40c OR und die Beispiele bei DAVID a.a.O.

¹⁰⁷ www.lauterkeit.ch.

¹⁰⁸ Grundsatz Nr. 4.1 und 4.2.

¹⁰⁹ Zum Status der Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission, vgl. SCHWENNINGER / SENN / THALMANN, S. 37.

somit gehalten sind, die Anonymität dem Grundsatz 4.2 entsprechend abzulegen. Anonyme Inserate (Chiffre usw.) sind m.E. jedoch auch im Internet zulässig, wenn sich der Anbieter der Publikationsplattform eindeutig identifiziert und die Verantwortung für die Inhalte seiner Plattform übernimmt. Irreführungen und Täuschungen durch Dritte werden durch die Grundsätze der Lauterkeitskommission nicht erfasst, die Klagemöglichkeit des UWG besteht dennoch.

Auch *Domainnamen* (hinten S. 56) oder *Hyperlinks* (hinten S. 66) können irreführend sein.

C. Titelberühmung (Art. 3 lit. c UWG)

Bei der Titelberühmung handelt es sich um eine speziellere Variante der Irreführung nach Art. 3 lit. b UWG. Sie liegt vor, wenn ein Titel oder eine Berufsbezeichnung einerseits *unzutreffend* ist und andererseits den *Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten*¹¹⁰ zu erwecken vermag (BGE 117 IV 324 „Dr. h.c.“). Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Unzutreffend ist beispielsweise der an einer Scheinuniversität erworbene Titel. Unter den Begriff des Titels fallen behördlich (oder durch eine ermächtigte private Instanz) verliehene Anerkennungen eines Ausbildungsgrades oder besonderer Verdienste. Berufsbezeichnungen, die ebenfalls behördliche oder auch berufliche Anerkennung geniessen, sind von Titeln kaum unterscheidbar und geniessen den selben Schutz¹¹¹. Berufsbezeichnungen, die nicht den Anschein besonderer Auszeichnungen oder Fähigkeiten erwecken, werden nicht nach lit. c geschützt. Wirkt eine solche im Wettbewerb irreführend oder ist er unwahr, so liegt jedoch ein Verstoß gegen den allgemeineren lit. b vor („Fabrikant“¹¹²).

Die Berechtigung, Berufsbezeichnungen „offener Berufe“ zu verwenden, kann man sich auch durch Erfahrung und lange praktische Tätigkeit erwerben¹¹³ – deren Führen darf jedoch nicht irreführend sein. So erlangt werden können bspw. die Bezeichnungen Treuhänder, Architekt oder Ingenieur, jedoch nicht mit Zusätzen wie dipl. oder ETH.

D. Ausbeutung / Verwechselbarkeit (Art. 3 lit. d UWG)

a) Im Allgemeinen

Art. 3 lit. d UWG ist ein weiterer Anwendungsfall des Irreführungstatbestandes nach Art. 3 lit. b. Bei der Ausbeutung wird das *Gebot der Klarheit durch eine Verwechslungsgefahr verletzt*. Die unlautere Handlung besteht darin, Massnahmen zu treffen, die „geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen“. Bei diesem Tatbestand, der beinahe unverändert aus dem aUWG (Art. 1 Abs. 2 lit. d) übernommen wurde, handelt es sich um

¹¹⁰ Vgl. auch Art. 72 f. BBG.

¹¹¹ PEDRAZZINI, S. 127 ff.

¹¹² BGE 106 IV 218, PEDRAZZINI a.a.O.

einen der Uratbestände des Lauterkeitsrechts. Schon vor Erlass eines eigentlichen Lauterkeitsrechts erlangten Verwechslungsfälle Bedeutung¹¹⁴.

Der Ausbeutungstatbestand wird oft auch als *wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz* bezeichnet. Da Kennzeichen regelmässig Sonderschutz geniessen, sind Überschneidungen mit den Immaterialgüterrechten häufig. Das UWG ist neben diesen Spezialgesetzen *kumulativ anwendbar*, der Schutz nach UWG greift also *neben* dem jeweiligen Schutz durch Firmen-, Marken-, Namens-, Patent-, Muster und Modell- sowie Urheberrecht¹¹⁵. Dabei unterscheidet sich das UWG von den Immaterialgüterrechten vor allem durch sein anderes Schutzobjekt. Diese schützen individuelle Interessen, jenes schützt den Wettbewerb als solchen.

Eine Verwechslungsgefahr von Kennzeichen liegt vor, wenn ein Zeichen in der Erinnerung des Betrachters den Eindruck erwecken kann, es handle sich um das verletzte Zeichen (Zeichenverwechslung) oder wenn der Eindruck erweckt werden könnte, es handle sich um ein Serienzeichen und somit um ein Produkt aus gleichem Hause. Diese beiden Fälle werden als Verwechslungsgefahr i.e.S. bezeichnet. Verwechslungsgefahr i.w.S. liegt vor, wenn das Zielpublikum aus der Ähnlichkeit zu Unrecht schliessen könnte, dass zwischen den Herkunftsstätten der beiden Zeichen eine Beziehung bestehe (Unternehmensverwechslung)¹¹⁶. Ob eine Verwechslungsgefahr existiert, wird aus der Sicht des durchschnittlichen, unbefangenen Empfängers der Aussage bewertet¹¹⁷. Irrelevant ist, wie der Werbende seine Botschaft verstanden wissen wollte, es zählt die Wirkung.

Neben dem Kennzeichenschutz erfasst lit. d aber auch die *Verwechselbarkeit von Produkten* (Waren, Werke und Dienstleistungen). Deren Nachahmung ist verboten, wenn ein Produkt einen individuellen Charakter hat, der nicht technisch bedingt ist und dazu führt, dass sich das Produkt dem Durchschnittsabnehmer einzuprägen vermag.

D.h., wenn die Form einer Sache technisch oder seltener auch ästhetisch bedingt ist, bleibt ihr der Schutz durch das UWG verwehrt, ihr Schutz erfolgt dann allenfalls über das PatG¹¹⁸. Kann dieser patentrechtliche Schutz auch nicht gewährt werden oder ist er bereits verfallen, dann bleibt das Werk ungeschützt gegenüber jeder Art von Nachahmung, also auch der sklavischen (millimetergetreuen). Gar keinen Schutz, weder lauterkeitsrechtlichen noch immaterialgüterrechtlichen, geniessen somit allgemein bekannte und gewöhnliche Formen und Farben, die jeder Originalität entbehren. Derart gewöhnliche Produkte deuten nicht auf einen bestimmten Hersteller hin, weil sie keine Kennzeichnungskraft besitzen. Sie können deshalb jederzeit nachgeahmt werden, eine Verwechslungsgefahr besteht wegen ihrer Gewöhnlichkeit gerade nicht.

¹¹³ Kommentar UWG, Art. 3 lit. c UWG N 33 f.

¹¹⁴ GERMANN, Oscar A.: Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945, listete bereits 69 BGE auf, die vor Erlass des UWG 1943 ergingen (zit. nach Kommentar UWG, Art. 3 lit. d, Fn. 4).

¹¹⁵ STREULI-YOUSSEF in SIWR V/1, S. 141 f. und S. 145; vgl. vorne S. 12.

¹¹⁶ Kommentar UWG, Art. 3 lit. d UWG, N 6 f.

¹¹⁷ Nach PEDRAZZINI der „Durchschnittsabnehmer“, S. 88 ff.

¹¹⁸ BGE 108 II 69 (Rubik-Würfel).

Die Abgrenzung von lit. d zum Art. 5 lit. c UWG (Leistungsschutz, hinten S.42) liegt darin, dass unter lit. d die Kopie oder Nachahmung fällt, welche eine Verwechselbarkeit hervorruft, unter Art. 5 lit. c fällt die technische Reproduktion.

Der Ausbeutungstatbestand umfasst nur die *Verwechselbarkeit über die betriebliche Herkunft* eines Zeichens oder Produktes. Bei einer *geographischen Verwechselbarkeit* (Ort, Gegend) liegt eine Irreführung nach lit. b vor¹¹⁹.

b) Insbesondere im Internet

Da das Abspielen akustischer Elemente in Web-Sites technisch problemlos machbar ist, kann auch ein sog. „Jingle“, also ein akustisches Kennzeichen, Verwechslungen hervorrufen. Jingles sind auch nach MSchG als Marke schützzbar.

Für den Ausbeutungstatbestand von Bedeutung sind Fälle, wo eine Web-Site oder ein Produkt derart kopiert wird, dass eine Verwechslungsgefahr in betrieblicher Hinsicht entstehen kann. Ob Verwechselbarkeit vorliegt, ist m.E. eine Frage des Gesamtbildes des Auftrittes. Auch die Wahl des jeweiligen Domainnamens u.Ä. hat darauf Einfluss. Damit ist die Hürde der Verwechslungsgefahr von Web-Sites nach lit. d relativ hoch. Bereits ein einziges deutliches Element, das die Untemehmung oder ihr Produkt eindeutig identifiziert, kann die Verwechselbarkeit ausschliessen. Diesfalls kann nur noch immaterialgüterrechtlicher Schutz geprüft werden.

Die Verwendung fremden Programmcodes kann gegen Art. 3 lit. d verstossen, wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr erzeugt wird. Java Applets¹²⁰ sind Computerprogramme und geniessen urheberrechtlichen Schutz; genauso sollte m.E. JavaScript-Code¹²¹ behandelt werden. Reine HTML Dateien sind keine Programme i.S. des URG, da sie weder Daten noch Informationen verarbeiten¹²². Sie geniessen u.U. urheberrechtlichen Schutz, was die grafischen Gestaltungselemente einer Seite betrifft¹²³.

Inline-Links können die Gefahr einer Verwechslung hervorrufen, wenn kennzeichnende Elemente (Logos usw.) einer Drittseite auf einer Web-Site eingebunden werden.

¹¹⁹ Kommentar UWG, Art. 3 lit. b, N 153; Art. 3 lit. d, N 16 f. ; vorne S. 27.

¹²⁰ Programme in der Programmiersprache „Java“, die in HTML Dateien eingebunden werden. Damit können Web-Sites Funktionen verliehen werden, die in HTML nicht realisierbar sind. Damit Java Applets schneller laufen, werden sie auf den www-Client des Nutzerrechners heruntergeladen und nicht auf dem Server ausgeführt.

¹²¹ Scriptsprache, die nichts mit Java der Programmiersprache zu tun hat, sondern Bestandteil von HTML ist. Auch JavaScript wird in HTML Dateien eingebunden um deren Funktionsspektrum zu erweitern.

¹²² vgl. hinten S. 69; Beachte auch die Terminologie bei VON BÜREN, Roland in SIWR II/1, S. 115: „Datenverarbeitungsprogramme“.

¹²³ Vgl. die entsprechende deutsche Lehre in RICKE, S. 60 f.

E. Vergleich (Art. 3 lit. e UWG)

a) Im Allgemeinen

Im Schweizerischen Recht ist der Vergleich von Leistungen und vergleichende Werbung, anders als in den meisten anderen Staaten, grundsätzlich zulässig¹²⁴. Dennoch üben die Werbenden Zurückhaltung in vergleichender Werbung. Dies hat u.a. mit den Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Vergleich zu tun¹²⁵. Unlauter handelt, „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“.

Anders gesagt ist der Vergleich zulässig, wenn er weder irreführend noch unwahr ist, den Mitbewerber nicht unnötig herabsetzt und sich nicht an ihn (oder sein Produkt) anlehnt.

Damit ein Vergleich nicht in die Irre führt, muss Gleiches mit Gleichem verglichen werden¹²⁶. Der *Grundsatz der Wahrheit* in der Werbung verbietet es, mit unwahren Angaben zu täuschen, der *Grundsatz der Klarheit* verbietet es, mit wahren Angaben, die beim Publikum falsche Vorstellungen wecken könnten, in die Irre zu führen. Besonders häufig ist die sogenannte *Superlativ- oder Alleinstellungswerbung*¹²⁷, auch für diese gilt, dass Angaben, die objektiv überprüfbar sind, auch objektiv richtig sein müssen. Herabsetzende Werbung kann neben der Beurteilung nach Art. 3 lit. a UWG auch nach lit. e beurteilt werden.

Ist die Werbung dergestalt, dass der Abnehmer sie in Beziehung zu einer Fremdleistung bringt, wird von Anlehnung gesprochen. Der Unterschied zwischen der Anlehnung und den anderen Arten des unlauteren Vergleichs ist ein wesentlicher. Der irreführende, unwahre oder herabsetzende Vergleich disqualifiziert das Konkurrenzprodukt oder er qualifiziert die eigene Leistung als die bessere. Die Anlehnung hingegen hebt das eigene Produkt auf die Stufe des mit gutem Ruf ausgestatteten Konkurrenzprodukts und profitiert damit von diesem. Erfolgt der Vergleich in solch anlehnender Weise, ist er stets unlauter¹²⁸.

Lit. e spricht ausdrücklich auch von Dritten, wodurch auch hier Nicht-Wettbewerber den Tatbestand erfüllen können. Jeder Vergleich, sei er auch von Dritten ohne Werbeabsicht veröffentlicht worden, ist wie Produktvergleiche von Unternehmungen mit Werbeabsicht zu beurteilen.

¹²⁴ STREULI-YOUSSEF in SIWR V/1, S.128.

¹²⁵ Kommentar UWG, Art. 3 lit. e UWG, N 8.

¹²⁶ STREULI-YOUSSEF a.a.O.

¹²⁷ BGE 94 IV 34 („Billigste Preise der Schweiz“), weitere Hinweise, auch auf die kantonale Praxis in SIWR V/1, S. 129, Fn. 57.

¹²⁸ So PEDRAZZINI, S. 82 und 112 und mit wohl gleichem Ergebnis STREULI-YOUSSEF (a.a.O.), welche nur die „unnötig anlehnende Werbung“ erwähnt.

b) Insbesondere im Internet

Besondere Möglichkeiten der Tatbestandserfüllung im Internet bietet etwa das direkte Linking auf die Seiten eines Anbieters oder Konkurrenten. Ein Link auf der Seite eines Anbieters mit der Bemerkung „Unser Produkt: oft kopiert und nie erreicht“ oder „Vergleichen Sie das schwache Konkurrenzprodukt“ kann ein *unnötig herabsetzender Vergleich* sein. *Irreführend* ist der Link, wenn dabei Ungleiches verglichen wird oder Vorbemerkungen auf der Seite des Anbieters Fehlschlüsse zulassen. *Anlehnend* ist ein Link, wenn er zu einem im Markt bestens bekannten Produkt führt und etwa heisst: „gleich gut wie das Markenprodukt – aber nur halb so teuer.“

Inline-Linking kann - unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Hyperlinks - neben den urheberrechtlichen Fragen durchaus unlauteren Charakter haben.

F. Lockvogel (Art. 3 lit. f UWG)

a) Im Allgemeinen

Das Lockvogelverbot ist ein Tatbestand der Preisunterbietung. Preisunterbietung ist an sich nicht verpönt, sondern dem freien Wettbewerb inhärent, ja, sie macht ihn wesentlich aus. Überschreitet sie gewisse Grenzen, kann sie kartellrechtlich, öffentlichrechtlich und als Lockvogel wettbewerbsrechtlich gesetzlichen Einschränkungen unterliegen¹²⁹. Ein Lockvogel ist ein unterkalkuliertes Angebot mit dem Zweck, werbliche Wirkung zu erzielen („loss leader“) – er ist nicht per se unlauter, sondern nur, wenn Umstände vorliegen, die gegen Treu und Glauben verstossen. Ohne Vorliegen dieser Umstände darf ein Produkt also auch mit Verlust verkauft werden.

Nach UWG handelt unlauter, „wer ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht“.

Darin sind fünf Tatbestandsmerkmale zu erkennen, die zur Erfüllung des Tatbestandes kumulativ gegeben sein müssen.

aa) Das *Anbieten ausgewählter Waren, Werke oder Leistungen*. Ausgewählt bedeutet hierbei, dass es sich um Einzelprodukte (Waren, Werke, Leistungen) aus einem Gesamtsortiment handelt. Besonders als Lockvögel geeignet sind häufig gekaufte, bekannte Produkte wie Markenartikel¹³⁰.

bb) *Anbieten unter dem Einstandspreis*¹³¹ bezeichnet SUTTER als Lauterkeitsschwelle. Der Einstandspreis setzt sich aus allen anfallenden Kosten für das in der Werbung angepriesene Produkt, nicht jedoch für das gesamte Sortiment, zusammen. Die Beweislast, wie hoch der tatsächliche Einstandspreis ist, liegt beim Anbieter. Vermag er keinen Beweis anzuführen, wird vom Einstandspreis vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren ausgegangen.

¹²⁹ SUTTER, S. 4 ff.

¹³⁰ SUTTER, S. 250 ff.

- cc) Nur die *wiederholt* oder *systematisch* eingesetzte Lockvogelpolitik ist unlauter, nicht jedoch der isoliert auftretende Einzelfall¹³². Ob Wiederholung oder Systematik vorliegt, hängt vom konkreten Fall ab. Dabei spielen der getriebene Werbeaufwand, die Abstände zwischen den Angeboten, der Preis und all die Erscheinungen des Falles eine Rolle.
- dd) Einfache Werbung für Untereinstandspreis-Angebote genügt nicht, es bedarf einer *besonderen Hervorhebung in der Werbung*. Preisgegenüberstellungen oder Preissenkungen für einzelne aus dem gesamten Angebot hervorgehobene Waren¹³³ sind nach Ansicht von DAVID (S. 268, m.w.Hw. auf andere Meinungen) zulässig. Entscheidend, ob eine besondere Hervorhebung vorliegt, ist auch die Gestaltung, Farbe und Grösse der Preise, die Wortwahl usw.
- ee) *Täuschung über die eigene Leistungsfähigkeit oder die von Mitbewerbern* liegt vor, wenn falsche Vorstellungen über die Leistungsfähigkeit eines Wettbewerbers hervorgerufen werden. Zu beachten ist die gesetzgeberische Wortwahl der Täuschung, also der Verletzung des Gebotes der Wahrheit, welche weiter geht als die Irreführung (vorne S. 27). Ein Täuschung liegt somit nur dann vor, wenn aus dem Werbetext konkludent oder explizit hervorgeht, dass der Lockvogel wegen der eigenen oder fremden Leistungsfähigkeit zustande gekommen ist¹³⁴.

Wegen der Schwierigkeit, die Täuschung zu beweisen, wurde die *Beweislastumkehr* in Art. 3 lit. f UWG eingefügt. Nach dieser wird die *Täuschung vermutet*, wenn der Verkaufspreis unterhalb des Einstandspreises vergleichbarer Bezüge gleichartiger Waren, Werke oder Leistungen liegt. Weist der Beklagte seinen Einstandspreis nach, ist dieser massgebend.

b) Insbesondere im Internet

SUTTER (S. 265) wirft die Frage auf, ob auch Werbung im Ladeninnern als *besondere Hervorhebung* i.S. des lit. f zu gelten hat. BAUDENBACHER¹³⁵ und PEDRAZZINI (S. 133) bejahen dies klar. Für das Internet bedeutet dies, dass auch ein Angebot in einem Web-Store das Kriterium der besonderen Hervorhebung erfüllen kann, wenn es sich von der sonst üblichen Art der Präsentation im jeweiligen Web-Store abhebt. Der Lockvogel muss aus der Masse der Waren hervortreten, ins Auge springen.

Die besondere Hervorhebung i.S. des Lockvogelverbotes kann auch durch E-Mail sowie auffällige Bannerwerbung erreicht werden.

G. Zugabe (Art. 3 lit. g UWG)

Die Zugabe ist ein Sonderfall der Irreführung und nahe verwandt mit dem Lockvogelverbot. Durch eine Zugabe wird der Kunde über den tatsächlichen Wert eines Angebots getäuscht. Als Zugabe gilt eine

¹³¹ Typischer Begriff der Preiskalkulation im Handel; vertiefend SUTTER, S. 182 ff. m.w.Hw.

¹³² SUTTER, S. 259 ff.

¹³³ So das deUWG § 6e.

¹³⁴ DAVID, S. 82, N 270.

zusätzlich zu der geschuldeten erbrachte Leistung, welche ohne (erkennbare) Gegenleistung (Preis) erfolgt. Die Zugabe muss an sich *leistungsfremd* sein, um unlauter sein zu können¹³⁶. Somit fallen Rabatte bei Barzahlung und Mengenrabatte ausser Betracht¹³⁷. Zugabe kann jeder wirtschaftliche Vorteil sein, also Dienstleistungen wie Reparaturen oder Kreditgewährungen, wirtschaftliche Handelsgüter oder Reklamegegenstände, Gutscheine, Sammelobjekte. Die Zugabe muss zu der Hauptleistung wirtschaftlich selbstständig und trennbar sein¹³⁸.

Ziel der Bestimmung ist es, Kaufentscheide, die nicht wegen des Produktes, sondern wegen der Zugabe zustande kommen, zu verhindern. Die Zugabe muss für den Vertragsschluss akzessorisch sein. Werbegeschenke sind damit keine Zugaben i.S. der Bestimmung, sie werden bedingungslos gewährt und haben keinen Einfluss auf den Vertragsschluss. Ebenso sind Warenproben eine Art von Werbegeschenken, die das Überprüfen der Qualität ermöglichen sollen und unabhängig vom Vertragsschluss gewährt werden.

H. Aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 lit. h UWG)

a) Im Allgemeinen

Wer „den Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt“, handelt unlauter. Nicht unter diesen Tatbestand fällt die unlautere Werbung, da Werbung keine Verkaufsmethode ist. Aggressive Werbung wird unter die Generalklausel subsumiert (vgl. vorne S. 20). In Abgrenzung zur Werbung sind Verkaufsmethoden diejenigen Vorgehensweisen, die sich *einer konkreten, persönlichen Ansprache des Gegenübers* bedienen¹³⁹ und so einen Vertragsschluss mit dem Adressaten bezwecken. Die persönlich adressierte Werbung (Mail) ist somit als Verkaufsmethode einzustufen, die unpersönliche (Spam) als Werbemethode. Unter die Norm fallen trotz des Ausdrucks „Verkaufsmethoden“ nach h.L. nicht nur die Anstrengungen, die einen Kaufvertrag anstreben, sondern auch Gebrauchüberlassungsverträge usw.¹⁴⁰

Der Kunde wird dabei dergestalt in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt, dass er einen Vertrag abschliesst, nicht weil er das Angebotene will, sondern um sich aus einer unangenehmen Situation zu befreien. Dieser *psychologische Druck* entsteht etwa durch Zwang, Belästigung, Überrumpelung, durch das Wecken von Anstands-, Schuld-, Angst-, Pietäts- oder caritativen Gefühlen und führt zu unsachlichen Entscheiden¹⁴¹.

¹³⁵ Kommentar UWG, Art. 3 lit. f, N 86.

¹³⁶ PEDRAZZINI, S. 136.

¹³⁷ Rabatte ohne besondere Bedingung unterstehen jedoch der Regelung über die Preisbekanntgabe, hinten S. 52.

¹³⁸ Kommentar UWG, Art. 3 lit. g, N 44 ff.

¹³⁹ PEDRAZZINI, S. 147.

¹⁴⁰ PEDRAZZINI, S. 146; STREULI-YOUSSEF in SIWR V/1, S. 101 ff.

¹⁴¹ STREULI-YOUSSEF a.a.O.

b) Insbesondere im Internet

Im Internet sind unendlich viele Spielarten von aggressiven Verkaufsmethoden denkbar. Etliche sind den auch sonst in der Praxis üblichen Fällen ähnlich, andere sind eher Internet-typisch.

Mit den Mitteln der E-Mail einfach durchführbar sind Vertriebssysteme wie das *Schneeballsystem*, bei denen progressive Kundenwerbung durch die Kunden selbst erreicht wird¹⁴². Die Häufigkeit solcher Machenschaften erlebt der Schreibende selbst als Adressat solcher Mails, teilweise mit, teilweise ohne wirtschaftliche Absicht. Auch Verkaufsmethoden, bei denen grosse Gewinne (bei sofortiger Bestellung u.Ä.) versprochen werden, können, wenn sie lange anhalten und phasenweise vorgehen, unlauter nach lit. h sein¹⁴³. Im Internet einfach zu realisieren wären auch sog. „Sweepstakes“. Das sind Gewinnspiele, deren Gewinner im Voraus bestimmt werden, die Herausgabe des Gewinnes jedoch davon abhängt, dass der Gewinner diesen abrufen. Dies ist unlauter, wenn der Gewinner damit in die Irre geführt wird¹⁴⁴. Wird der Gewinn gar nur ausgeschüttet, wenn der Gewinner eine Bestellung vornimmt, ist Unlauterkeit schon von vornherein gegeben.

I. Verschleierung (Art. 3 lit. i UWG)

Der Verschleierungstatbestand geht in die ähnliche Richtung wie die Irreführung nach lit. b (vorne S. 27). Unlauter handelt, wer „die Beschaffenheit, die Menge, den Verwendungszweck, den Nutzen oder die Gefährlichkeit von Waren, Werken oder Leistungen verschleiert und dadurch den Kunden täuscht.“ Die Täuschung kann hierbei nicht nur durch Angaben (lit. b) erfolgen, sondern auch durch die Produktgestaltung oder durch Unterlassung bspw. von Hinweisen. Dadurch wird eine eigentliche *Deklarationspflicht*, beispielsweise in Bezug auf Warnvorschriften, geschaffen (DAVID S. 50, N 185). PEDRAZZINI (S. 137 f.) geht davon aus, dass Sachverhalte der Verschleierung ohne weiteres auch unter die allgemeineren Irreführungstatbestände (lit. b / Art. 2 UWG) subsumiert werden könnten, was den Tatbestand als unnötig erscheinen liesse. BAUDENBACHER¹⁴⁵ hingegen schält zwei Fallgruppen heraus, die als Verschleierung gelten. Im Gegensatz zu lit. b, welcher eine „Angabe“ verlangt, erfasst lit. i die *Irreführungen ohne Angaben* (bspw. Mogelpackungen) sowie die *Verschleierung einer Produktgefahr*. BAUDENBACHER sieht den Nutzen der Norm in ihrer ratio, den Informationsstand der Abnehmer in sicherheitssensiblen Bereichen zu verbessern. Der Auffassung BAUDENBACHERS kann am ehesten gefolgt werden, da sie der gesetzgeberischen Grundidee am nächsten kommt und lit. i nicht gänzlich entbehrlich erscheinen lässt.

¹⁴² PEDRAZZINI, S. 151 m.w.Hw. auf SJZ 1985, 44.

¹⁴³ Vgl. das Beispiel bei PEDRAZZINI, S. 151.

¹⁴⁴ PEDRAZZINI, S. 69; KtGer ZH in einem E vom 17.3.1992.

¹⁴⁵ Kommentar UWG, Art. 3 lit. i, N 4 ff.

Den Begriff „verschleiern“ in lit. i auszulegen, erweist sich als besonders tückisch¹⁴⁶, der Grund für die gesetzgeberische Wortwahl ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Naheliegender scheint es, verschleiern im Sinne eines „Verschweigens“ zu verstehen, womit der Gegensatz zur „Angabe“ in lit. b herausgestrichen wird. Dies ist unbefriedigend, da verschleiern ein aktives Tun voraussetzt, verschweigen jedoch passiv ist. Als Folge einer wörtlichen Auslegung müsste dann das Verhalten eines Verkäufers, der die Gefährlichkeit einer Sache lediglich verschweigt, sie aber nicht verschleiert, anhand der Generalklausel geprüft werden.

Von Verschleierung des Nutzens eines Produktes kann natürlich nicht die Rede sein, wenn dessen Nützlichkeit verschwiegen wird. Verschleierung des Nutzens kann nur bedeuten, dass die *mangelhafte Nutzbarkeit* verschleiert wird¹⁴⁷.

K. Täuschende Angebotspraktiken bei Konsumkreditverträgen (Art. 3 lit. k - m UWG)

a) Im Allgemeinen

Die lit. k, l und m sind Konsumentenschutz-Vorschriften bei Konsumkreditverträgen (Abzahlungskauf / Konsumkredit). Die Schutzvorschriften wurden in das UWG eingefügt, weil Konsumkredite als wirtschaftlich besonders gefährlich angesehen werden und die Werbung oft ein falsches Bild über die Kreditbedingungen abgibt. Die Regelungen betreffen nicht den Vertragsinhalt an sich, sondern die Art, wie die Offerte gemacht wird. Deshalb finden sie sich auch nicht im OR¹⁴⁸.

Die Unlauterkeit besteht bei allen drei Normen in der *Mangelhaftigkeit von Angaben beim Angebot*. Nicht zulässig ist das Irreführen (STREULI-YOUSSEF spricht von „täuschen“¹⁴⁹) des Konsumenten. Unlauter handelt, „wer es bei öffentlichen Auskündigungen über einen Abzahlungskauf unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen, klare Angaben über den Bar- und den Gesamtpreis zu machen oder den Teilzahlungszuschlag in Franken und Jahresprozenten genau zu beziffern“. Bei öffentlichen Auskündigungen über einen Konsumkredit handelt unlauter, wer „es unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen oder klare Angaben über den Nettobetrag des Kredits, die Gesamtkosten des Kredits und den effektiven Jahreszins zu machen“.

Bei nicht öffentlichen Angaben in Konsumkreditverträgen ist lit. m anzuwenden, wonach unlauter handelt, wer „im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit einen Abzahlungskauf, einen Vorauszahlungskauf oder einen Konsumkreditvertrag anbietet oder abschliesst und dabei Vertragsformulare verwendet, die unvollständige oder unrichtige Angaben über den Gegenstand des

¹⁴⁶ Kommentar UWG, Art. 3 lit. i, N 24 ff.

¹⁴⁷ SMI 1996, 160, 162 (Modem): i.c. fehlte bei Modems der Hinweis auf die fehlende bundesamtliche Betriebsgenehmigung.

¹⁴⁸ Vertiefend PEDRAZZINI, S. 139; Die abschliessende Erwähnung der Einbettung der lit. k-m in die konsumkreditrechtlichen Regelungen würde hier den Rahmen sprengen. Vgl. dazu Kommentar UWG Art. 3 lit. k, N 1 ff.

¹⁴⁹ STREULI - YOUSSEF in SIWR V/1, S. 111.

Vertrags, den Preis, die Zahlungsbedingungen, die Vertragsdauer, das Widerrufs- oder Kündigungsrecht des Kunden oder über sein Recht zu vorzeitiger Bezahlung der Restschuld enthalten.“

Aus diesen Bestimmungen lassen sich zwei Hauptpflichten des Anbieters entsprechender Verträge ableiten. Erstens das *Erfordernis klarer Werbung* unter genauer Bezeichnung der eigenen Firma. Damit wird der anonymen Werbung entgegengewirkt. Zweitens die *Pflicht zu detaillierter Werbung*, besonders über kostenrelevante Folgen des Vertragsschlusses.

b) Insbesondere im Internet

Mittlerweile sind wohl alle gängigen Anbieter von Konsumkrediten im Internet vertreten¹⁵⁰. Das Abschliessen von Konsumkreditverträgen online ist verhältnismässig einfach. Die Hemmschwelle, einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen, liegt nach Einschätzung des Schreibenden tiefer als ausserhalb des Internets. Eine Verpflichtung kann relativ anonym, in kurzer Zeit und ohne grossen Aufwand eingegangen werden. Über Internet abzuschliessende Konsumkreditverträge unterliegen de lege lata keinen verschärften Bestimmungen gegenüber herkömmlichen Vertragsschlüssen. Für den Anbieter von Konsumkrediten ist zu beachten, dass die gesetzlich geforderten Angaben vor Vertragsschluss deutlich sichtbar werden müssen. Ein Link bspw. zu den „gesetzlich vorgeschriebenen Angaben“ ist unzureichend, verletzt das Gebot der Klarheit und führt damit unlauter in die Irre.

L. Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung (Art. 4 UWG)

a) Im Allgemeinen

Art. 4 UWG umschreibt Verhaltensweisen, bei denen ein Störer unlauter auf ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Vertragspartnern Einfluss nimmt. Das Interesse an der Inkriminierung der Verleitung zur Vertragsverletzung liegt vor, weil die Einhaltung von Verträgen für den funktionsfähigen Wettbewerb essentiell ist¹⁵¹. Vertragsbruch ist jede Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht. Um Unlauterkeit zu begründen, muss die *Handlung des Abwerbenden eine gewisse Schwere aufweisen*, die blosser Kontaktaufnahme oder das unverbindliche Gespräch reichen nicht aus. Der Abwerbende muss im Abgeworbenen den Entschluss zum Vertragsbruch auslösen oder ihn in dem bereits gefassten Entschluss bestärken und auf den Vertragsverstoss hinwirken. Somit reicht der Begriff „verleiten“ weiter als die strafrechtliche Anstiftung¹⁵².

Voraussetzungen, dass ein Tatbestand des Art. 4 UWG anwendbar wird, sind ein bestehender *Drittvertrag*, eine *Handlung* des Verleitenden und eine *Pflichtverletzung* des Verleiteten.

¹⁵⁰ vgl. u.a. www.flexi.ch, www.prokredit.ch oder www.aufina.ch

¹⁵¹ Kommentar UWG, Art. 4, N 7.

¹⁵² BAUMBACH / HEFERMEHL, § 1 UWG, N 584; Kommentar UWG, Art. 4, N 12 ff.

b) Verleitung zum Vertragsbruch (lit. a)

Unlauter handelt, wer Abnehmer zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschliessen zu können. Ein Vertrag wird gebrochen, um einen *Ersatzvertrag* abschliessen zu können. Der Abnehmer muss nicht Endverbraucher sein, er kann auch als Lieferant gegenüber anderen, nachgeordneten Abnehmern auftreten. Wer Abnehmer und wer Lieferant ist, ist jeweils im Lichte des konkreten Vertrages zu betrachten.

Lit. a ist *expressis verbis* nur einschlägig, wenn der Verleitete Abnehmer, nicht jedoch Lieferant ist. Trotzdem hält PEDRAZZINI den Tatbestand auch für den umgekehrten Fall, dass ein Abnehmer einen Lieferanten zum Vertragsbruch verleitet¹⁵³, anwendbar. Dieser Auffassung ist kritisch zu begegnen, da sie den Gesetzeswortlaut arg strapaziert. Verleitet ein Abnehmer einen Lieferanten zum Vertragsbruch, um diesen für sich zu gewinnen, ist die Generalklausel einschlägig¹⁵⁴.

Die Abwerbung von Arbeitnehmern fällt nicht unter Art. 4 UWG, sie ist prinzipiell nicht unlauter, kann aber, wenn sie systematisch erfolgt, den Charakter einer Behinderung erlangen (siehe S. 22 f.).

Verletzt ein Generalimporteur seine Vertriebsverträge mit dem Produzenten und ermöglicht so Parallelimporte, ist Art. 4 lit. a anwendbar. Die Schwierigkeit liegt allerdings in der Beweisführung, da der Produzent dem Parallelimporteur die unlauteren Bezugswege nachweisen muss, dieser aber kaum seine Lieferanten preisgeben wird¹⁵⁵. Die verleitende Handlung des Parallelimporteurs ist ebenfalls nur schwer beweisbar.

c) Bestechung (lit. b)

Wie in lit. a geht es um die Verleitung zur Verletzung eines Drittvertrages. In lit. b ist allerdings der Drittvertrag genau umschrieben, der Abgeworbene und sein Vertragspartner stehen in einem bestimmten Rechtsverhältnis (Arbeitnehmer, Beauftragte, Hilfspersonen). Den Tatbestand bildet die sog. *aktive Bestechung*; wegen der Analogie zur strafrechtlichen Bestechung von Amtsträgern (Art. 322ter ff. StGB, aArt. 288 StGB¹⁵⁶) kann auch die entsprechende Praxis herangezogen werden¹⁵⁷.

Unlauter handelt, „wer sich oder einem andern Vorteile zu verschaffen sucht, indem er Arbeitnehmern, Beauftragten oder anderen Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen gewährt oder anbietet, die diesen rechtmässig nicht zustehen und die geeignet sind, diese Personen zu pflichtwidrigem Verhalten bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen zu verleiten.“ Vertragstypische Leistung des Kontraktes zwischen dem Abgeworbenen und dem Dritten ist eine „Erbringung von Diensten im weiteren Sinne“, sei es nun Arbeitsvertrag (Art. 319 OR), Auftrag (Art. 394 OR) oder ähnliche Verträge. Das entscheidende

¹⁵³ PEDRAZZINI, S.156 und ebenso OGer LU, sic! 2000, 221-222.

¹⁵⁴ Ebenso BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 4, N 23.

¹⁵⁵ Vorne S. 24; BGE 114 II 91 (Dior); Kommentar UWG, Art. 4, N 24 f. m.w.Hw. auf den Theorienstreit.

¹⁵⁶ aArt. 288 StGB: aufgehoben durch BG vom 22.12.1999; Art. 322ter ff. StGB: i.K. seit 1.5.2000 (AS 2000, 1121).

¹⁵⁷ PEDRAZZINI, S. 160.

Kriterium aber ist nicht der Vertragsinhalt, jeder Vertrag, der eine *Loyalitätspflicht zwischen den Partnern* generiert, kann durch Bestechung gestört werden¹⁵⁸.

Die Mittel, die zur Verleitung eingesetzt werden, sind in lit. b ebenfalls spezifiziert. Jede denkbare Besserstellung, sei sie finanzieller, sachlicher, persönlicher oder tatsächlicher Art ist tauglich, sofern sie dem Empfänger nicht aus Gesetz, Vertrag oder Sitte zusteht.

Das pflichtwidrige Verhalten setzt bereits da ein, wo der Verleitete sich durch den gewährten Vorteil in einer Entscheidung beeinflussen lässt, auch wenn der gefällte Entscheid innerhalb des ihm zustehenden Ermessensspielraumes liegt (sog. Verkauf der Ermessensentscheidung)¹⁵⁹. Begeht er gar eine Handlung, die er aufgrund des Vertrages nicht vornehmen darf, faktisch jedoch vornehmen kann, liegt Pflichtwidrigkeit ohne weiteres vor¹⁶⁰.

d) Verleitung zum Geheimnisverrat (lit. c)

Ein Drittvertrag zwischen dem Verleiteten und einem Dritten ist auch bei lit. c Voraussetzung. „Wer Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet“, handelt unlauter.

Die gleichen Personen wie bei der Bestechung können Verleitete sein. Eine Vertragsverletzung durch den Verleiteten ist allerdings nicht Voraussetzung zur Tatbestandserfüllung, eine vertragliche Geheimhaltungspflicht ist nicht vorausgesetzt. Somit können auch ehemalige und keiner Geheimhaltungspflicht unterliegende Arbeitnehmer Verleitete i.S. von lit. c sein. Diese weite Fassung des Schutzes ergibt sich aus der bei Verrat oder Auskundschaftung gegebenen Schwere des Verstosses gegen Treu und Glauben¹⁶¹.

Der Begriff des Geheimnisses ist im Strafrecht (Art. 162 StGB) und im UWG gleichbedeutend. Das BGE definiert das Geheimnis als „toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique ni facilement accessible et que son détenteur a un intérêt légitime à garder secrète“¹⁶². Jede Kenntnis, die bei der Herstellung von Gegenständen verwertet werden kann (Fabrikationsgeheimnis)¹⁶³ und jede Tatsache, die sich auf geschäftliche Zusammenhänge bezieht (Geschäftsgeheimnis)¹⁶⁴, ist ein Geheimnis. Darunter fallen auch Lieferanten- und Kundenlisten, Preiskalkulationen, Werbeplanungen, Verträge usw.¹⁶⁵

Das Geheimnis muss geheimfähig sein. Wird es am Produkt selbst offenbart, liegt Geheimfähigkeit nur bis zu seiner Kommerzialisierung vor.

¹⁵⁸ Kommentar UWG, Art. 4, N 36 f.

¹⁵⁹ So jetzt auch Art. 322ter, quater und septies StGB.

¹⁶⁰ Kommentar UWG, Art. 4, N 50 ff.

¹⁶¹ PEDRAZZINI, S. 164.

¹⁶² Also eine spezifische Tatsache, die weder allgemein bekannt noch zugänglich ist und an deren Geheimhaltung ihr Eigentümer ein schützenswertes Interesse hat (BGE 109 Ib 56).

¹⁶³ BGE 103 IV 283 (Blechstanmaschine); BGE 88 II 319 (Diamantenschleifmaschine); weitere Praxisbeispiele in Kommentar UWG, Art. 4, Fn. 140 ff.

¹⁶⁴ PEDRAZZINI, S. 167; PEDRAZZINI, SMI 1991, 349, 356 zit. nach Kommentar UWG, Art. 4 Fn. 137 m.w.Hw.

¹⁶⁵ GUYET in SIWR V/1, S.224.

e) Verleitung zur Vertragsaufsage in bestimmten Fällen (lit. d)

Unlauter handelt nach lit. d, wer einen Käufer oder Kreditnehmer, der einen Abzahlungskauf, einen Vorauszahlungskauf oder einen Konsumkreditvertrag abgeschlossen hat, veranlasst, den Vertrag zu widerrufen, oder wer einen Käufer, der einen Vorauszahlungskauf abgeschlossen hat, veranlasst, diesen zu kündigen, um selber mit ihm einen solchen Vertrag abzuschliessen.

Das Besondere dieser Regelung verglichen mit lit. a-c ist, dass der Drittvertrag genau spezifiziert ist. Es muss sich um einen Abzahlungs-, Vorauszahlungs-, oder Konsumkreditvertrag handeln. Nicht mehr die Rede ist von „*verleiten*“, sondern von „*veranlassen*“, was nur bedeuten kann, dass durch die unlautere Handlung der Entschluss zum Vertragsbruch ausgelöst werden muss, diese also der Auslöser ist. Das blosses Bestärken in einem bereits gefassten Entschluss ist zwar als verleiten zu verstehen, nicht aber als veranlassen. Der Veranlasste muss durch den Veranlasser zum Wechsel des Vertragspartners aufgefordert werden¹⁶⁶.

f) Insbesondere im Internet

Besondere Internet-Sachverhalte, auf die Art. 4 UWG anwendbar würde, drängen sich nicht auf, die Tatbestände der Verleitung zum Vertragsbruch sind ohne weiteres analog im Internet anwendbar.

Abnehmer i.S. der Bestimmung kann bei Verträgen im Internet der Kunde des über Internet abgewickelten Geschäftsverkehrs, beim Netzzugangsvertrag der Kunde eines ISPs und beim Vertrag über die Herstellung einer Web-Site der Auftraggeber sein. *Geheimnis* i.S. des lit. c kann jede geheimfähige Tatsache sein, wie Abläufe im Innem einer Unternehmung, aber auch Adresdatenbanken (Kundenkreis)¹⁶⁷ usw.

Für die Erfüllung der Tatbestände des Art. 4 UWG wird ein bestehender Drittvertrag vorausgesetzt. Fehlt dieser Drittvertrag, kann auch keine Verleitung zum Vertragsbruch vorliegen. Deshalb ist auch der Frage, wann im Internet ein Vertrag zustande gekommen ist, Beachtung zu schenken. Erfolgt ein Vertragsschluss interaktiv, kommunizieren die Parteien also in *Echtzeit* miteinander, ist wie beim Telefon vom *Vertragsschluss unter Anwesenden* auszugehen. Interaktivität liegt bspw. vor bei Vertragsverhandlungen über Internet-Telefonie, Internet-Videokonferenz oder Chats im Internet.

Die Regelungen über den *Vertragsschluss unter Abwesenden* (Art. 9 OR) finden m.E. Anwendung bei Bestellungen via E-Mail und Internet-Bestellformular. Diese Übermittlungsformen sind zwar schnell, aber nicht interaktiv. Der Empfänger hat keine Möglichkeit, sofort auf die Annahme der Offerte zu reagieren, was diese Lösung nahe legt. Allerdings existiert zu diesen Fragen noch kaum eine Rechtssprechung, die Lehre ist geteilter Meinung¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Kommentar UWG, Art. 4, N 19.

¹⁶⁷ OGer ZH, ZR 1958, Nr. 6, S. 25 f.; KtGer ZG, SMI 1991, 253.

¹⁶⁸ Vgl. WIDMER / BÄHLER, S. 144, 150 ff.

M. Leistungsschutz (Art. 5 UWG)

a) Im Allgemeinen

Seinen Ursprung hat der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz hauptsächlich in dem Bedürfnis, zu verhindern, dass anvertraute Offerten, Berechnungen und Pläne usw. einem anderen Unternehmen zur Ausführung übergeben werden¹⁶⁹. Potenziellen Kunden werden oft komplexe Offerten, Projektskizzen usw. überreicht, damit diese das Angebot vertieft prüfen können. Solche Arbeitsleistungen können wirtschaftlich eingesetzt werden, indem sie einem Konkurrenten übergeben werden, der das Ergebnis nutzt und seinerseits günstiger offerieren kann, oder der Empfänger nutzt sie selbst gewinnbringend.

Unlauter handelt demnach, wer

- a. ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet;
- b. ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist;
- c. das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet.

Lit. a erfasst denjenigen, dem das Arbeitsergebnis *anvertraut* wurde, lit. b erweitert den Anwendungsbereich auf den, der auf andere Weise an das Ergebnis gelangt ist. Damit werden v.a. Konkurrenzunternehmen erfasst. Beide, lit. a und lit. b setzen den *Bruch eines vertraglichen oder vorvertraglichen Vertrauensverhältnis* voraus.

Das Arbeitsergebnis braucht, da es sich um einen lauterkeits- und nicht immaterialgüterrechtlichen Schutz handelt, nicht besonders individuell, eigenartig oder schutzwürdig zu sein, damit es geschützt wird. Dennoch genießt nicht jeder Gedanke, sei er auch schriftlich erfasst, Schutz. Eine gewisse geistige oder materielle Anstrengung wird vorausgesetzt¹⁷⁰. Marktreife wird in lit. a und b gerade nicht, in lit. c hingegen vorausgesetzt. Die Aufzählung von Offerten, Berechnungen oder Plänen ist, wie die ratio legis vermuten lässt und worauf das „wie“ im Gesetzestext hindeutet, *nicht abschliessend* (a.A. hingegen PEDRAZZINI, S. 172).

Unbefugte Verwertung ist jede Nutzbarmachung des in den Unterlagen verkörperten Wissens ohne die Zustimmung des Schöpfers.

b) Lit. c im Besonderen

Das Besondere an der Regelung in lit. c ist, dass die Verwertung der fremden Leistung nicht aus einem Vertrauensbruch abgeleitet wird, sondern durch ein *technisches Reproduktionsverfahren*. Damit ist diese Bestimmung der eigentliche Kern des Leistungsschutzes¹⁷¹. Zur Erfüllung des Tatbestandes müssen kumulativ drei Voraussetzungen gegeben sein:

¹⁶⁹ Botschaft S. 1070.

¹⁷⁰ Kommentar UWG, Art. 5, N 24 ff., wo diese Auffassung allerdings abgelehnt wird.

¹⁷¹ GUYET, Jaques in SIWR V/I, S. 215.

- aa) Das Arbeitsergebnis muss (anders als in lit. a und b) *marktreif* sein. Die Botschaft (S. 1071) erwähnt als Beispiele Ton- und Bildaufnahmen, technische Erzeugnisse, Computerprogramme, Druckerzeugnisse usw.
- bb) Das Arbeitsergebnis wird *ohne angemessenen eigenen Aufwand übernommen*. Ob der zur Übernahme getriebene Aufwand angemessen ist oder nicht, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Aspekte zu beurteilen. Da der Aufwand für die technische Reproduktion tatbestandsmässig schon vorausgesetzt ist, muss der tatsächlich getriebene Aufwand über diesen hinaus gehen, damit er angemessen sein kann. Neben der Reproduktion muss ein eigener Effort geleistet werden, der nicht nur Alibicharakter haben darf. Liegt dieser eigene Effort vor, sei er auch gering, kann kein Schutz nach UWG gewährt werden¹⁷².
- cc) Die Übernahme erfolgt durch ein *technisches Reproduktionsverfahren*, also mit Hilfe technischer Hilfsmittel und ohne grosse eigene Anstrengung. Verarbeitet der „Übernehmer“ der Leistung diese weiter und verknüpft sie mit eigenen Leistungen, fällt Leistungsschutz nach lit. c ausser Betracht. Das vorliegende Erzeugnis muss direkt für die Reproduktion eingesetzt werden, als Reproduktion gelten somit das Scannen, Photokopieren, Überspielen, Nachpressen und Nachgiessen eines Produktes, nicht jedoch das Abschreiben¹⁷³.

c) Insbesondere im Internet

Leistungsübernahmen gestalten sich im Internet sehr einfach, weil jedermann einfachen Zugang zu Leistungen anderer Wettbewerber hat. Programmcode gehört zu den typischen, durch einfache Kopie technisch reproduzierbaren Leistungen. Aber auch Inhalte von Web-Sites sind Leistungen i.S. von Art. 5 UWG und können übernommen werden.

Wird der HTML-Code einer Datei, was technisch überaus einfach ist, kopiert, kann eine Leistungsverwertung vorliegen. Dies ist besonders interessant, weil dem HTML-Code der urheberrechtliche Schutz abgeht (vgl. hinten S. 69). HTML-Dateien erfahren durch das UWG jedoch nicht den gleich ausgeprägten Schutz wie urheberrechtlich geschützte Werke durch das URG. Eine unlautere Übernahme von HTML-Code ist an erhöhte Voraussetzungen geknüpft: Der HTML-Code muss eine gewisse *Originalität* aufweisen, *zusammenhängend und in grossen Stücken übernommen* sowie ohne Abänderung (*Eigenleistung*) verwendet werden.

Programmcode wie bspw. Java oder m.E. auch Java-Script ist urheberrechtlich geschützt, Art. 5 UWG kann dazu jedoch *kumulativen Schutz* gewähren. Das Konzept einer Web-Site kann unter den Schutz der lit. a und b fallen, sofern es die Voraussetzungen eines geschützten Arbeitsergebnisses erfüllt (vorne a).

Das Einbinden von Inhalten bspw. aus anderen Medien in eine Web-Site kann eine Leistungsübernahme darstellen. Denkbar ist die Übernahme von Inseraten (Stelleninserate, Immobilieninserate, Telefonbücher usw.), aber auch anderer Inhalte verschiedener Medien. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, wie

¹⁷² GUYET in SIWR V/1, S. 216.

¹⁷³ Kommentar UWG, Art.5 N 46 ff.

gross der *für die Übernahme geleistete eigene Aufwand* ist. Das *unveränderte* Anzeigen eines mittels Scanner¹⁷⁴ digitalisierten Inserates ist eine technische Reproduktion und somit unlauter, die Erfassung durch Abtippen hingegen ist angesichts des getriebenen Aufwandes lauter (Näheres hinten, S. 67 - Inhaltsübernahme). Wird ein eingescanntes Ergebnis bearbeitet, liegt ein genügender eigener Aufwand vor. Die systematische Übernahme von Texten verstösst als Ausbeutung gegen die Generalklausel (vgl. vorne S. 23). Eine weitere Form der Inhaltsübernahme und somit gleich zu behandeln ist das „Inline-Linking“ (hinten S. 67).

N. Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 UWG)

a) Im Allgemeinen

Das Verbot der Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ist eng verwandt mit der Verleitung zum Geheimnisverrat in Art. 4 lit. c UWG. Jenes regelt die Verleitung zum Geheimnisverrat oder zur Auskundschaftung, dieses die Verwertung oder Weiterleitung der gewonnenen Informationen. Deshalb wird hier auch auf die Ausführungen auf Seite 40, insbesondere die Definition des Begriffs „Geheimnis“, verwiesen.

Unlauter handelt insbesondere, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonstwie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder andern mitteilt.

Die praktische Bedeutung des Geheimnisschutzes im wirtschaftlichen Leben ist enorm. Oft ist ein immaterialgüterrechtlicher Schutz nicht sinnvoll oder möglich (bspw. weil er wie der Patentschutz nach 20 Jahren verfällt), dann wird auf den Geheimnisschutz zurückgegriffen. Mit der Geheimhaltung des Know-how kann sich der Geheimnisträger eine zeitlich unbeschränkte Nutzung sichern¹⁷⁵, da jeder, der das Geheimnis nutzen will, dieses zuerst widerrechtlich erlangen muss.

Die Bedeutung des Geheimnisschutzes zeigt sich auch in der Häufigkeit von Konkurrenzklauseln in Arbeitsverträgen und anderen Vorkehren, die Unternehmen zur Geheimhaltung von Informationen treffen¹⁷⁶.

Wer auf irgend eine Weise Kenntnis von einem Geheimnis erlangt, ist gehindert, dieses zu verwerten. Es wird also, anders als bei Art. 4 lit. c UWG, wo eine Pflichtverletzung durch den Verleiteten vorausgeht, keine Verletzung einer besonderen Geheimhaltungspflicht vorausgesetzt¹⁷⁷.

Die Crux des Geheimnisschutzes liegt auch bei Art. 6 in den sich ergebenden Beweisproblemen. Der klagende Geheimnisträger muss Zweierlei beweisen. Erstens hat er darzulegen, dass ein Geheimnis

¹⁷⁴ Scannen ist ein Grenzfall, es ist jeweils der getriebene Aufwand als Ganzes zu betrachten. Kommentar UWG, Art. 5, N 49 bezeichnet scannen als genügenden Aufwand, um Lauterkeit zu bejahen; WIDMER / BÄHLER, S. 366 bezeichnet scannen lediglich als Reproduktionsaufwand und somit unlauter. Dem ist beizupflichten.

¹⁷⁵ Berühmtes Beispiel ist die Coca Cola Rezeptur, welche seit gut 100 Jahren geheim gehalten wird.

¹⁷⁶ Kommentar UWG, Art. 6, N 96; GUYET in SIWR V/1, S. 224 f.

besteht oder bestanden hat. Dies ist besonders schwierig, weil er glaubhaft machen muss, dass Personen keine Kenntnis von der Tatsache hatten, was ein *Negativbeweis* ist. Zweitens muss er die Verletzungshandlung beweisen, was in der Praxis oft zu einer grossen Hürde wird¹⁷⁸.

Neben den zivilrechtlichen Konsequenzen ist besonders der Geheimnisverrat von strafrechtlicher Bedeutung. Die lauterkeitsrechtliche Strafnorm nach Art. 23 UWG geht als *lex specialis* dem Art. 162 StGB vor, welcher damit nur anwendbar wird, wenn der Täter nicht zu Wettbewerbszwecken gehandelt hat. Obwohl Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG sachlich nahe verwandt sind und eine Tathandlung oftmals beide Tatbestände erfüllt, kommt nach h.L. eine kumulative Bestrafung nach beiden Normen nicht in Frage. Die Verleitung zur Verletzung ist entweder straflose Vortat oder die Verwertung ist straflose Nachtat, da der Vorsatz jeweils beide Delikte umfasst¹⁷⁹.

b) Insbesondere im Internet

Das unrechtmässige Erfahren oder Auskundschaften von Daten per Internet wird vor allem durch strafgesetzliche Bestimmungen erfasst¹⁸⁰. Das Verwerten der unrechtmässig erlangten Daten jedoch wird durch Art. 6 UWG inkriminiert, sofern es den Wettbewerb beeinflusst. Geheime Daten, die nicht für den Kenntnisnehmenden bestimmt sind, dürfen weder verwertet noch weitergegeben werden. Auch eine fehlgeleitete E-Mail, welche erkennbar nicht für den Leser bestimmt ist, ist somit unrechtmässig zur Kenntnis gelangt. Geheimnisse daraus dürfen nicht verwertet werden.

O. Missachtung von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG)

Unlauter handelt insbesondere, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind.

Art. 7 ist offen für Klagen von Konkurrenten und ev. auch betroffenen Berufs- oder Wirtschaftsverbänden, nicht jedoch von Arbeitnehmern gegen ihren Arbeitgeber. Ziel ist nicht der Arbeitnehmerschutz, sondern die Schaffung gleichmässiger Wettbewerbsbedingungen. Da Fragen der Arbeitsbedingungen in der Regel vor Arbeitsgerichten oder durch Intervention des Arbeitsinspektorates behandelt werden, ist die praktische Relevanz von Art. 7 UWG gering¹⁸¹.

Eine Anwendung der Norm auf Sachverhalte im Internet ist nicht ersichtlich.

¹⁷⁷ Kommentar UWG, Art. 6, N 29; a.A. GUYET in SIWR V/1, S. 226 ff.

¹⁷⁸ Kommentar UWG, Art. 6, N 77 ff.

¹⁷⁹ Kommentar UWG, Art. 6, N 82 ff.

¹⁸⁰ Art. 143 StGB (unbefugte Datenbeschaffung), welcher allerdings voraussetzt, dass die Daten gegen den Zugriff besonders gesichert sind.

¹⁸¹ GUYET in SIWR V/1, S. 229 f.

3. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Allgemeine Geschäftsbedingungen, also vorformulierte, einseitig diktierte oder öfters auch nachgeschobene Vertragsbestimmungen, sind auf allen Marktstufen weit verbreitet. Der Entwicklungsstand des Marketings, die Konzentrierung von Geschäften zu Grossunternehmen, das räumliche Wachstum von Märkten (von Regionalisierung bis Globalisierung) usw. fördern diese Tendenzen vermehrt. AGB gehören heute auch bei kleineren Unternehmen zu den gebräuchlichen Werkzeugen, dies nicht selten zum Nachteil von schwächeren Vertragspartnern. Im E-Commerce sind AGB die Regel, nicht mehr die Ausnahme.

Dass ein Schutzbedürfnis für schwächere Vertragspartner besteht ist unbestritten. Dazu besteht eine reichhaltige Praxis und mit der Regelung in Art. 8 UWG auch eine spezifische gesetzliche Norm¹⁸².

a) Inhaltskontrolle im Vertragsrecht (Exkurs)¹⁸³

Eine Inhaltskontrolle von Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht Bestandteil des UWG. Diese erfolgt allenfalls sub Vertragsrecht. Diese vertragsrechtliche Komponente kann hier einer kurzen Betrachtung nicht entbehren.

Keine AGB ist die Verwendung *eingebürgerter Vertragsmuster*. In Verträgen übliche Formulierungen und Floskeln gehören zur Vertragsredaktion und werden somit normaler Bestandteil des Vertrages. AGB sind von einer stärkeren Partei redigiert und werden der anderen Partei ohne Verhandlungen zum Akzept unterbreitet. Ob die AGB im Vertrag Geltung erlangen, hängt im Wesentlichen davon ab, ob sie durch *Vereinbarung im Vertrag zum Vertragsbestandteil* werden. Nur was zum Vertrag gehört, kann inter pares Geltung erlangen. Im Rahmen des Vertragsschlusses muss ausdrücklich auf die AGB Bezug genommen werden. Individuelle Abreden während der Vertragsverhandlungen gehen den AGB vor und setzen die AGB in diesen Punkten ausser Kraft.

Die vertragsrechtliche Praxis hat zum Schutz des schwächeren Vertragspartners zwei wichtige Instrumente entwickelt, die bei der Auslegung der AGB beigezogen werden. Die *Unklarheitenregel* besagt, dass Unklarheiten immer zu Lasten des Verfassers der AGB gehen. Die *Ungewöhnlichkeitsregel* schliesst die Verbindlichkeit von Bestimmungen aus, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen muss, es sei denn, er wurde gehörig darauf aufmerksam gemacht.

b) Art. 8 UWG

Art. 8 UWG schafft unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, die Art und Weise des Zustandekommens eines Vertrages zu überprüfen. Nicht Gegenstand der Überprüfung nach UWG ist der Inhalt der AGB, die Inhaltsüberprüfung erfolgt allenfalls vertragsrechtlich.

¹⁸² Beachtlich ist die ausführliche Sondergesetzgebung in Deutschland mit dem AGB-Gesetz.

¹⁸³ Vertiefend zu der Problematik, BUCHER, §10 XIV.

Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen.

Drei Voraussetzungen sind für die Einschlägigkeit von Art. 8 bedingt¹⁸⁴:

aa) Die *Verwendung vorformulierter Bedingungen* liegt vor, wenn die Parteien über eine Vertragsbedingung keine Verhandlung geführt haben, weil ein Vertragspartner sie einseitig und ohne Möglichkeit auf Abänderung festgelegt hat. Sie erfolgt meistens durch Hinweise auf die AGB, bspw. auf der Rückseite des Vertrages.

bb) Die *Irreführung zum Nachteil eines Vertragspartners* liegt vor, wenn der Inhalt der Vertragsbestimmungen geeignet ist, diesen Vertragspartner zu einer irrtümlichen Meinungsbildung zu veranlassen.

cc) *Entweder*:

Die AGB beinhalten eine *erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung* (lit. a). Als gesetzliche Regelung gilt das auf vorliegende Verträge anwendbare Gesetzesrecht (dispositives Recht) oder die Grundsätze der einschlägigen Gerichtspraxis (bspw. Innominatkontrakte);

oder:

Die AGB legen eine *vertragsfremde Verteilung der Rechte und Pflichten* fest (lit. b). Damit sind Klauseln ohne direkten Zusammenhang zur objektiven Natur des jeweiligen Vertrages gemeint. Der Richter hat damit ein Instrument, gegen *unbillige* Verteilung von Rechten und Pflichten vorzugehen.

Auf Art. 8 kann sich die schwächere Vertragspartei berufen, aber auch Klagen von Verbänden (Konsumentenschutzorganisationen) nach Art. 10 Abs. 2 UWG sind denkbar (vgl. vorne S. 13).

Verstösse gegen Art. 8 UWG haben die zivilrechtlichen Folgen nach Art. 9 ff. UWG, nicht jedoch die strafrechtlichen Sanktionen nach Art. 23 UWG zur Folge. Noch nicht klar ist, ob ein Verstoß gegen Art. 8 UWG automatisch Nichtigkeit der in Frage stehenden Vertragsbestimmung nach Art. 20 OR und Teilnichtigkeit des Vertrages zur Folge hat. M.E. kann neben dem widerrechtlichen Inhalt auch das widerrechtliche Zustandekommen eines Vertrages dessen Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit (Art. 20 OR) bewirken. Damit wird auch der Einheitlichkeit der Rechtsordnung Genüge getan. Nach hier vertretener Auffassung kann somit Nichtigkeit nach Art. 20 OR bejaht werden¹⁸⁵.

Die Formulierung von Art. 8 wurde in der parlamentarischen Debatte nach heftigen Diskussionen wesentlich verändert. Neu eingefügt wurde das Erfordernis der „Irreführung“ mit dem unschönen Ergebnis, dass die Norm praktisch keine Anwendung findet und nahezu entbehrlich erscheint.

¹⁸⁴ GUYET in SIWR V/1, S. 236 f.

¹⁸⁵ Ebenso BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8, N 59; DAVID, N 244; KRAMER, BK, Art. 19-20, N 290 ff. / a.A. BUCHER, §10 XIV, Fn. 131 (was GUYET in Fn. 24 anders wiedergibt).

c) Insbesondere im Internet

AGB sind im Internet die Regel, sie tauchen wohl bei jedem Online-Vertrag auf. Sie werden Bestandteil des Vertrages, wenn der akzeptierende Vertragspartner vor dem Vertragsschluss die Möglichkeit hat, davon in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Diese Möglichkeit kann durch einen Verweis (Link) rechtsgültig geschaffen werden. Schafft der Anbieter diese Voraussetzungen, ist es unerheblich, ob der Kunde von den AGB tatsächlich Kenntnis nimmt. In jedem Fall aber werden für die Auslegung die *Unklarheitenregel* und die *Ungewöhnlichkeitsregel* herangezogen, was den Kunden etwas vor ungelesen akzeptierten AGB schützt. Für den Anbieter ist es in Folge der noch fehlenden Rechtspraxis empfehlenswert, noch einen Schritt weiter zu gehen und den Kunden zu „zwingen“, von den AGB Kenntnis zu nehmen. Dies wird erreicht, indem die Bestimmungen vor Ausführung der Bestellung automatisch eingeblendet werden (in einem zusätzlichen Frame oder im Bestellformular). Der Kunde muss dann auf ein dafür vorbestimmtes Feld klicken, um die AGB zu akzeptieren¹⁸⁶.

Dem Erfordernis der Zumutbarkeit zur Kenntnisnahme nicht genügen dürfte es, wenn die AGB über eine Download-Option zugänglich sind. Ein Hinweis „es gelten unsere AGB“ genügt ebenso wenig¹⁸⁷.

Kapitel 3: Rechtsfolgen

1. Zivilrechtliche Ansprüche

Art. 9 UWG stellt dem Kläger ein Bündel von Rechtsbehelfen zur Verfügung, mit denen er sich gegen Verletzungen wehren kann. Mit einer Klage ist er somit in der Lage, verschiedene Ziele gleichzeitig zu verfolgen. Klage führen kann nur, „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“ (vgl. Aktivlegitimation, vorne S. 13).

Art. 9 UWG:

Wer durch unlauteren Wettbewerb (...) bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter beantragen:

- a. eine drohende Verletzung zu verbieten;
- b. eine bestehende Verletzung zu beseitigen;
- c. die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.

Er kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

Er kann ausserdem nach Massgabe des Obligationenrechts auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinnes entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag klagen.

¹⁸⁶ S. auch WIDMER / BÄHLER, S. 163 ff.

¹⁸⁷ RICKE, S. 130 f. für das deutsche Recht.

Die Ansprüche werden traditionsgemäss in Abwehransprüche und reparatorische Ansprüche unterteilt¹⁸⁸.

A. Abwehransprüche

a) Verboten einer drohenden Verletzung (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG)¹⁸⁹

Bevor eine Schädigung eingetreten ist, lässt sich die schädigende Handlung mit der Unterlassungsklage präventiv verbieten. Es handelt sich um ein Instrument des Rechtsschutzes, welches greift, bevor der Kläger den Schaden hinnehmen muss. Diese Eigenschaft macht die Klage nach lit. a sehr effizient zum Schutze des Wettbewerbes.

Voraussetzung für eine Unterlassungsklage ist lediglich die *unmittelbare Gefahr einer künftigen Verletzung* der nach UWG geschützten Interessen (Kundschaft, Kredit, berufliches Ansehen, Geschäftsbetrieb,...). Keine Rolle spielt es, ob die Gefährdung zum ersten Mal eintritt oder ob nach eingetretener Verletzung weitere Schädigungen verhindert werden sollen.

Die richterliche Anordnung zur Unterlassung einer wettbewerbsgefährdenden Handlung wird von Amtes wegen mit der Strafandrohung des Art. 292 StGB verknüpft.

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Haft oder mit Busse bestraft.

b) Beseitigungsanspruch (Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG)¹⁹⁰

Mit der Klage auf Beseitigung einer bestehenden Störung des lautereren Wettbewerbs reagiert der Kläger auf die bereits eingetretene Verletzung. Im Gegensatz zur Unterlassungsklage ist sie also gegenwartsorientiert.

Voraussetzung, dass ein Beseitigungsanspruch begehrt werden kann, ist eine rechtswidrige, fortdauernde Störung. Der Richter kann jedes Unterlassen, wenn es sich aufdrängt aber auch ein positives Tun anordnen.

Inhalt der Klage kann bspw. das Begehren sein, einen Domainnamen auf den Kläger zu übertragen, den unlauteren Inhalt einer Web-Site zu entfernen, einen Link zu beseitigen, ein verwechselbares Zeichen nicht weiter zu nutzen, eine Firma aus dem Handelsregister zu löschen, Boykottaufrufe zu widerrufen usw.

¹⁸⁸ Statt vieler: Kommentar UWG, Art. 9, N 9.

¹⁸⁹ Kommentar UWG, Art. 9, N 7 ff.

¹⁹⁰ Kommentar UWG, Art. 9, N 57 ff.

c) Feststellungsklage (Art. 9 Abs. 1 lit. d UWG)¹⁹¹

Die Feststellungsklage steht in engem Zusammenhang zu dem Anspruch auf Urteilspublikation (gleich hinten d). Sie kann angestrengt werden, wenn eine Störungswirkung weiterhin anhält, die Störungshandlung allenfalls aber schon abgeschlossen ist.

d) Anspruch auf Berichtigung und Urteilspublikation (Art. 9 Abs. 2 UWG)¹⁹²

aa) Mit der Berichtigung werden Störungszustände unkörperlicher Art beseitigt, sie ist eine besondere Form der Störungsbeseitigung nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG. Darüber hinaus ist die Wirkung einer Berichtigung oder Urteilspublikation oft auch eine Wiedergutmachung. Bezweckt wird die Korrektur einer gemachten Aussage.

Voraussetzung für die Anordnung einer Berichtigung ist, dass der zu beseitigende *Störungszustand* durch *unrichtige oder irreführende Aussagen* hervorgerufen worden ist und noch *andauert*.

Zum Zwecke der Berichtigung einer Aussage wird der Richter anordnen, dass der Beklagte während einer bestimmten Frist eine wiedergutmachende Publikation in einem festgelegten Organ (oft wohl dasjenige, in dem die Falschaussage gemacht wurde) veröffentlicht. Die Berichtigung muss geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein¹⁹³.

bb) Die Urteilspublikation verfolgt das gleiche Ziel wie die Berichtigung, nämlich die Beseitigung eines Störungszustandes. Voraussetzung, dass ein Urteil publiziert wird, ist, dass der Kläger in seinen geschützten Interessen verletzt ist, dass ein Urteil mit einem Anspruch nach Art. 9 Abs. 1 lit. a-c vorliegt und dass die klagende Partei ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hat.

e) Anspruch auf Gegendarstellung (Art. 28g ZGB)

Der Unterschied zwischen der Gegendarstellung und der Berichtigung besteht darin, dass diese vom Normadressaten, also vom Verletzer, jene hingegen vom Verletzten ausgeht. Das UWG kennt im Unterschied zum Persönlichkeitsrecht des ZGB (Art. 28g) kein Gegendarstellungsrecht, eine analoge Anwendung als Rechtsbehelf verbietet sich¹⁹⁴.

Dem Verletzten, der durch *Tatsachendarstellungen* in *periodisch erscheinenden Medien* in seiner *Persönlichkeit verletzt* wird, wird der Rechtsschutz des Art. 28g ZGB zuteil. Periodisch erscheinende Medien sind im Internet allenfalls Newsletters, nicht jedoch Inhalte von Web-Sites. Periodizität ist gegeben, wenn durch wiederholtes Tätigwerden des Veröffentlichers der gleiche Personenkreis erreicht wird¹⁹⁵.

¹⁹¹ Kommentar UWG, Art. 9, N 77, 91 ff., 101 ff.

¹⁹² Kommentar UWG, Art. 9, N 125 ff.

¹⁹³ BAUMBACH / HEFERMEHL, Einl. UWG, N 316; Kommentar UWG, N 132 a.a.O.

¹⁹⁴ Kommentar UWG, Art. 9, N 174 ff.

¹⁹⁵ TUOR / SCHNYDER / SCHMID, S. 100.

B. Reparatorische Ansprüche (Wiedergutmachung, Art. 9 Abs. 3 UWG)¹⁹⁶

Die reparatorischen Ansprüche haben neben einer Ausgleichsfunktion auch eine Präventions- und Sanktionswirkung. In der Praxis ist ihre Bedeutung geringer als diejenige der Abwehransprüche. Beide Arten von Ansprüchen bestehen *kumulativ nebeneinander*.

Das Gesetz verweist auf das Obligationenrecht für die Klage auf *Schadenersatz*, *Genugtuung* und *Gewinnherausgabe*. Reparatorische Ansprüche verjähren nach Art. 60 OR innerhalb eines Jahres, ab dem Zeitpunkt, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und der Person des Schädigers erlangt (relative Verjährungsfrist), spätestens jedoch 10 Jahre nach der schädigenden Handlung (absolute Verjährungsfrist).¹⁹⁷

a) Schadenersatzanspruch¹⁹⁸

Der Anspruch auf Schadenersatz ist der Ausgleich für bereits entstandene materielle Nachteile. Anders als beim Unterlassungsanspruch ist der Wettbewerbsverstoss also schon begangen worden.

Der Inhalt des Schadensersatzanspruches richtet sich nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen des Art. 41 ff. OR. Somit müssen die Voraussetzungen der deliktsrechtlichen Schadensersatzklage erfüllt sein. Dies sind ein vorliegender *Schaden*, *Widerrechtlichkeit*, *Kausalität* und *Verschulden*.

Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit ist bereits erfüllt durch einen Wettbewerbsverstoss nach Art. 2-8 UWG. Der eingetretene Schaden muss eine adäquat kausale Folge der widerrechtlichen Handlung sein, d.h., sie ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem natürlichen Lauf der Dinge geeignet, den Schaden herbeizuführen. Das Verschulden ist nicht Voraussetzung für die Erfüllung der Tatbestände des UWG, sehr wohl jedoch dafür, ob ein Anspruch auf Schadenersatz entsteht. Dadurch wird die Latte für die Bejahung eines Anspruchs auf Schadenersatz höher gelegt als für die Abwehransprüche. Gleichgültig ist der Grad des Verschuldens, es kommt fahrlässiges wie auch vorsätzliches Handeln in Frage.

b) Genugtuungsanspruch¹⁹⁹

Die Regelung des Genugtuungsanspruches bezweckt einen Ausgleich für immaterielle Schäden. Das UWG bezieht sich auf Art. 49 OR.

Das Vorliegen einer genügend schweren Persönlichkeitsverletzung (Ehre, Freiheit wirtschaftlicher Betätigung usw.) genügt für die Gewährung eines Anspruchs auf Genugtuung. Ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt.

Im Lauterkeitsrecht kommt den Genugtuungsansprüchen nur eine marginale Bedeutung zu.

¹⁹⁶ Kommentar UWG, Art. 9, N 177 ff.

¹⁹⁷ Vertiefend, statt vieler: REY, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, §13.

¹⁹⁸ Kommentar UWG, Art. 9, N 185 ff.

¹⁹⁹ Kommentar UWG, Art. 9, N 247 ff.

c) Anspruch auf Gewinnherausgabe²⁰⁰

Zur Beurteilung eines eventuellen Anspruchs auf Gewinnherausgabe wird die Regelung von Art. 423 OR über die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Geschäftsanmassung) herangezogen.

Eine Geschäftsanmassung, welche UWG-Normen verletzt, liegt vor, wenn der Verletzer eine lauterkeitsrechtlich geschützte und verwertbare Rechtsposition des Geschädigten gebraucht. Dies liegt vor bei der Leistungsübernahme (Art. 5, vorne S. 42), der Ausbeutung (Art. 2, vorne S. 23 und Art. 3 lit. d, S. 29) oder der Verwertung fremder Geheimnisse (Art. 6, vorne S. 44).

2. Verwaltungsrechtliches

Preisbekanntgabe an Konsumenten²⁰¹

Die Art. 16-20 UWG regeln als einzige verwaltungsrechtliche Bestimmungen des UWG die Pflicht zur Bekanntgabe des Verkaufspreises. Die Regelungsdetails finden sich in der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (PBV).

Gegenüber dem Konsumenten ist jeweils der tatsächlich zu bezahlende Preis (Nettoverkaufspreis) bekannt zu geben. Die Preisbekanntgabe kann beliebig erfolgen, muss sich aber eindeutig auf die bezeichnete Ware beziehen. Die Gefahr einer Irreführung des Konsumenten ist nicht statthaft. Irreführende Preisbekanntgaben werden neben der Regelung des Art. 16 ff. auch zivilrechtlich von Art. 3 lit. b erfasst.

Erfolgt eine mangelhafte Preisbekanntgabe vorsätzlich, so ist die Strafe für den Anbieter Haft oder Busse bis Fr. 20'000.--, liegt Fahrlässigkeit vor, so ist die Strafe Busse.

Art. 24 UWG:

Wer vorsätzlich:

- a. die Pflicht zur Preisbekanntgabe (Art. 16) verletzt;
 - b. den Vorschriften über die Preisbekanntgabe in der Werbung (Art. 17) zuwiderhandelt;
 - c. in irreführender Weise Preise bekanntgibt (Art. 18);
 - d. die Auskunftspflicht im Zusammenhang mit der Preisbekanntgabe (Art. 19) verletzt;
 - e. den Ausführungsvorschriften des Bundesrates über die Preisbekanntgabe (Art. 16 und 20) zuwiderhandelt,
- wird mit Haft oder Busse bis zu 20 000 Franken bestraft.

Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse.

²⁰⁰ Kommentar UWG, Art. 9, N 254 ff.

²⁰¹ PEDRAZZINI, S. 254 ff.; vertiefend: Kommentar UWG, Art. 9, S. 1092 ff.

3. Strafrechtliche Folgen

Zur Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes enthält das UWG zusätzliche Strafbestimmungen in den Art. 23-27.

a) Strafbarer Personenkreis²⁰²

Ist der Täter Beauftragter eines Geschäftsbetriebes, erklärt Art. 26 UWG die Grundsätze des Verwaltungsstrafrechts (VStrR) für anwendbar. Nach diesen ist diejenige natürliche Person, welche die Tat verübt hat, strafbar, auch wenn sie in Pflichterfüllung für einen Dritten (juristische Person, Personengesellschaft, Einzelfirma usw.) gehandelt hat. Zusätzlich sind die Strafbestimmungen anwendbar auf den Geschäftsherrn, Arbeitgeber, Auftraggeber, Vertretenen oder die schuldigen Organe der Firma usw., die es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlassen, eine Widerhandlung des Täters abzuwenden (Art. 6 VStrR). Falls für eine Tat eine Busse von höchstens Fr. 5000.-- in Betracht fällt und die Ermittlung der strafbaren Personen unverhältnismässig schwierig wäre, so kann die betreffende juristische Person oder Personengesellschaft zur Bezahlung der Busse verurteilt werden (Art. 7 VStrR).

b) Die Handlungen mit Straffolgen

Gemäss dem Prinzip des Marktauswirkungsortes ist das Schweizer UWG nur anwendbar, wenn sich der Erfolg der wettbewerbswidrigen Handlung in der Schweiz ausgewirkt hat (vorne S. 4 ff.). Dies entspricht dem Territorialitätsprinzip des StGB (Art. 7), wonach Schweizer Strafhöhe besteht, wenn der Erfolg eines Verbrechens in der Schweiz eingetreten ist.

Mit Strafe bedroht sind einzig Verstösse gegen die Art. 3, 4, 5, 6 UWG (vorne S. 25), sofern sie vorsätzlich erfolgt sind. Dabei handelt es sich um Antragsdelikte. Berechtigter, Strafantrag zu stellen, ist, wer nach Art. 9 und 10 UWG zur Zivilklage zugelassen ist (Art. 23 UWG), also auch der Bund und die privaten Verbände (vorne S. 13).

Einziges Offizialdelikt ist nach Art. 24 UWG die Verletzung der Pflicht zur Preisbekanntgabe nach Art. 16 ff. UWG.

²⁰² PEDRAZZINI, S. 264 f.

c) Der Strafrahmen

Bei den UWG-Delikten nach Art. 23 handelt es sich um Vergehen. Der Strafrahmen beträgt nach Art. 23 UWG Gefängnis oder Busse bis Fr. 100'000.--. Die Verletzung der Pflicht zur Preisbekanntgabe hingegen ist eine blosser Übertretung mit einem Strafrahmen von Haft oder Busse bis Fr. 20'000.-- bei vorsätzlicher Begehung (Art. 101 ff. StGB). Bei Fahrlässigkeit ist die Strafe Busse bis höchstens Fr. 5'000.-- (Art. 106 StGB).

TEIL III: BESONDERE INTERNET PROBLEMATIKEN

Kapitel 1: Domainnamen

1. Allgemeines

Das Domain Name System (DNS) des Internet schafft einige besondere Problematiken mit wettbewerbsrechtlicher Relevanz. Technisch werden Rechner am Internet nicht über die Domain, sondern über eine numerische Internet-Adresse (IP Adresse) angesprochen. Das DNS hat hauptsächlich den Zweck, Domainnamen in Internet-Adressen abzubilden, damit sich der Endbenutzer keine numerische IP Adresse merken muss²⁰³. Die gesamte URL setzt sich aus folgenden Komponenten zusammen:

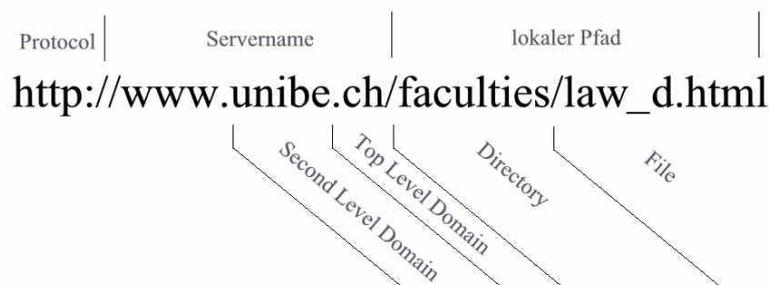


Abbildung 2: Der Aufbau einer URL

Der Domainname setzt sich zusammen aus der Top Level Domain (TLD) und der Second Level Domain (SLD). Die jeweiligen TLDs werden privaten Körperschaften zur Verwaltung und mit der Befugnis, Registrationen von SLDs vorzunehmen, zugeteilt²⁰⁴. Eine .ch oder .li Domain kann zwischen 3-24 alphanumerische Zeichen (A-Z; 0-9; plus Bindestrich) enthalten.

Lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten können entstehen, wenn ein Domainname zu Verwechslungen mit einer Firma, einer Marke, einem fremden Produkt, einem anderen Domainnamen usw. führen kann, wenn Domainnamen missbräuchlich verwendet werden, wenn sie irreführend oder täuschend sind, die Konkurrenz behindern usw. Die Registrierungsstelle lehnt Registrierungsanträge von Domainnamen ab, die bereits vergeben sind oder die gegen die Sitten verstossen. Sie prüft Domainnamen jedoch nicht auf ihre Rechtmässigkeit, dafür ist der Registrierende verantwortlich. In ihren Vertragsbedingungen

²⁰³ Internet Domainnamen, S. 39, 45 ff.

²⁰⁴ Für die TLDs „ch“ und „li“ für Schweiz und Liechtenstein ist die Registrierungsstelle die CH/LI DOM-REG, welche ein Teil der Stiftung SWITCH ist; www.switch.ch.

(Policy)²⁰⁵ überträgt die Registrierungsstelle die Pflicht, Rechtsstreitigkeiten zu führen, auf den Inhaber des Domainnamens.

Der verwendete und rechtmässige Domainname erfährt durch das UWG auch einen gewissen Schutz. Dem Inhaber stehen aus UWG gewisse Abwehrrechte zur Verfügung (hinten S. 60).

2. Unlautere Domainnamen

Die rechtlichen Fragen bei der Vergabe von Domainnamen beschränken sich bislang hauptsächlich auf Wettbewerbs-, Namens- oder Markenrecht. Domainnamen sind jedoch Adressierungselemente im Sinne von Art. 28 ff. FMG, was bis anhin nur wenig Beachtung fand. Zur Zeit liegt dem Bundesrat ein Entwurf zur Revision der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV) vor. Geplant ist, dass die revidierte Fassung, nach bundesrätlicher Genehmigung im Dezember 2001, auf den 1. April 2002 in Kraft treten wird²⁰⁶.

Die geänderte AEFV wird wesentliche Veränderungen im Bereich der Vergabe von Domainnamen bewirken. Bleibt ein Domainname 5 Jahre unbenutzt, kann er jederzeit neu zugeteilt werden, was dem Horten von Domainnamen entgegenwirken soll. Namen der öffentlichen Hand, wie Orts- und Kantonsbezeichnungen, sind nicht mehr frei zugänglich und stehen automatisch der jeweiligen öffentlichrechtlichen Körperschaft zu. Ferner soll das BAKOM die Kompetenz erhalten, *gemeinfreie Begriffe* (dazu gleich hinten) zwangsweise zuzuteilen²⁰⁷.

A. Irreführende und täuschende Domainnamen

Als irreführend oder täuschend ist ein Domainname unlauter, wenn er das Gebot der Klarheit oder der Wahrheit verletzt. Die Klage kann je nach Sachverhalt die Verletzung von Art. 3 lit. b UWG (vgl. vorne S. 27) oder die Verletzung der Generalklausel von Art. 2 UWG rügen (vgl. vorne S.22).

Anonyme Werbung im Internet ist gemäss der hier vertretenen Ansicht nicht zulässig, da irreführend (vorne a.a.O.). Demnach ist ein Domainname unlauter, wenn er über die Identität des Anbieters in die Irre führt. Dieser Mangel kann mit einer klaren Identitätsbekundung im Inhalt der Web-Site, vorzugsweise auf der Homepage, auf welche die Domain führt, wettgemacht werden. Dies entspricht auch der Regelung des Art. 3 lit. b UWG, nach der unlauter handelt, wer *über sich, seine Firma, oder seine Geschäftsbezeichnung* irreführende Angaben macht. Verletzt ein Domainname ein anderes Recht

²⁰⁵ <http://www.nic.ch/terms/policy.html>.

²⁰⁶ Zeitplanung gemäss Auskunft BAKOM.

²⁰⁷ Vertiefend zur neuen Verordnung: Rosenthal, David / Mamane, David: Verordnung für Domain-Namen: Staatlich verordnete Selbstregulierung, in: Jusletter 11. Juni 2001.

(MSchG, Firmenrecht, Namensrecht usw.) und ist er gleichzeitig irreführend, entsteht dem Verletzten dadurch eine kumulative Klagemöglichkeit, einerseits nach dem Spezialerlass und andererseits nach UWG.

Wird der Domainname eingesetzt, um unlauter zu werben, kann er als Kundenfang (vorne S. 22) unter die Generalklausel fallen und unzulässig sein. Kritisch sind Hinweise auf die Gesundheit, Wohltätigkeit oder den Umweltschutz²⁰⁸, wie „laengerleben.TLD“ für eine Zigarettenmarke oder „ihr-wohlstand-toetet.TLD“ für eine Organisation, welche Hungersnöte in Afrika bekämpft usw. Unter der Generalklausel gilt auch die *Werbung mit Selbstverständlichkeiten* als unlauter (vorne S. 22), so etwa der Domainname „naturmehl.TLD“ für Mehl, das nicht chemisch behandelt ist, da kein Konkurrent derart behandeltes Mehl einsetzt²⁰⁹. Gegen die Verwendung eines Domainnamens wie „drmueller.TLD“, der durch Titelberühmung (vorne S.29) in die Irre führt, kann wegen Unlauterkeit Klage geführt werden.

Auch unlautere Alleinstellungswerbung (vorne S. 32) kann in einen Domainnamen verpackt werden und irreführend sein. Sie ist nach Art. 3 lit. e UWG verpönt, wenn *objektiv überprüfbare Tatsachen nicht zutreffend* sind. Zulässige Superlative wären „coolstesgetraenk.TLD“ oder „heissestemode.TLD“, weil sie nicht überprüfbar sind sowie „best-of-music.TLD“ als marktschreierische Äusserung.

Demnach Unzulässig, weil objektiv überprüfbar, ist „immerambilligsten.TLD“ oder „bester-zinsertrag.TLD“, wenn die Aussage un wahr ist.

B. Verwechselbare Domainnamen

Der Inhaber eines Zeichen kann sich mit Hilfe des Art. 3 lit. d UWG gegen Irreführungen schützen, die durch verwechselbare Domainnamen hervorgerufen werden. Ein Zeichen genießt lauterkeitsrechtlichen Schutz und ist somit stärker als ein Domainname, wenn:

- + es im Geschäftsverkehr *als Kennzeichen verwendet* wird und *kennzeichnungsfähig* ist. Das Zeichen muss geeignet sein, einen Wettbewerber, sein Geschäft oder seine Leistungen (also auch Produkte / Marken) zu unterscheiden.
- + *Verwechslungsgefahr* mit einer Ware, Dienstleistung oder einem Unternehmen besteht, in Frage kommen *Zeichenverwechslungen* und *Unternehmensverwechslungen*.
- + das Zeichen im Markt eine gewisse *Kraft und Bekanntheit* besitzt.
- + sich die *Interessen* des Domain-Registrierenden und dem Zeicheninhaber überschneiden (örtlich oder sachlich).

²⁰⁸ SCHWENNINGER / SENN / THALMANN, S. 40.

²⁰⁹ Beispiel nach BGH GR 56, 550/553 (aus BAUMBACH / HEFERMEHL, §3 UWG N 53).

- Es gilt die *Alters- oder Benutzungspriorität*²¹⁰. Wer ein Zeichen länger verwendet, kann dies auch weiterhin im gleichen Rahmen tun. Wurde der Domainname vor dem Zeichen verwendet (nicht nur registriert!), besteht kein lauterkeitsrechtlicher Schutz gegen diesen.

Falls gleichzeitig eine Marken- oder Firmenrechtsverletzung vorliegt, kommt der jeweilige Sonderschutz *kumulativ* zur Anwendung.

Ein Domainname, der kumulativ diese Tatbestandselemente erfüllt, ist verwechselbar und unlauter nach Art. 3 lit. d (vome S. 29)²¹¹. Seine Verwendung kann untersagt werden oder es kann die Übertragung auf den Zeicheninhaber angeordnet werden.

Ein *gemeinfreies Zeichen* kann ausnahmsweise lauterkeitsrechtlichen Schutz erlangen, wenn es lange in Gebrauch ist und/oder sein anderweitiger Gebrauch Verwechslungsgefahr hervorruft²¹².

Geographisch reicht der lauterkeitsrechtliche Schutz nur so weit, wie das betreffende Zeichen im Verkehr tatsächlich gebraucht wird. Dadurch wird wettbewerbsrechtlich an sich nur ein Abwehranspruch im Inland begründet²¹³.

Internet Benutzer auf der Suche nach einer Seite versuchen nicht selten, einfach über den Domainnamen „www.kennzeichen.TLD“ an ihr Ziel zu gelangen. Wer ein fremdes Zeichen als Domainname belegt, profitiert davon und lockt Anwender auf seine eigene Seite. Dieses Vorgehen ist als Schaffung einer Verwechslungsgefahr unlauter. Beseitigt der Inhaber der Web-Site die Verwechslungsgefahr, indem er auf der Homepage eindeutig deklariert, dass er nicht mit dem Inhaber des Zeichens identisch ist, liegt keine Verwechselbarkeit vor (so BURI). Dem kann mit Blick auf den Gesetzeswortlaut von Art. 3 lit. d beigespflichtet werden. Das Beseitigen der Verwechslungsgefahr macht das Vorgehen aber nicht lauter, es liegt nach wie vor eine Verletzung der Generalklausel wegen Ausbeutung vor²¹⁴.

Damit Verwechselbarkeit vorliegt, muss der Domainname nicht identisch mit dem Zeichen sein. *Verwechselbare Ähnlichkeit* genügt.

C. Behindernde Domainnamen

a) Domain Name grabbing (Cyber squatting)

Von „Domain Name grabbing“ spricht man, wenn jemand ein Zeichen (Name, Marke, Firma) durch Registration als Domainname besetzt und damit dem Zeicheninhaber den Zugang zum Internet unter

²¹⁰ Anders im Markenrecht, wo Eintragungspriorität gilt.

²¹¹ Vertiefend BURI, Ueli: Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names nach schweizerischem Firmen-, Marken-, Namens- und Lauterkeitsrecht, Diss. Bern 1999, S. 136 ff.

²¹² BGE 126 III 239 (bemeroberland.ch); BGE 125 III 91 (rytz.ch).

²¹³ BURI a.a.O.

²¹⁴ BURI, S. 148.

seinem Zeichen verwehrt. Möglich ist dies, weil Domainnamen nach dem Prinzip der ersten Anmeldung „first come - first served“ vergeben werden und jeder Domainname nur einmal besetzt werden kann.

Grabbing wird betrieben, um einen ungeliebten Kontrahenten zu behindern, um sich einen Auftrag für die Erstellung eines Internet-Auftritts zu sichern²¹⁵ oder um den besetzten Domainnamen gegen Entgelt auf den Zeicheninhaber zu übertragen. Letzteres war zeitweise in Studentenkreisen populär, wurde aber auch geschäftsmässig von darauf ausgerichteten Firmen betrieben. Ein bekannt gewordenes Beispiel aus der Praxis ist der Domainname „novartis“: Zur Zeit der Fusion von Ciba und Roche zu Novartis registrierte eine amerikanische Firma den Domainnamen „novartis.com“ und die Umweltschutzorganisation Greenpeace „novartis.ch“.

Eine solche Reservierung eines Domainnamen verstösst gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben des Art. 2 UWG, wenn damit der *Ruf eines fremden Kennzeichens ausgebeutet* wird oder wenn eine Registrierung ohne objektiv schutzwürdige Interessen und damit *erkennbar zu Lasten Dritter* erfolgt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Verletzer den reservierten Domainnamen überhaupt aktiv gebraucht, die Behinderung ohne Schutzwürdiges Interesse ist hinreichend für die Rechtswidrigkeit²¹⁶.

b) Gemeinfreie Zeichen als Domainname

Beschreibende Domainnamen wie „billig.TLD“ oder Gattungsbezeichnungen wie „auto.TLD“ verschaffen ihrem Inhaber einen beachtlichen Vorteil. Jeder potenzielle Kunde, der etwas sucht und versucht über „gattung.TLD“ an Informationen zu gelangen, stösst auf die Web-Site dieses Anbieters. Ebenfalls ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Web-Site als Suchergebnis in Suchmaschinen erscheint, grösser.

In der Schweiz wird diese Problematik vor allem anhand eines eventuellen Freihaltebedürfnisses geprüft. Ein *gemeinfreies Zeichen* kann, wie vorne schon erwähnt, keinen Schutz erlangen, es sei denn, es besitzt Kennzeichnungskraft oder mangelnder Schutz würde zu Verwechslungsgefahr führen. Ein gemeinfreies Zeichen dürfte von niemandem verwendet werden.

Besonders in der deutschen Lehre wird diskutiert, die Registrierung von Allgemeinbegriffen zu untersagen. Argumentiert wird mit Analogie zum Markengesetz, welches die Eintragung von Allgemeinbegriffen als Marke verbietet - denn gleich wie die Marke schafft der Domainname ein Monopol²¹⁷. Ebenso wird in Deutschland die Unlauterkeit der Eintragung von Allgemeinzeichen wegen Behinderung der Konkurrenz diskutiert, weil die Gattungsdomain die Abnehmerströme kanalisiert.

Die Gerichtspraxis in der Schweiz wie in Deutschland²¹⁸ tendiert in die Richtung, das Kriterium „first come - first served“ für die Domainvergabe von Allgemeinzeichen zu akzeptieren und die

²¹⁵ BGE 126 III 239 E. 3d (berneroberland.ch) ; recht 2000, S. 214 ff. ; BURI, Ueli: Anmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Mai 2000 betreffend unlauteren Wettbewerb durch die Registrierung/Verwendung des Internet Domain Name berneoberland.ch, in: Jusletter 3. Juli 2000.

²¹⁶ BGE 126 III 239 a.a.O.

²¹⁷ RICKE, S. 21 f.

²¹⁸ LG München 1, Urteil vom 10.04.97, 17 HKO 3447/97 (sat-shop.com); OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.02.1997, 6W 2/97 (wirtschaft-online.de).

Marktwirtschaft spielen zu lassen. Diese Lösung erscheint sinnvoll, sie entspricht einer Grundidee des Internets. Wer Tendenzen im Voraus erkennt, soll die Früchte ernten können²¹⁹. Eine Freihaltung gemeinfreier Zeichen wäre überdies schwerlich justiziabel, schwierige Abgrenzungsprobleme würden geschaffen. Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Behinderung und Irreführung ist ausreichend, um praktikable und billige Regeln für die Verwendung von Domainnamen zu gewährleisten, eine Ausweitung der Praxis erscheint nicht angezeigt (beachte jedoch die anstehende Revision der AEFV, vome S. 56).

D. Schutz von Domainnamen

Unter den gleichen Voraussetzungen, wie ein Zeichen gegen einen verwechselbaren Domainnamen Schutz genießt (vorne S. 57), kann auch ein Domainname schutzwürdig gegenüber anderen Zeichen sein.

- Der Domainname muss *kennzeichnungskräftig*, also geeignet sein, einen Wettbewerber, sein Geschäft oder seine Leistung *unterscheidbar* zu machen.
- Die unterschiedlichen *Interessen* des Domaininhabers und des Zeichenverletzers müssen sich *örtlich oder sachlich überschneiden*
- und es besteht eine *Verwechslungsgefahr*.

Es gilt *Benutzungspriorität*. Sind die Erfordernisse kumulativ erfüllt, kann sich ein älterer Domainname gegen den Gebrauch des anderen Zeichens durchsetzen. Der örtliche Schutz reicht so weit, wie der Domainname, also die Web-Site, tatsächlich verwendet wird (vgl. über den Benützungsort einer Web-Site die Indizien vome S. 8).

Kapitel 2: Werbung im Internet

1. Allgemeines / Arten von Werbung im Internet

Für Werbezwecke eignen sich im Internet vor allem die drei Dienste E-Mail, Newsgroups²²⁰ und WWW. Als aktive Werbeform bezeichnet man das Versenden von Werbebotschaften per E-Mail, eine passive

²¹⁹ Ebenso: Buri, Ueli: Anmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Mai 2000 betreffend unlauteren Wettbewerb durch die Registrierung/Verwendung des Internet Domain Name *berneroberland.ch*, in: Jusletter 3. Juli 2000.

²²⁰ Themenbezogene Diskussionsforen, deren Beiträge eingeschriebenen Nutzern zugänglich gemacht werden. Teilweise werden die News kommerziell angeboten.

Werbeform liegt vor, wenn der Werbeinhalt auf einer Web-Site deponiert wird²²¹. Passive Werbeformen sind das „*Banner Advertising*“ oder das „*Content-Sponsoring*“. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Push- und Pull-Medien. Push-Werbung ist, wenn der Werbende an den Empfänger gelangt (E-Mail), Pull-Werbung liegt vor, wenn der Empfänger, bspw. durch den Besuch einer Web-Site, selbst tätig ist und so an die Werbung gelangt.

2. Passive Werbeformen

Es liegt in der Natur einer passiven Werbung, dass sie ihr Zielpublikum nicht *persönlich anspricht*, sie richtet sich an eine unbestimmte Zahl von Seitenbesuchern. Die Möglichkeit zu lenken, welche Zielgruppe die Werbung erreicht, hat der Werbende durch Auswahl der Seite, auf welcher er die Werbung platziert. Diese Eigenschaft der relativen Unbestimmtheit des Adressaten qualifiziert die passive Werbung als untauglich für die Klage nach Art. 3 lit. h UWG, da es sich eben nicht um eine Verkaufsmethode handelt. Somit bleibt für die *aggressive Passivwerbung* nur die Subsumption unter die Generalklausel.

Um die Wirksamkeit eines Links und somit einer Bannerwerbung zu überprüfen, ist es technisch sehr einfach, die Daten, wie oft und von wo aus ein Link angeklickt wurde, zu erfassen und auszuwerten.

a) Banner Advertising

Von einem Banner wird gesprochen, wenn der Anbieter einer Web-Site einem Dritten auf seiner Seite Platz für Werbung zur Verfügung stellt (vgl. vorne S. 3). Banner werden fast ausschliesslich mit Links verknüpft, so dass der Anwender, welcher auf das Banner klickt, zu der Seite des Werbenden geführt wird. Häufig waren Banner auf den Seiten von gratis angebotenen Diensten wie Online-Zeitungen oder Suchmaschinen anzutreffen, heute sind sie im Internet allgegenwärtig und finden sich auch auf privaten Web-Sites usw. (vgl. vorne Fn. 14)²²².

Werbung in Bannerform ist bei Verstoss gegen Treu und Glauben unlauter. Unter der Generalklausel verpönt ist Bannerwerbung mit Mitteln des Kundenfangs (vorne S. 19). Darunter fällt die gefühlsbetonte und die subliminale Werbung sowie die irreführende Werbung (Werbung mit Selbstverständlichkeiten). Irreführend kann ein Banner sein, das eine funktionale Schaltfläche vortäuscht, jedoch „nur“ einen Link darstellt. Der Anwender wird verleitet, auf eine Schaltfläche oder ein Register zu klicken, um sich ein Angebot anzuschauen, wodurch er auf die Seite des Werbenden geleitet wird (vgl. Abb. 3). Dies Art der Irreführung geht jedoch nicht so weit, als dass sie gegen Treu und Glauben verstossen würde. Sie ist somit lauter.

²²¹ JÖHRI, S. 71.

²²² WIDMER / BÄHLER, S. 190.



Abbildung 3: Banner, das als "Karteisystem" zum anklicken reizt.

Unter den gleichen Voraussetzungen, wie die Werbung in anderen Medien unlauter ist, kann ein Banner Advertising unlauter sein. So bei herabsetzendem (vorne S. 25) oder irreführendem Inhalt (vorne S. 27). Als Banner an sich irreführend ist ein Link mit einer Schaltfläche, um ein Angebot abzulehnen - der Klick führt aber in jedem Fall zum Anbieter (Abb. 4). Diese Art von Werbung ist noch nicht jenseits der Grenze der Unlauterkeit nach Art. 2 UWG (Irreführende Werbung), weil sie keinen Einfluss auf die Kaufentscheidung des Kunden nimmt.



Abbildung 4: Banner, welches zum Anbieter führt, egal welche Schaltfläche angeklickt wird. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt noch nicht vor.

b) Content-Sponsoring

Content-Sponsoring ist eine Form der Bannerwerbung. Der Werbende hat die Möglichkeit, den Inhalt einer Web-Site zu finanzieren und erwirbt im Gegenzug das Recht, einen Link auf sein Angebot (als Banner) in der gesponserten Seite zu platzieren²²³. Ein Content-Sponsoring Link ist unter den gleichen Voraussetzungen unlauter wie ein Banner Advertising Link.

3. Aktive Werbeformen („Spamming“²²⁴)

a) Werbemails und ihre Problematik

Mittels E-Mail können Werbebotschaften rasch und mit wenig Aufwand an eine sehr grosse Zahl von Empfängern versendet werden. Die Vorteile für den Werbenden sind ein minimaler administrativer Aufwand, die Schnelligkeit des Mediums und die minimalen Kosten²²⁵. Nachteilig ist, dass ein grosser Teil der E-Mails beim Empfänger ungelesen aussortiert werden oder aus dem Mailverkehr herausgefiltert werden und gar nicht in die Mailbox gelangen. Die in grossen Mengen versandten E-Mails werden als

²²³ WIDMER / BÄHLER, S. 191.

²²⁴ Der Begriff „SPAM“ steht als Abkürzung von „Send Phenomenal Amount of Mail“. Im Internet bezeichnete Spam zunächst das Publizieren von Werbung in Newsgroups, was zuerst von den amerikanischen Rechtsanwälten Canter & Siegel (JÖHRI, S. 73) in grossem Rahmen durchgeführt wurde. Heute bezeichnet Spamming jedes massenweise Versenden von E-Mails. Vertiefend: JÖHRI, §4 Fn. 236.

²²⁵ 1'000'000 E-Mail Adressen kosten bei E-Announce 499\$, www.e-announce.com/prices.htm.

„Junk-Mails“, „Bulk E-Mails“ oder als „Spam“ bezeichnet. Um an E-Mail Adressen für den Massenversand zu gelangen, suchen eigens dafür geschaffene Programme unaufhörlich das Internet ab und sammeln in Datenbanken die in Web-Sites und Newsgroups (vgl. Fn. 220) erscheinenden E-Mail Adressen²²⁶.

Der Inhalt der E-Mail Werbung wird ausschliesslich in Textform übermittelt, Bilder und Tondokumente können lediglich als Anlagen (sog. Attachements) mitgesendet werden, oder die Werbebotschaft enthält einen Link, der auf die Web-Site des Werbenden führt. Die Übermittlung erfolgt einseitig, was den Unterschied bspw. zur Telefonwerbung ausmacht²²⁷.

Die Problematik des Spamming liegt darin, dass es von den Empfängern meist als lästig empfunden wird. Massen-E-Mails *füllen die Mailbox* des Empfängers mit Daten, beanspruchen seine *Zeit und Aufmerksamkeit* beim Lesen, Erkennen und Löschen, benötigen *Zeit beim Herunterladen* auf den privaten Rechner und belasten die Infrastruktur des Internets als solche. Dies verursacht Kosten und Aufwand beim Empfänger und den Internet Dienst Anbietern und löst oft Unmut aus.

Spam-Mails sind in der Regel nicht als solche gekennzeichnet und können deshalb oft nicht wirkungsvoll aus dem Mailverkehr ausgefiltert werden.

b) Lauterkeitsrechtliche Würdigung des Spamming

Die Werbe E-Mail ist, wenn sie ihren Empfänger persönlich anspricht und so einen Vertragsschluss mit genau diesem Empfänger erzielen möchte, als Verkaufsmethode i.S. von Art. 3 lit. h UWG (vome S. 35) zu beurteilen. Die Massen-E-Mail hingegen, die sich unpersönlich an eine Vielzahl von Empfängern richtet, ist eine Werbeform und beurteilt sich somit nach der Generalklausel (vome S. 20).

In der deutschen Rechtsprechung wurde die unverlangte Versendung von E-Mails an private²²⁸ wie auch an geschäftliche²²⁹ Adressaten als unlauter beurteilt.

Um die Unlauterkeit des Spamming beurteilen zu können, lohnt sich zunächst ein Vergleich mit der bestehenden Rechtsprechung zu vergleichbaren Fragen wie Telefon-, Telex- oder Telefaxwerbung²³⁰. JÖHRI kommt, hauptsächlich durch Erweiterung der Btx²³¹ Rechtsprechung, zum Schluss, dass die Werbe-E-Mail zulässig sei, wenn sie im Header²³² klar als solche deklariert wird. Eine eindeutige Deklaration ermögliche es, die Junk-Mails zuverlässig herauszufiltern und zu löschen, ohne dass ihr Inhalt zur Kenntnis genommen werden müsse. Teilweise wird diese Auffassung auch in der deutschen Literatur vertreten, sie kann hier nicht geteilt werden. Eine Kennzeichnung im Header ermöglicht zwar das Aussortieren der Nachricht bereits im Inhaltsverzeichnis, dieser Arbeitsschritt ist aber dennoch mit

²²⁶ WIDMER / BÄHLER, S. 192.

²²⁷ JÖHRI, S. 71 f.

²²⁸ LG Traunstein, 2 HK O 3755 / 97 vom 14.10.97; JÖHRI, S. 81, Fn. 275; RICKE S. 95 f.

²²⁹ LG Berlin, Beschluss 16 O 301/98 vom 14.05.98; JÖHRI, S. 81, Fn. 276; RICKE a.a.O.

²³⁰ Ein ausführlicher Vergleich in JÖHRI, S. 76 ff.

²³¹ Abkürzung für Bildschirmtext. Btx ist das deutsche Gegenstück zum Videotex.

²³² Die E-Mail setzt sich aus zwei Teilen zusammen, dem Header (Nachrichtenkopf) und dem Body (Inhalt). Der Header enthält den Absender, das Sendedatum und eine Betreffzeile.

einem Aufwand verbunden und wird als *Belästigung* empfunden. Die Möglichkeit, eine Mailbox wie ein Briefkasten zu kennzeichnen, dass Werbung unerwünscht sei, besteht technisch (noch) nicht. Der Empfänger kann sich nicht wirksam gegen den unerwünschten Empfang schützen. Das Unterhalten eines Filters, der Spam aussortiert, bedingt einen Zeitaufwand und ist fehleranfällig.

Die in einer Mailbox empfangenen Junk-Mails generieren dem Empfänger Kosten. Dabei ist es nicht relevant, dass diese Kosten gegenüber früher geringer geworden sind, wie u.a. JÖHRI (a.a.O.) anführt. Auch geringe Kosten für das Herunterladen der E-Mails und die dafür verwendete Zeit sind unerwünscht und häufen sich, wenn die Zahl der Werbesendungen zunimmt. Speicherplatz auf Servern und Festplatten hat sich stark verbilligt, ist aber nach wie vor nicht gratis. Je nach Vertrag berechnet ein Mailbox Anbieter die anfallenden Kosten nach dem belegten Speicherplatz.

Da Provider regelmässig die maximale Grösse, welche eine Mailbox belegen darf, festlegen, führt das Erreichen dieser Grenze zu Fehlermeldungen und Rücksendungen der Mails an den Absender. Theoretisch könnten zwar immer grössere Speichermengen auf den Servern zur Verfügung gestellt werden, in der Praxis bleibt die Grösse von Mailboxen aber fast immer beschränkt. Ebenso beschränken viele Provider die Datenmenge pro Zeiteinheit, welche über eine Mailbox versendet und/oder empfangen werden darf. Wird diese Grenze erreicht, bleibt eine Mailbox auch für erwünschte Mails zeitweise unbenutzbar.

Das Versenden unerwünschter Werbe-E-Mails ist somit für den Empfänger *genügend belästigend, um als unlauter qualifiziert zu werden*. Es fällt als aggressive Werbemethode unter die Generalklausel (Art. 2 UWG). Für den Werbetreibenden empfiehlt es sich, auf den Einsatz dieses Mittels zu verzichten²³³.

Das Versenden von E-Mails, die *erwünscht* sind oder sich aus *bestehenden Geschäftsbeziehungen* ergeben, ist lauter und zulässig, sofern der Empfänger dem Werbenden nicht ausdrücklich erklärt, er wünsche die Werbung nicht. Ein gutes Beispiel liefert Freeservers (www.freeservers.com) in einem Disclaimer, welchen sie ihren monatlich versendeten E-Mails beifügen:

“HOW TO DELETE YOUR WEB SITE/UNSUBSCRIBE
This message is not spam! You received this special offer because you (or someone using your e-mail account) signed up for [our service]. If you do not want to receive any more e-mails from us (...), you can delete your website by [clicking here](#). (...)”

Wie erwähnt, fällt das Versenden E-Mails, welche persönlich an den Empfänger adressiert sind, nicht unter die Generalklausel. Solche *Verkaufsmethoden* sind nach Art. 3 lit. h zu beurteilen. Sie sind unlauter, wenn sie *aggressiv* sind, d.h., wenn das Mail einen *Druck auf den Empfänger* ausübt, welcher zu unsachlichen Entscheiden führt (vorne S. 35).

c) Neuere Push Strategien im WWW

Das WWW, welches typischerweise passive Werbeformen zulässt (Pull-Medium, vorne S. 60), wird vermehrt auch für aktive Werbung mit Push-Strategien eingesetzt. Dabei fordert der Empfänger ein

²³³ Den gleichen Ratschlag erteilen WIDMER / BÄHLER, S. 237.

Angebot an, bspw. eine Art Zeitschrift oder einen Newsletter, welches vom Anbieter zur Verfügung gestellt wird. Gleichzeitig mit der gewünschten Sachinformation erhält der Empfänger nicht angeforderte Werbung. Obwohl die Werbung an und für sich unangefordert empfangen wird, nimmt der Empfänger diese in Kauf. Verglichen werden kann dies mit der Werbung in Print-Zeitschriften oder im TV, wo keine Konsument erwartet, nicht auf Werbung zu stoßen.

Für den Anbieter ist hierbei zu beachten, dass der sachliche Inhalt und die Werbung klar unterscheidbar bleiben. Unlauter ist eine solche Push-Strategie unter den gleichen Umständen wie eine passive Werbeform, eine Pull-Werbung (vorne S. 61)²³⁴.

Kapitel 3: Leistungen Dritter

Durch die technischen Möglichkeiten, vom Setzen von Links bis zur Kopie von Inhalten oder Code, bietet das Internet besondere Möglichkeiten, sich an die Leistungen Dritter heranzuschleichen, sich daran anzulehnen oder sie zu übernehmen. Eine solche Bezugnahme auf eine Drittleistung erfolgt im Internet typischerweise durch das *Setzen von Links*. Aber auch das *Kopieren von Inhalten*, das *Einbringen von offline-Inhalten* ins Netz oder die *Behinderung des Mitbewerbers* können im Internet speziell auftauchen. Das falsche Setzen eines Links kann genauso wie die Übernahme von HTML-Code unlauteren Charakter erlangen.

Typische Sachverhalte, die sich auf die Leistungen Dritter beziehen, sind die Tatbestände der Generalklausel (Ausbeutung), des Art. 3 lit. d (Verwechselbarkeit) und lit. e (Vergleich) UWG sowie des Art. 5 UWG (Leistungsschutz).

Die Ausbeutung wird in der Lehre meistens als die *Erlangung eines Vorsprungs durch einen Schmarotzer* bezeichnet. BAUDENBACHER hingegen beschreibt Ausbeutung nicht als die Erlangung eines Vorsprungs, sondern die *Beseitigung eines bestehenden Vorsprungs* durch den Schmarotzer²³⁵. Beides ist richtig. Der Schmarotzer beseitigt durch Anlehnung an seinen Mitbewerber dessen Vorsprung, er verschafft sich aber auch einen eigenen Vorsprung, indem er ohne eigene Mittel einzusetzen den Entwicklungsstand des Mitbewerbers erreicht und seine gesparten Ressourcen anderweitig einsetzen kann.

²³⁴ JÖHRI, S. 155 f.

²³⁵ Kommentar UWG, Art. 2, N 186.

1. Bezugnahme auf den Mitbewerber und seine Leistung

Auf einen Wettbewerber oder seine Leistungen kann auf vielfältige Weise Bezug genommen werden. Praktisch alle Tatbestände des Lauterkeitsrechts beinhalten einen Bezug zu Dritten oder ihren Leistungen, das Besondere im Internet jedoch sind die Mittel, die dieses für eine solche Bezugnahme zur Verfügung stellt. Im Folgenden sollen einige dieser Mittel, wie Hyperlinks, Inline-Links, die Übernahme von Inhalten von Web-Sites oder die Behinderung eines Mitbewerbers im Internet erläutert werden.

A. Hyperlinks

Grundsätzlich sind Hyperlinks auf fremde Seiten, auch ohne Zustimmung des Betreibers der Zielseite erlaubt. Niemand kann am WWW teilnehmen und dabei ein grundlegendes Element des Systems ablehnen²³⁶. Wer eine Web-Site veröffentlicht akzeptiert auch, dass Links darauf verweisen. Das Linking wirft dennoch einige ganz besondere wettbewerbsrechtliche Fragen auf. Ein Link ist wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn er in gegen Treu und Glauben verstossender Weise auf den Wettbewerb einwirkt (Generalklausel). Ist dies der Fall, kann der geschädigte Anbieter die Beseitigung des auf seine Seite weisenden Links verlangen.

Unlauter ist ein Link, wenn er *irreführend* oder *täuschend* ist. Links und Hinweise zu Links müssen der Wahrheit entsprechen und klar sein, ansonsten liegt ein Verstoß gegen Art. 3 lit. b UWG vor. Ein Hyperlink unter einem Titel wie „eine Initiative von“, „unterstützende Sites“ oder „unsere Partner“ muss wahren Tatsachen entsprechen.

Unter herabsetzenden Bemerkungen aufgeführte Links können wegen der *Herabsetzung* gegen Art. 3 lit. a UWG (vorne S. 25) und gegen Art. 3 lit. e, wenn sie einen unlauteren *Vergleich* zur Konkurrenz beinhalten (vorne S. 32) verstossen. Lehnt sich ein Produkt durch einen Link an ein Konkurrenzprodukt an, kann diese *Anlehnung* unlauteren Charakter erlangen. Dies ist der Fall, wenn das Produkt in Beziehung zu einer Fremdleistung gebracht wird und dabei von dessen gefestigter Reputation profitiert. Die eigene Leistung qualifiziert sich als vergleichbar oder ebenbürtig mit der bekannten Konkurrenz.

Ein Link, der kundenfängerische Wirkung entfaltet, verstösst gegen die Generalklausel (vorne S. 19). Kundenfängerisch kann ein Link sein, der bspw. als Werbung auf einer Drittseite platziert wird und dort *aggressiv* oder *gefühlbetont* wirbt und so den potenziellen Kunden auf die Site des Werbenden lockt. Bei grafisch dargestellten Links und Bannern, welche häufig auch animiert sind, ist auch *subliminale Werbung* denkbar (unter der Schwelle der Wahrnehmbarkeit, vgl. vorne S. 20).

Wird ein Konsument darüber getäuscht, von wem der Inhalt einer Web-Site stammt, verstösst dies gegen Treu und Glauben und ist unter die Generalklausel subsumiert unlauter. Wer also einen Link zu einem

²³⁶ WIDMER / BÄHLER, S. 132.

Produkt (naheliegenderweise einen Text) eines Dritten setzt, wobei der falsche Eindruck entsteht, er selbst habe die Leistung erbracht, handelt unlauter.

B. Inline-Linking

Der wesentliche Unterschied zwischen Hyperlinks und Inline-Links (vorne S. 24) besteht darin, dass der User einem Hyperlink durch einen Mausklick bewusst folgt, während ihm das Ziel eines Inline-Links dargestellt wird, ohne dass er von dem Link Kenntnis erhält. Darin liegt ein besonderes Irreführungspotenzial.

Durch das Setzen eines Inline-Links kann eine Leistung eines Dritten in irreführender Weise übernommen werden. Da es sich dabei weder um eine technische Reproduktion, noch um ein anvertrautes Arbeitsergebnis handelt, verstößt dies nicht gegen das Verbot der Leistungsübernahme von Art. 5 UWG (vorne S. 42). Allerdings kann, da es sich um eine *unmittelbare Leistungsübernahme* handelt, die Generalklausel herangezogen werden, sobald über die Person des tatsächlich Leistenden die Gefahr einer Irreführung besteht²³⁷.

Mit dem Mittel des Inline-Links kann auch eine Verwechslungsgefahr nach Art. 3 lit. d oder ein unlauterer Vergleich nach Art. 3 lit. e UWG erreicht werden (vorne S. 29 und S. 32). Von eminenter Bedeutung für die Anwendbarkeit der Generalklausel ist das Tatbestandselement der Irreführung. Die reine Wiedergabe oder eine nicht-systematische Übernahme einer Leistung ist lauter.

C. Inhaltsübernahme

Leistungen Dritter zu übernehmen fällt besonders im Internet sehr einfach. Mittel zur Inhaltsübernahme sind Hyperlinks, Inline-Links, Scanning, Fotografie, Kopie von Daten und Texten, aber auch das Abtippen von Inhalten u.v.m. Inhaltsübernahmen sind hauptsächlich unter Art. 5 UWG sowie die Generalklausel subsumierbar.

Nachahmung einer Leistung an sich ist nicht wettbewerbsfremd. BAUMBACH / HEFERMEHL²³⁸ erkennt, dass jeder, der etwas leistet, auf den Schultern seiner Vormänner steht und auf dem Schaffen dieser aufbaut. Nachahmung wird erst unlauter, wenn einzelne erschwerende Tatbestandselemente wie ein *Vertrauensbruch* oder simple *Reproduktion* erfüllt sind.

Für die ungefragte (d.h. ohne Wissen des Leistungserbringers) Übernahme eines Inhaltes aus dem Internet ist vor allem die Norm von Art. 5 lit. c UWG anwendbar. Diese ist verletzt, wenn der Verwertende das *marktreife Arbeitsergebnis übernimmt und ohne angemessenen Aufwand technisch reproduziert*. Art. 5

²³⁷ RICKE, S. 68; vorne S. 23.

²³⁸ BAUMBACH / HEFERMEHL, § 1 UWG, N 438.

lit. a. findet Anwendung, wenn das Arbeitsergebnis dem Verwertenden *anvertraut* wurde, lit. b, wenn es ihm *unbefugt überlassen* oder *zugänglich* gemacht wurde (vgl. vorne S. 42).

Unlauter kann somit die Übernahme von Arbeitsergebnissen aus dem Internet, wie auch aus anderen Quellen sein. Die Übernahme von Inhalten aus dem Internet wird in der Regel durch Hyperlinks, Inline-Links (gleich vorne) oder durch die Kopie von Daten erfolgen. Die Übernahme von Daten aus anderen Quellen wird durch Scanning, Fotografie oder Abschrift erfolgen. Das Setzen von Links ist kein technisches Reproduktionsverfahren und fällt somit nicht unter Art. 5 lit. c. Das Übernehmen von Inhalten mittels Links kann jedoch gegen die Generalklausel verstossen (vgl. dazu gleich vorne A. und B.).

Ein technisches Reproduktionsverfahren liegt vor, wenn Daten *aus dem Internet kopiert* werden oder wenn Daten von ausserhalb *in das Internet übertragen* werden. Ob diese Reproduktion eines Arbeitsergebnisses lauter ist, entscheidet sich dann anhand des bei der Übernahme getriebenen Aufwandes. Jede ernsthafte Veränderung des übernommenen Ergebnisses, *jeder Arbeitsschritt, der über die Reproduktion hinaus geht*, verändert das Arbeitsergebnis so, dass Art. 5 lit. c nicht mehr anwendbar ist. Das Darstellen von den Printmedien entnommenen Inseraten im Internet, seien dies Stellenangebote, Verkaufsinserate, Immobilieninserate o.a., ist in der Regel lauter. Deren Erfassung in einer Datenbank, das systematische Darstellen oder das Abschreiben der Inserate, all das sind für sich genommen schon Arbeitsschritte, die über die technische Reproduktion hinaus gehen und das Vorgehen somit als lauter erscheinen lassen (bspw. Fall Swiss Human Line²³⁹). Das manuelle Erfassen fremder Listen²⁴⁰ ist ebenso wenig eine technische Reproduktion i.S. von lit. c, wie auch das Einbinden von Daten aus einem Nachschlagewerk²⁴¹ oder das Verändern eines vorliegenden Computerprogramms²⁴². Alle diese Tätigkeiten sind lauter, allerdings ist auch auf einen eventuellen urheberrechtlichen Schutz zu achten.

Das Übernehmen von ganzen Texten kann gegen die Generalklausel verstossen. Da Texte weder eigene Kennzeichnungskraft besitzen noch eine wettbewerbliche Eigenart innehaben, muss die Übernahme systematisch erfolgen, um unlauter zu sein. Werden die Texte abgeändert oder deren Quelle angegeben kann keine Unlauterkeit vorliegen (vorne S. 23).

²³⁹ Die Firma Swiss Human Line, www.humanline.ch (heute: JobScout24 International Ltd.) hatte zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit der Tagespresse Stellenangebote entnommen und im Internet zugänglich gemacht. Einige Verlagshäuser strengten darauf eine lauterkeitsrechtliche Klage gegen die Firma an, welche jedoch nie zur richterlichen Beurteilung kam. Heute bezahlen die Anbieter offener Stellen für die Publikation ihrer Inserate im Internet (Quelle: JobScout24 International Ltd.).

²⁴⁰ ZH in ZR 1989, Nr. 61 (Listen); BGH, NJWE-WettbR 1999, 249 (abgetippte Telefonbücher).

²⁴¹ Fall Eurotax: BezGer Affoltern am 20.06.1989 / OGer ZH, 1.9.1992 in SMI 1990, S. 429; ZR 88/1989 und SMI 1993, S. 331.

²⁴² OGer AG, SMI 1991, S. 79 (Bliss).

D. Meta-Tagging

Meta-Tags sind im Dokumentenkopf einer Site enthaltene Angaben, die für den Betrachter unsichtbar bleiben. Eine Suchmaschine sucht auch in der Meta-Tag einer Seite nach Begriffen. Diese Eigenschaft kann ausgenützt werden, indem häufig gesuchte Begriffe in die Meta-Tag einer Seite eingefügt werden.

Einer der ersten praktischen Fälle missbräuchlicher Meta-Tags betraf eine Klage der US amerikanischen Anwaltskanzlei Oppedahl & Larson²⁴³. Die Beklagten führten im Dokumentenkopf ihrer Web-Site die Namen Oppedahl und Larson auf, mit dem Resultat, dass jeder, der nach der Klägerin suchte, auch die Site der Beklagten als Suchresultat vorfand²⁴⁴.

Neben dem Verstoss gegen Marken- oder Namensrecht verstösst das missbräuchliche Verwenden fremder Zeichen in Meta-Tags gegen die Generalklausel des UWG. Einerseits handelt es sich beim Verwenden von Meta-Tags um die *Behinderung* eines Wettbewerbers, andererseits um eine unlautere *Rufausbeutung*. Erzielt ein Suchbegriff in einer Suchmaschine ein verfälschtes Resultat und lockt somit potenzielle Kunden auf eine andere Web-Site, ist dies vergleichbar mit dem Abfangen von Kunden vor einem Geschäft. Der Anbieter wird daran gehindert, seine Produkte anzubieten. Dieses behindernde Verhalten verstösst gegen die Generalklausel (vorne S. 23).

Eine unlautere *Rufausbeutung* liegt vor, weil die Meta-Tag von der Reputation des verwendeten Zeichens profitiert. Somit ist das Meta-Tagging auch eine Ausbeutung nach Art. 2 UWG (vorne S. 23). Der Sondertatbestand der Verwechslungsgefahr (Art. 3 lit. d UWG, vorne S. 29) wird nicht erfüllt werden. Eine Meta-Tag alleine kann keine Verwechslungsgefahr hervorrufen, womit nur die Generalklausel anwendbar bleibt.

2. Programm- und HTML-Code

A. Abgrenzung zum Urheberrecht

Computerprogramme sind urheberrechtlich als Werke geschützt (Art. 2 Abs. 2 URG). Nicht im Gesetz definiert ist jedoch der Begriff des Programms. RAUBER definiert das Programm als eine

„in sich geschlossene, logisch eindeutige Befehlsfolge, welche bezweckt und nach Eingabe in einen Computer mittelbar oder unmittelbar bewirkt, dass dieser Computer ihm vom Benutzer eingegebene

²⁴³ Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts, Robert A. Welch, Code Team - LBK, Inc. U.S.D.C., District of Colorado, civil action No. 97-Z-1592, 23.7.1997.

²⁴⁴ Die Meta Tag sah im Fall Oppedahl & Larson folgendermassen aus:

„<HTML>

<META name=„KEYWORDS" Content=„ Internic, Silicon Graphics Computers, email, business, organization, EDU, GOV, MIL, COM, NET, InterMic, Oppedahl, Larson,".

Daten nach einer bestimmten Aufgabenstellung (Applikation) verarbeitet und das Verarbeitungsergebnis nach Bedarf anzeigt oder ausgibt.“²⁴⁵

Wie bereits vorne erkannt (S. 31), erfüllt der HTML-Quellcode einer Web-Site die Voraussetzungen nicht, um geschützte Software zu sein, da es sich nicht um ein Datenverarbeitungsprogramm handelt. Er erlangt Urheberrechtsschutz nur, wenn er Werkcharakter nach Art. 2 Abs. 1 UWG hat (geistige Schöpfung, individueller Charakter)²⁴⁶. In jedem Fall geschützte Programme sind Java-Applets und nach der hier vertretenen Auffassung auch Java-Script (vorne a.a.O. insb. Fn. 120-123).

Wird einem Code die Programmeigenschaft zuteil, wodurch er urheberrechtlich geschützt ist, kann das Lauterkeitsrecht kumulativ eine Schutzfunktion ausüben.

B. Lauterkeitsrechtliche Schutzwirkungen

Terminologisch ungenau ist es, von lauterkeitsrechtlichem Schutz zu sprechen. Das UWG verfolgt nicht den Zweck, Leistungen zu schützen, es schützt den lautereren Wettbewerb. Im Geleit dieses Wettbewerbsschutzes gehen jedoch leistungsschützerische Anliegen mit einher. Verpönt kann nicht eine Verwertungshandlung an sich sein, sondern die Beeinträchtigung des Wettbewerbs, welche somit Anwendungsvoraussetzung für den Leistungsschutz ist.

Das Kopieren von Code ist technisch sehr einfach, es kann sich dabei um eine Verletzung des Leistungsschutzes (Art. 5 lit. c UWG) handeln.

a) Computerprogramme

Kopieren von *Computerprogrammen* ist eine *technische Reproduktion* i.S. von Art. 5 lit. c UWG. Damit das Verwerten des fremden Produktes überhaupt wettbewerbswirksam sein kann, muss das Programm *marktreif*, also wirtschaftlich verwertbar²⁴⁷ sein. Diese Marktreife ist zu bejahen, sobald ein Programm zuverlässig lauffähig ist²⁴⁸. *Unmittelbare Übernahme* des Produktes ist das reine Kopieren²⁴⁹. Wird der Programmcode durch den Übernehmer abgeändert, kann lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz nicht greifen. Die Abänderung muss eine eigene Leistung beinhalten, die alibimässige Veränderung ist unbeachtlich (Entscheid „Bliss“, Fn. 246).

²⁴⁵ RAUBER, zitiert nach SIWR II/2, S 120

²⁴⁶ OGer AG, SMI 1991, S. 79 (Bliss).

²⁴⁷ PEDRAZZINI, S. 177

²⁴⁸ NEFF / ARN, SIWR II/2, S. 90 sprechen von „einsatzfähig“.

²⁴⁹ NEFF / ARN, SIWR II/2, S. 91

b) HTML-Dateien

Der einer *HTML-Datei* nicht gewährte Schutz nach Urheberrecht sollte nicht durch einen gleichen lauterkeitsrechtlichen Schutz ersetzt werden. Durch die Immaterialgüterrechte gemeinfrei gelassene Produkte sollen nicht etwa durch das UWG monopolisiert werden²⁵⁰.

Damit ein Arbeitsergebnis nach Art. 5 lit. c UWG geschützt werden kann, bedarf es einer gewissen Leistungshöhe²⁵¹, die deutsche Rechtsprechung etwa verlangt nach einer „wettbewerbliehen Eigenart“²⁵². Auch die gegenteilige Meinung, dass die Leistungshöhe irrelevant sei, um eine Leistung als geschützt zu qualifizieren, wird vertreten. Dies ist abzulehnen, um nicht einen universellen UWG-Schutz neben den Immaterialgüterrechten zu gewähren.

HTML-Code, der eine gewisse *Eigenart* und *Originalität* aufweist, ist ein genügendes Arbeitsergebnis. Wird er in *grösseren zusammenhängenden Stücken* und *ohne Abänderung* kopiert, liegt eine unlautere Leistungsübernahme nach Art. 5 lit. c UWG vor²⁵³.

3. Haftung für Hyperlinks

Jeder Informationsanbieter kann zwar darauf verzichten, widerrechtliche Informationen auf seiner Web-Site anzubieten, er kann jedoch mit Hyperlinks darauf verweisen. Ein Unrechtsbewusstsein hat der Hersteller eines Hyperlinks insofern, als ihm bewusst ist, auf welche Informationen er aufmerksam macht und welche Verbindungen er herstellt²⁵⁴.

Passivlegitimiert ist bei UWG-Klagen jeder, der *adäquat kausal* eine Verletzung der Lauterkeit im Wettbewerb bewirkt. Unabhängig von Verschulden oder Vorsatz sind somit also auch Gehilfen, Anstifter und Mittäter, die ihren Beitrag zum Erfolg geleistet haben, einklagbar²⁵⁵. Das Verhalten, welches den Wettbewerb negativ beeinflusst muss nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet sein.

Bei Links müssen zwei Arten von Beeinflussung des Wettbewerbs unterschieden werden. Ein Link kann entweder selbst unlauter sein oder das Ziel, zu dem er führt, ist unlauter. Unlautere Links führen zur gewohnten Passivlegitimation ihres Herstellers: vgl. bspw. kundenfängerische, irreführende oder vergleichende Links (vorne S. 66 m.w.Hw).

Das einfache Setzen eines Links zu einem unlauteren Inhalt ist keine Handlung, welche lauterkeitsrechtliche Ansprüche begründen könnte. Das Linking wird nach UWG erst relevant, wenn der Hersteller des Links dadurch den Wettbewerb beeinflusst. Diese Beeinflussung könnte allenfalls durch Kommentierungen des Links, in seltenen Fällen vielleicht auch schon durch die systematische Platzierung

²⁵⁰ NEFF / ARN, SIWR, S. 89

²⁵¹ Kommentar UWG, Art. 5, N 25

²⁵² BAUMBACH / HEFERMEHL, §1 UWG, N 504

²⁵³ U.a. KOCH, S. 535 für das deutsche Recht.

²⁵⁴ HILTY, S. 553.

²⁵⁵ RAUBER in SIWR V/1, S. 270.

entstehen und zur Haftbarkeit des Link-Herstellers nach UWG führen. Links zu unlauteren Inhalten sind somit nur in Ausnahmefällen wettbewerbsrelevant und damit unlauter. In der Regel sind sie zulässig.

Selbständigkeitserklärung:

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss Art. 45 des Gesetzes über die Universität vom 7. Februar 1954 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

(gem. Art. 20 Abs. 4 des Prüfungsreglements vom 16. September 1993)

4658 Däniken, 27.09.2001

Markus Spielmann