

## Besprechung / Comptes rendu

### Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet, Ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung

**MARTIN SPIRIG**

St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 63, Verlag Haupt, Bern et al. 2001, 368 Seiten, CHF 68.–, ISBN 3-2580-6407-5

Wer sich mit lauterkeitsrechtlichen Fragen im Internet auseinandersetzen will, wird rasch merken, dass die heiklen Fragen nicht die technischen Sachverhalte sind. Die technischen Sachverhalte lassen sich – die nötige Fachkenntnis vorausgesetzt – hinreichend gut beschreiben, um eine sachgerechte Diskussion von theoretischen und praktischen Problemen zu ermöglichen. Dasselbe gilt für die Fragen des Rechts, welches sich bei näherer Betrachtung als dasselbe herausstellt, das auch auf Nicht-Internetsachverhalte zur Anwendung kommt. Das UWG gilt im Internet ebenso wie anderswo.

Die wirkliche Schwierigkeit bei der rechtlichen Beurteilung von Internetsachverhalten liegt in den Wertungsfragen. Das gilt für das Lauterkeitsrecht ganz besonders. So stellt sich regelmässig die Frage, wann jene Grenze erreicht oder überschritten ist, ab der ein Verhalten nicht mehr geduldet werden darf bzw. muss. Wann etwa ist eine Werbe- oder Verkaufsmethode besonders aggressiv? Wie gewichtig sind die Interessen eines Domainnamen-Inhabers am Schutz seines bestehenden Besitzes einer Internetadresse? Solche und ähnliche Fragen versucht auch die vorliegende Arbeit von MARTIN SPIRIG zu beantworten. Sie fällt jedoch aus dem Rahmen, indem sie einerseits ein besonderes Gewicht auf ökonomische Betrachtungsweisen legt, und andererseits auf der Suche nach sinnvollen Lösungsansätzen auch Entwicklungen aus dem US-amerikanischen Rechtsraum herbeizieht.

Die Position des Verfassers ist klar: Seiner Meinung nach sollte eine Anwendung des Lauterkeitsrechts möglichst tiefe Transaktionskosten im Markt anstreben. Diese Position wird in einem umfassenden theoretischen Teil der Studie eingehend begründet. Mit dem Thema Internet hat dieser Teil des Werkes allerdings nicht sehr viel zu tun; er beschäftigt sich vor allem mit unterschiedlichen ökonomischen Theorien und einer Auseinandersetzung mit dem Sinn und Zweck des UWG. Auf den zweiten Blick wird freilich klar, wie diese Betrachtungen bei der Lösung lauterkeitsrechtlicher Fragestellungen im Internet zu helfen vermögen. So zeigt SPIRIG auf, dass einer der grossen Errungenschaften des Internets – zumindest aus wirtschaftlicher Sicht – eine erhebliche Senkung der Transaktionskosten im Markt darstellt. Als ein Beispiel nennt er Suchmaschinen, die es Konsumenten erleichtern, an die für sie interessanten Angebote zu gelangen, oder Auktionsplattformen, die nur Dank des Internets einem breiten Publikum zugänglich gemacht werden können.

Im Ergebnis spricht sich SPIRIG dezidiert dafür aus, dass bei der Bewertung von Konfliktsituationen im Internet aus lauterkeitsrechtlicher Sicht die Frage entscheidend sein soll, ob das betreffende Verhalten die Transaktionskosten insgesamt zu senken vermag oder nicht. Das ist auch der Grund, warum er US-amerikanisches Recht erörtert, da die ökonomische Betrachtungsweise dort nicht nur im Rahmen der Gesetzgebung, sondern auch bei der Rechtsanwendung regelmässig zum Zuge kommt. Der Verfasser liegt damit allerdings auch in der Schweiz durchaus im Trend, zumal sogar beim Bundesgericht eine deutliche Tendenz zur wirtschaftlichen Argumentation auszumachen ist.

Im zweiten, praktischen Teil seiner Studie versucht SPIRIG die so gewonnenen Erkenntnisse auf vier Sachverhalte anzuwenden, die im Internet häufig nach einer lauterkeitsrechtlichen Beurteilung verlangen. Konkret geht es dabei um die Problembereiche Cybersquatting (der Autor definiert dies als bösgläubiges Registrieren eines fremden Kennzeichens als Domainnamen), Werbe-E-Mails, Verknüpfungen im Internet (Links, Frames, etc.) sowie Meta Tags (Verwendung fremder Kennzeichen im unsichtbaren Quellcode einer Website).

Für all diese Konfliktsituationen hält der Autor eine ökonomische Betrachtung, eine Einführung und Zusammenfassung der Rechtslage in den USA, eine Zusammenfassung und Stellungnahme zur Rechtslage in der Schweiz sowie sein Ergebnis bereit. Der Autor beschränkt sich allerdings nicht darauf, seine Ansichten zu den bisherigen Positionen zum Ausdruck zu bringen, sondern er stellt auch Lösungsvorschläge vor. Dass diese nicht sehr in die Tiefe gehen können, liegt bei der Breite der abgedeckten Themen auf der Hand. Jedes für sich böte genug Stoff für ein eigenes Werk. Im Ergebnis führt dies einerseits zu einem interessanten Überblick, doch andererseits zu einer gewissen Oberflächlichkeit der Lösungsvorschläge.

So schlägt SPIRIG vor, dass für Domainnamen-Streitigkeiten die häufig praktizierte Interessenabwägung der Parteien erweitert werden soll. Demnach sollen auch die Suchkosten der Nutzer berücksichtigt werden, gewissermassen der gesamtökonomische Gesichtspunkt eines Domainstreites. Die sich ergebenden Folgen, wie zum Beispiel die (durchaus diskutabile) enorme Begünstigung bekannter Namensinhaber gegenüber ebenso legitimierte unbekanntes Namensinhaber wird kaum beleuchtet. Konkreter ist dagegen der Vorschlag SPIRIGS für die Frage der umstrittenen unverlangten Werbe-E-Mail. Fünf Regeln stellt er auf: Für die Betreffzeile jeder Werbe-E-Mail ist (1) ein Hinweis auf die Werbeeigenschaft und (2) eine knappe Angabe zur beworbenen Leistung erforderlich. (3) Die Werbe-E-Mail darf nur einen begrenzten Umfang haben. (4) Jeder Nutzer soll die Möglichkeit haben, mit geringem Aufwand einem bestimmten Versender die Zusendung weiterer Werbe-E-Mail zu verbieten. (5) Der Versender darf eine Werbe-E-Mail nur zusenden, wenn er Anhaltspunkte hat, dass der Empfänger an der beworbenen Leistung ein Interesse hat. Laut SPIRIG liessen sich sämtliche fünf Regeln im Rahmen der Rechtsprechung zur Generalklausel des UWG einführen.

Immer wieder vermag das vorliegende Werk auch zu provozieren. So sieht SPIRIG in der Registrierung von häufigen Falschschreibweisen fremder Markennamen als Domain-Namen kein Cybersquatting, weil keine Behinderung des Kennzeicheninhabers vorliege. Doch müsste nicht eben eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zum gegenteiligen Schluss führen? Denn besagte Schreibfehler sind gerade solche, die Suchende im Internet häufig eingeben. Letztere werden somit bewusst in die Irre geleitet, was die Suchkosten dieser Personen bezüglich der Angebote des Kennzeicheninhabers zwangsläufig erhöht. SPIRIG selbst benutzt dieses Argument bei seinen Ausführungen für Werbe-E-Mail: So sollen laut SPIRIG zwischenzeitlich breite Bevölkerungsschichten und mit ihnen die Gerichte erkannt haben, dass «unaufgeforderte digitale Datenströme» in geringem Umfang eine Selbstverständlichkeit seien und keiner vorausgehenden Erlaubnis bedürften. Dabei vertritt der Autor den Standpunkt, dass auch unaufgeforderte Werbe-E-Mail einen gesamtwirtschaftlichen Gewinn ermöglichen, solange sie nicht im grossen Ausmass zur Belästigung werden. Werbe-E-Mail würden (1) die Suchkosten der Abnehmer nach geeigneten Gütern und Dienstleistungen senken und (2) den Wettbewerb intensivieren, weil sich Informationen über Qualität und Preis von Leistungen preisgünstig an den Abnehmer herantragen liessen. Diesen positiven Effekten stünde (3) der negative Belästigungseffekt von Werbe-E-Mail entgegen.

Während solche ökonomische Betrachtungen in der heiss diskutierten Regulierung von Werbe-E-Mails durchaus ihren Platz haben und das vorliegende Werk einen wichtigen Diskussionsbeitrag liefert, muss sich der Autor dennoch die Kritik einer etwas eingeschränkten, idealisierten Sichtweise gefallen lassen, die wesentliche Aspekte unbeachtet lässt. So ist es heute eben nicht so, dass unverlangte Werbe-E-Mails nur im geringen Ausmass vorhanden sind, und sie werden von den Empfängern auch mehrheitlich nicht akzeptiert, wie Studien belegen. Mehr als die Hälfte des gesamten E-Mail-Verkehrs im Internet entfällt gemäss Provider-Schätzungen bereits auf solche Werbung. Gerade eine wirtschaftliche Betrachtung müsste die hohen Kosten, die den Internetbetreibern entstehen und von den Werbeversendern anders als bei anderen Werbemethoden gerade nicht getragen werden, berücksichtigen. Da unverlangte Werbe-E-Mails überwiegend für illegale oder zumindest zweifelhafte Angebote verwendet werden (und oft auch eine rechtswidrige Datennutzung vorliegt), scheint deren Beitrag zum Nutzen des Wettbewerbs oder gar der Wirtschaft, geschweige denn das Schutzinteresse fraglich. Etwas mehr Praxis-Recherche hätte der Studie also gut getan.

Das 368 Seiten umfassende Werk von MARTIN SPIRIG ist kein Praktikerhandbuch, und es stellt diesen Anspruch auch nicht. Mit der Studie liegt ein Werk vor, das vor allem dadurch auffällt, dass es in die häufig sehr rechtliche (und zum Teil auch emotionale) Diskussion lauterkeitsrechtlicher Fragen im Internet die ökonomische Betrachtungsweise als wichtiges Element mit einbezieht. Dies macht es für Forschende in diesem Bereich besonders interessant, und zwar nicht nur für Juristen. Das Buch liest sich leicht, wobei der Leser dank regelmässigen Zusammenfassungen den Überblick nicht verliert.

Erfreulich ist, dass dieses Buch nicht wie so viele andere Werke die technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Sachverhalte getrennt erläutert, sondern sie in einen Kontext setzt. Hilfreich wird dieses Buch schliesslich für jene sein, die sich einen Einblick in die US-amerikanischen Rechtsprechungen der genannten Problemkreise verschaffen wollen, auch wenn diese sich relativ rasch weiterentwickeln.

*lic. iur. David Rosenthal, Zürich und Basel*