

Zur Diskussion / A discuter

Behinderung und subjektive Merkmale im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung des Kennzeichenrechts

PHILIPPE SPITZ*

Der vorliegende Beitrag befasst sich anhand des Entscheids www.tax-info.ch des Basler Zivilgerichts vom 10. März 2005 (sic! 2005, 821 ff.) und des Beitrags von David Vasella (sic! 2/2006, 143 ff.) mit dem Tatbestand der Behinderung im Wettbewerbsrecht und seinen Erscheinungsformen. Eingegangen wird namentlich auf Erscheinungsformen und die dogmatische Einordnung von gezielten und gleichmässigen Behinderungen, von mit der Behinderung verknüpften subjektiven Merkmalen und auf die Funktion und das Verhältnis von Individual- und Institutionenschutz im Wettbewerbsrecht.

L'article qui suit examine les éléments constitutifs de l'entrave au sens du droit de la concurrence déloyale et ses différentes formes à la lumière de l'arrêt www.tax-info.ch du Tribunal civil de Bâle-Ville du 10 mars 2005 (sic! 2005, 821 ss) et de l'article de David Vasella (sic! 2/2006, 143 ss). On analysera en particulier les formes et la classification dogmatique des entraves ciblées et régulières, ainsi que les éléments subjectifs qui y sont liés, de même que la fonction et la relation de la protection individuelle et institutionnelle en droit de la concurrence.

- I. Einleitende Bemerkungen
 - II. Ausgangspunkt und Vorbemerkungen
 - III. Die Behinderung im Wettbewerbsrecht
 - 1. Allgemeines zur Behinderung
 - 2. Erscheinungsformen des Behinderungsverhaltens und Beurteilungskriterien
 - IV. Aktivlegitimation und Individual- und Institutionenschutz
 - V. Behinderung und Kennzeichen- bzw. Domainnamenrecht
 - VI. Folgerungen und Schlussbemerkungen
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitende Bemerkungen

David Vasella hat sich kürzlich mit interessanten Überlegungen des Problems der Bedeutung und Verortung der Behinderung bzw. der Behinderungsabsicht im Wettbewerbsrecht (einschränkend verstanden als Lauterkeitsrecht) angenommen und dieses aus aktuellem Anlass, nämlich dem Entscheid des Basler Zivilgerichts vom 10. März 2005 i.S. «www.tax-info.ch», im Forum zur Diskussion gestellt¹. Der Verfasser des vorliegenden Beitrags nimmt dies zum Anlass, seinen Überlegungen und Argumenten weitere hinzuzufügen und im Forum zur Diskussion zu stellen.

II. Ausgangspunkt und Vorbemerkungen

Vasella geht in seinem Beitrag – verkürzt gesagt² – davon aus, dass die Verwendung eines gemeinfreien, d.h. schutzunfähigen³ Domainnamens (in casu www.tax-info.ch), der sich an einen ebenfalls gemeinfreien und damit schutzunfähigen Domainnamen anlehnt bzw. mit diesem verwechselbar ist, keine unter die Generalklausel in Art. 2 UWG zu subsumierende Behinderung darstellt und damit nicht per se unlauter ist. Als weiteres, die Unlauterkeit begründendes Element könne nur das Vorliegen einer Behinderungsabsicht auf Seiten des behindernden Mitbewerbers (Beklagter) dienen. Zudem verneint er, dass der Kläger in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt gewesen sei, weil die

¹ Vgl. D. Vasella, Zur Fallgruppe der Behinderung und beschreibenden Domainnamen: Der «tax-info»-Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt, sic! 2/2006, 143 ff. sowie sic! 2005, 821 ff.

² Aus Platzgründen muss auf eine ausführliche Wiederholung der Überlegungen verzichtet werden.

³ Im Sinne der marken-, firmen- und namensrechtlichen Schutzunfähigkeit.

Behinderungswirkung technischer Natur sei und nicht von einem gezielten Vorgehen gegen den Beklagten gesprochen werden könne.

Zu betonen ist, dass es im vorliegenden Entscheid (nur) um die Prüfung der Voraussetzungen negativer Ansprüche ging. Das Zivilgericht Basel-Stadt ordnete ein Verbot der Verwendung des in Frage stehenden Domainnamens des Beklagten und die gleichzeitige Übertragung der Domain an den Kläger und damit die Beseitigung der Behinderung an⁴. Aussergewöhnlich erscheint dabei prima facie, dass das Zivilgericht von einer gezielten Behinderung offenbar gerade gestützt (oder zumindest bezugnehmend) auf einen beschreibenden und damit ebenfalls schutzunfähigen Domainnamen des Klägers ausgegangen ist und sogar die Übertragung der Domain an den Kläger angeordnet hat.

III. Die Behinderung im Wettbewerbsrecht

1. Allgemeines zur Behinderung

Eine Behinderung kann die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit eines Marktteilnehmers, d.h. eines Mitbewerbers oder der Marktgegenseite, über Gebühr beeinträchtigen und damit unlauter sein. Behinderungssachverhalte machen neben Irreführungs- und Ausbeutungssachverhalten eine grosse und praktisch bedeutende Fallgruppe im Wettbewerbsrecht aus. Gleichzeitig zeichnen sich Behinderungssachverhalte dadurch aus, dass sie auch vom Kartellrecht, d.h. von Bestimmungen des Kartellgesetzes, erfasst werden können.

Da die Behinderung an sich gleichsam das Wesen des Wettbewerbs ausmacht, da der wettbewerbsbezogene Erfolg eines Marktteilnehmers zwangsläufig zulasten eines anderen Marktteilnehmers geht, muss sie in qualifizierter Form erfolgen, um unlauter zu sein. Vorausgesetzt ist also ein weiteres, qualifizierendes Unlauterkeitselement, wie dies auch zu Recht in Vasellas Beitrag herausgestrichen wurde. Diverse Arten solcher qualifizierter Behinderungen werden im Gesetz explizit als unlauter qualifiziert (vgl. z.B. Art. 3 lit. a, lit. e und f sowie Art. 4 UWG). Nicht völlig geklärt ist, ob schon eine «abstrakte Unverhältnismässigkeit» einer Behinderung alleine deren Unlauterkeit gestützt auf die Generalklausel in Art. 2 UWG nach sich ziehen kann bzw. wie diese beschaffen sein muss, ohne dass etwa weitere (konkrete) subjektive oder auch objektive Merkmale vorliegen⁵.

2. Erscheinungsformen des Behinderungsverhaltens und Beurteilungskriterien

Das UWG geht in diversen Bestimmungen (vgl. etwa Art. 3 lit. a, e und f sowie Art. 4 UWG) von der Unlauterkeit und damit gemäss Art. 2 UWG von der Widerrechtlichkeit qualifizierten behindernden Verhaltens aus. Denkbar sind aber auch Sachverhalte, die als Behinderung zu qualifizieren und (nur) gestützt auf die Generalklausel in Art. 2 UWG unlauter sind⁶.

a) Behinderungswirkung und objektive Eignung zur Behinderung

Unlauter ist (bei Vorliegen der genannten weiteren Unlauterkeitselemente) grundsätzlich schon die blossе Eignung eines bestimmten Verhaltens im Wettbewerb zur Behinderung – unabhängig vom Eintritt des Behinderungserfolgs, was sich aus dem Wortlaut diverser UWG-Bestimmungen⁷ ergibt. Auch andere Wettbewerbshandlungen (Irreführung, Ausbeutung) sind bereits bei Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung unlauter. Die Qualifikation einer Wettbewerbshandlung als Behinderung bzw. die «vorgeschalte» blossе Eignung zur Behinderung sind Tatbestandsmerkmale objektiver Art. Sie sind also losgelöst von einer subjektiven Einstellung (Vorsatz, Schädigungs- oder Vorteilerzielungsabsicht) des entsprechenden Wettbewerbsteilnehmers. Eine Behinderung bzw. die Eignung eines

⁴ Dass das Zivilgericht Basel-Stadt die Zusprechung der Domain an den Kläger als Gutheissung eines Beseitigungsanspruchs ansieht (vgl. E. 1 am Anfang und am Ende; etwas irreführend als Leistungsanspruch bezeichnet), zeigt die Nähe des auch im Bereich des UWG vielgestaltig möglichen Beseitigungsanspruchs (der in den immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen teils explizit weit gefasst ist, vgl. etwa Art. 55 und Art. 57 MSchG) zu den reparatorischen Ansprüchen.

⁵ Sog. funktionale Wettbewerbswidrigkeit, vgl. dazu etwa C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel u.a. 2001, UWG 2 N 116. Eine solche Unverhältnismässigkeit liegt vor, wenn eine Wettbewerbshandlung überwiegend oder ausschliesslich der Behinderung anderer Marktteilnehmer und nicht der Förderung der eigenen Wettbewerbsposition dient bzw. es «Mitbewerbern oder Dritten erschwert oder verunmöglicht wird, ihre für die Bedürfnisbefriedigung aus der Sicht der Marktgegenseite relevante Leistungskraft zur Geltung zu bringen» (W. R. Schlupe, Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung, in: H. Merz / W.R. Schlupe (Hg.), FG für Max Kummer, Bern 1980, 497, Marktteilnehmerbezug).

⁶ Dazu näher anstelle vieler Baudenbacher (Fn. 5), UWG 2 N 115 ff.

⁷ Z.B. Art. 3 lit. c und d UWG und andere Bestimmungen in Art. 3 und 4 UWG sowie namentlich Art. 9 Abs. 1 UWG.

Verhaltens zur Behinderung ist objektiv feststellbar. Subjektive Merkmale können aber als Indiz zu deren Feststellung dienen.

Gewisse (wenige) UWG-Bestimmungen lassen demgegenüber die blossе Eignung zur negativen Wettbewerbsbeeinflussung bzw. die erfolgte tatsächliche Wettbewerbsbeeinflussung in Form objektiver Merkmale noch nicht zur Herbeiführung der Unlauterkeit genügen. Sie setzen darüber hinaus entweder das Eintreten eines objektiven Erfolgs oder das Vorliegen von besonderen subjektiven Merkmalen, etwa von Vorsatz oder einer Vorteilsabsicht, voraus. Ersteres ist etwa in Art. 5 lit. a und c UWG, Letzteres in Art. 4 lit. a und b sowie Art. 5 lit. b UWG der Fall (wobei Art. 5 UWG nicht Anwendungsfälle der Behinderung aufführt). Erst das Vorliegen dieser subjektiven Merkmale führt bei diesen Bestimmungen zur Unlauterkeit und damit zur Widerrechtlichkeit. Diese expliziten Ausnahmen bestätigen demnach den Grundsatz.

Diese rein objektiv begründete Unlauterkeit ist nicht etwa eine dogmatische Spitzfindigkeit, sondern sie ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass die in Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG (konstitutiv) vorgesehenen negatorischen Ansprüche im Grundsatz verschuldensunabhängig sind. Zudem setzt auch der Gesetzgeber subjektive Merkmale nur ganz vereinzelt explizit voraus.

b) Zielgerichtete Behinderung

Behinderungsverhalten kann gezielt oder allgemeinerichtet («gleichmässig») auftreten. Im Wettbewerbs- wie im Kartellrecht hat gezieltes Verhalten von Marktteilnehmern gegenüber Mitbewerbern, aber auch gegenüber der Marktgegenseite, seit je her eine besondere dogmatische und praktische Bedeutung eingenommen. Zu denken ist vorab an Boykotte⁸ und Diskriminierungen (z.B. Preisdiskriminierungen). Dies erklärt sich einerseits aus der Entwicklung des UWG und des KG aus dem Persönlichkeitsrecht und aus der sittenwidrigen Schädigung gemäss Art. 41 Abs. 2 OR, die Vorsatz voraussetzt. Gezielte Behinderungen sind andererseits in den schon vom Gesetz in Art. 3 ff. UWG explizit statuierten Konstellationen, also etwa Art. 3 lit. a und e UWG, unlauter. Die Unlauterkeit zielgerichteten Verhaltens scheint auf den ersten Blick schon deshalb vorzuliegen, weil der fragliche Wettbewerbsteilnehmer an sich in der Lage wäre, sich gegenüber den von seinem zielgerichteten Verhalten nicht betroffenen Mitbewerbern «ordnungsgemäss» bzw. lauter zu verhalten, dies aber «freiwillig» (und gezielt) nicht tut. Allerdings liegt in der Differenzierung bzw. Diskriminierung allein noch kein ausreichendes, die Unlauterkeit indizierendes Element objektiver Art, denn auch die gezielte Behinderung ist nicht wettbewerbsfremd. Deshalb können gestützt auf Art. 2 UWG nur vergleichbar unverhältnismässige gezielte Behinderungen unlauter sein⁹. Solche Behinderungen dürften etwa dann vorliegen, wenn das Verhalten des Behinderers vorwiegend objektiv der Fremdbehinderung und nicht der eigenen Wettbewerbsförderung dient, also aus gesamtwirtschaftlicher Sicht «unnötig» ist¹⁰. Subjektive Aspekte können lediglich als Indiz zur Feststellung einer solchen Behinderung dienen¹¹. Bloss vorsätzliche gezielte Behinderungen sind somit (noch) nicht unlauter – insoweit ist zusätzlich ein qualifizierendes objektives Element (Unverhältnismässigkeit) vonnöten.

Bei reparatorischen Ansprüchen, auf die in Art. 9 Abs. 3 UWG verwiesen wird, kann das Vorliegen (bzw. der Nachweis) eines zielgerichteten Verhaltens bei Schadenersatzansprüchen die Frage nach

⁸ Boykotte können aber auch bestimmte Produkte oder Dienstleistungen betreffen (z.B. Pelze, Kriegsspielzeug oder Tropenhölzer) und insofern nur indirekt gegen bestimmte Marktteilnehmer gerichtet sein.

⁹ Dabei ist die Unverhältnismässigkeit dogmatisch von der (im UWG ebenfalls ungeschriebenen, aber auch vom Konzept her fremden) fehlenden Erheblichkeit abzugrenzen, die sich auf die Spürbarkeit von Beeinträchtigungen am Markt und nicht schon auf die Auswirkungen bei einem einzelnen Marktteilnehmer bezieht; gemäss Art. 41 Abs. 2 OR objektiv sittenwidriges (schädigendes) Verhalten dürfte – sofern es als behindernde Wettbewerbshandlung qualifiziert werden kann – regelmässig unlauter sein. Vgl. zur Tragweite von Art. 41 Abs. 2 OR näher BGE 124 III 297, 302 f., «Motor Columbus».

¹⁰ Im Vergleich dazu ist gemäss Art. 41 Abs. 2 OR ein Verhalten sittenwidrig, das «nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen» (BGE 124 III 297, 303, «Motor Columbus»).

¹¹ Vgl. zu subjektiven Merkmalen näher unten, 2. d). Dabei ist zu beachten, dass in § 4 Nr. 10 des dt. UWG eine Behinderung explizit von Gesetzes wegen schon dann unlauter ist, wenn sie «bloss» gezielt ist. Weitere Merkmale sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorausgesetzt. Nach einer Lehrmeinung liegt eine gezielte Behinderung u.a. stets dann vor, wenn sie von einer die Unlauterkeit indizierenden Verdrängungsabsicht oder von objektiven Merkmalen getragen ist (H. Köhler, in: W. Hefermehl / H. Köhler / J. Bornkamm, Wettbewerbsrecht, München 2006, § 4 Rz. 10.9). Eine andere Lehrmeinung begriff die Unlauterkeit demgegenüber als rein objektiven Tatbestand (K.-H. Fezer, in: K.-H. Fezer, Lauterkeitsrecht, München 2006, § 3 Rn. 81 ff.). Demgegenüber besteht im schweizerischen UWG keine explizite Statuierung der Unlauterkeit von gezielten Behinderungen, sodass bei der Konkretisierung der Generalklausel in Art. 2 UWG nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen vorzugehen ist. Dabei haben die in den Art. 3 ff. UWG enthaltenen Wertungen miteinzufliessen. Vgl. zur Konkretisierung der Generalklausel M. Berger, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Zürich 1997, m.w.H.

dem Eintritt des Schadens und nach der Kausalität erleichtern. Bei der Gewinnherausgabe gemäss Art. 423 OR kann nach klassischem Verständnis eine Zusprechung des Verletzergewinnes nur bei zielgerichtetem Verhalten erfolgen¹².

c) Gleichmässige Behinderung

Dogmatisches Gegenstück zur zielgerichteten Behinderung ist die gleichmässige Behinderung von Mitbewerbern oder der Marktgegenseite. Grundsätzlich ist wohl davon ausgehen, dass gleichmässige Behinderungen dem Wettbewerb «noch mehr» wesenseigen als zielgerichtete Behinderungen sind und deshalb umso mehr zulässig sein müssen – ebenfalls unabhängig vom Vorliegen subjektiver Merkmale (Vorsatz, Absicht)¹³. Nur soweit auch hier qualifizierende objektive Merkmale neben solche gleichmässigen Behinderungen treten (etwa in der Form der Herabsetzung von Produktkategorien, Lockvogelangeboten, Gratisangeboten oder Zugaben), ist von deren Unlauterkeit gemäss der Generalklausel in Art. 2 UWG auszugehen. Solche Behinderungen wirken sich – wie dies auch Vasella festhält¹⁴ – oft als Marktstörungen aus und können allenfalls auch in den Anwendungsbereich des KG fallen¹⁵. Damit ist gleichzeitig auch der durch UWG (und KG) gewährte Institutionenschutz betroffen (Schutz des lautereren bzw. wirksamen Wettbewerbs). Dieser tritt ergänzend (überlagernd) neben den Individualschutz, aber nicht an dessen Stelle. Bei gleichmässigen Behinderungen greift der Individualschutz einzelner (mit-) betroffener Marktteilnehmer deshalb «trotz» gleichzeitig betroffenem Institutionenschutz, von dem nicht nur Mitbewerber, sondern auch die Marktgegenseite profitieren (Abnehmer inkl. Konsumenten¹⁶ und Anbieter inkl. Lieferanten)¹⁷.

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang ein Blick auf Art. 6 Abs. 3 aKG 1985, der sog. Vorkehren¹⁸ in Form «bloss» gleichmässiger Behinderung von Dritten schon unter dem – nach heutigen Massstäben eher zurückhaltenden – Regime des Kartellgesetzes in der Version von 1985 für unzulässig erklärte. Die kartellrechtliche Unzulässigkeit bestand nicht nur verschuldensunabhängig, sondern von der Konzeption her grundsätzlich auch unabhängig von (sonstigen) subjektiven Elementen (Absichten, Beweggründen)¹⁹. Das neue Kartellgesetz, das spätestens seit der Revision im Jahre 1995 aufgrund des Zweckartikels in Art. 1 KG (Schutz des wirksamen Wettbewerbs), aber nicht zuletzt auch aufgrund von dessen Ausgestaltung als vorwiegend verwaltungsrechtlicher Erlass und der Durchsetzung durch die Wettbewerbskommission von Amtes wegen auch eine institutionelle Dimension erhielt (Schutz des wirksamen Wettbewerbs), enthält zwar kein explizites Verbot der gleichmässigen Behinderung Dritter. Trotzdem ist – nicht zuletzt wegen der Stossrichtungen der KG-Revisionen 1995 und 2003 (Erweiterung bzw. Verbesserung des Rechtsschutzes) – ohne weiteres davon auszugehen, dass das Verbot der gleichmässigen Behinderung Dritter auch unter dem heutigen KG-Regime verwaltungs- und kartellprivatrechtlich durchgesetzt werden kann²⁰. Dies trifft insbesondere für Preis-

¹² Nach Ansicht diverser Autoren ist dies aber nur dann möglich, wenn die verletzte UWG-Norm über den Zuweisungsgehalt eines absoluten subjektiven Rechts verfügt. Dazu näher anstelle vieler M. Nietlispach, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Bern 1994, 431 ff. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber mit dem Verweis in Art. 9 Abs. 3 UWG keinen «strikten» Rechtsgrundverweis vornahm, was auch ein Blick auf den identischen Verweis in Art. 12 Abs. 1 lit. c KG zeigt. Eine Gewinnherausgabe muss deshalb auch dann denkbar sein, wenn in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR eine Abschätzung des mit hoher Wahrscheinlichkeit auf Kosten des benachteiligten Marktteilnehmers erzielten Gewinnes möglich erscheint.

¹³ Vgl. zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung allgemeiner (gleichmässiger) Verhaltensweisen schon J. Michel, Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffs: Unlauterer Wettbewerb, Bern 1946, 36 ff.

¹⁴ Diese Art der Behinderung ausschliesslich in einer eigenen Fallgruppe der Marktstörung zu verorten, erweist sich aber als nicht notwendig und auch nicht als sinnvoll (a.M. offenbar Vasella [Fn. 1], 145). Überschneidende Zuordnungen können ohne weiteres zugelassen werden – sie drängen sich gerade auch wegen der Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts auf.

¹⁵ Vgl. etwa M. Streuli-Youssef, SIWR V/1, Basel 1998, 119.

¹⁶ Zu beachten ist aber, dass das KG nach h.L. Konsumenten keine direkten negatorischen oder reparatorischen Ansprüche verschafft, da es in Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG nur Unternehmen zum Adressaten hat. Dazu näher A. Brunner, Konsumentkartellrecht, AJP 1996, 931 ff. sowie P. Spitz, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, SZW 2005, 119 f.

¹⁷ Etwas unklar Vasella (Fn. 1), 145.

¹⁸ D.h. Massnahmen, die von einem Kartell ergriffen werden und Dritte in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit erheblich behindern. Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 aKG 1985, dazu E. Homburger, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985, Zürich 1990, aKG 6 N 7 ff.

¹⁹ Dazu näher H. Wohlfahrt, Die gleichmässige Behinderung Dritter im Schweizerischen Kartellprivatrecht, Basel 1986, 80 ff. und 97 ff. (vgl. insbesondere 100 ff. mit Bezug auf die Frage der Bedeutung subjektiver Tatbestandselemente, die in der Praxis in Form von Gewinnmaximierungs-, Verdrängungs- oder Ausbeutungsabsichten regelmässig vorliegen dürften; die bundesgerichtliche Rspr. scheint teilweise subjektive Merkmale [mit-]berücksichtigt zu haben).

²⁰ Mittels Unterlassungs- oder Beseitigungsklage gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a KG.

missbräuche zu. Gleichzeitig ist die Nähe der gleichmässigen wettbewerbsrechtlich relevanten Behinderung zu den durch Art. 7 KG erfassten Fällen des Missbrauchs von marktbeherrschenden Stellungen unverkennbar.

d) Behinderung und subjektive Merkmale

Zielgerichtete und gleichmässige Behinderungen können nach dem zuvor Dargelegten bei Hinzutreten qualifizierender objektiver Unlauterkeitsmerkmale unlauter sein. Nach der Konzeption des UWG liegt Unlauterkeit allgemein²¹ und bei Behinderungen im Speziellen grundsätzlich unabhängig von subjektiven Merkmalen, also etwa von Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Bezug auf das Behinderungsverhalten, vor²².

Zwar baut das UWG als Sonderdeliktsrecht grundsätzlich auf den allgemeinen Regeln des Privatrechts, namentlich den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts und der Einleitungstitel des ZGB, auf. Dies trifft nicht nur für die Anspruchsvoraussetzungen, sondern namentlich auch für die Rechtsfolgen zu. In Art. 9 UWG findet sich aber ein gegenüber dem allgemeinen Privatrecht differenziertes bzw. erweitertes Rechtsfolgensystem. Dieses sieht nicht nur die (sich schon aus allgemeinen Grundsätzen ergebenden) reparatorischen Ansprüche auf Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe (gemäss den Regeln der Eigengeschäftsführung in Art. 423 OR) vor, auf die in Art. 9 Abs. 3 UWG verwiesen wird²³. Vielmehr werden in Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG auch verschuldensunabhängige negatorische (Unterlassungs- und Beseitigungs-)Ansprüche statuiert. Letztere finden im allgemeinen Obligationenrecht kein generelles Pendant, von explizit statuierten Ausnahmen wie etwa in Art. 59 Abs. 1 OR einmal abgesehen. Zugleich steht das UWG in engem Zusammenhang mit der in Art. 41 Abs. 2 OR enthaltenen sittenwidrigen Schädigung. Es handelt sich um ein fein ziseliertes Konzept. Subjektive Elemente für negatorische Ansprüche vorauszusetzen oder sie zumindest (bei Behinderungen) als zur Begründung der Unlauterkeit als hinreichend zu erachten, ist nicht nur vom Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen. Sie sind auch unnötig und wären konzeptwidrig, nicht zuletzt deshalb, weil sie eine individual-ethische Qualifikation, eine Art Vorwurf, beinhalten.

Von Vorsatz und Fahrlässigkeit als Anspruchsvoraussetzung ist im Übrigen eine etwaige Absicht zu unterscheiden, die auch von Vasella thematisiert wird²⁴. Soweit sich ein subjektives Merkmal auf die Erfüllung eines objektiven Tatbestandsmerkmals zu beziehen hat, sollte – wie schon im Strafrecht²⁵ – auch im Privatrecht und damit auch im Wettbewerbsrecht begrifflich und dogmatisch von Vorsatz und nicht von Absicht ausgegangen werden. Absichten können namentlich als Beweggründe oder Motive

²¹ Insbesondere auch schon bei der Qualifikation eines Verhaltens als in den Anwendungsbereich des UWG fallende Wettbewerbshandlung, dazu namentlich BGE 126 III 198, 202, wo eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung, nicht aber auch ein entsprechender Wille («volonté») vorausgesetzt wird (vgl. auch BGE 120 II 76, 78 f. sowie BGer, 4C.353/2002, 3. März 2002, E. 4).

²² Vgl. näher zur Bedeutung subjektiver Merkmale G. Galli, Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstössen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten, Basel 1991, 39 ff.; Baudenbacher (Fn. 5), UWG 3 lit. d N 103 sowie auch schon Michel (Fn. 13), 41; für das deutsche Recht Köhler (Fn. 11), § 3 Rn. 41 f. Dies kann exemplarisch bei der Herabsetzung und der vergleichenden Werbung (Art. 3 lit. a und d UWG) veranschaulicht werden. Richtige oder nicht irreführende Äusserungen bzw. Vergleiche (gezieltes Verhalten) gegenüber einem Mitbewerber oder der Marktgegenseite sind nur dann unlauter, wenn sie «unnötig verletzend» sind. Ob sie vorsätzlich erfolgen, ist (zur Bestimmung der Unlauterkeit und damit zur Gutheissung negatorischer Ansprüche) irrelevant. Gleichzeitig kann der Vorsatz «alleine» noch nicht zur Unlauterkeit eines Verhaltens führen. Ähnliches gilt mit Bezug auf Nachahmungen an der Grenze des Zulässigen. Aufgrund des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit besteht sogar ein gewisses allgemeines Interesse an Nachahmungen bzw. zumindest ein Freihaltebedürfnis für nahe liegende bzw. einfache und zweckmässige Bezeichnungen bzw. Ausstattungen. Gezieltes Behinderungsverhalten kann ökonomisch sogar sinnvoll und nicht zuletzt auch wettbewerbsfördernd sein, weshalb ein Vorsatz noch nicht ausreichend sein kann – nicht zuletzt auch aus Gründen der Rechtssicherheit. «Verhältnismässige» gezielte Behinderungen bei Vorliegen von Vorsatz als unlauter zu qualifizieren, würde somit auch an den Grundfesten des UWG rühren. Vergleiche mit dem dt. UWG sind zudem insofern heikel, als dieses auch nach der Revision 2004 noch immer stellenweise strenger ausgestaltet ist als das schweizerische UWG.

²³ Nach h.L. handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis. Namentlich mit Bezug auf die Rechtsfolge der Gewinnherausgabe kann jedoch nicht von einem «strikten» Rechtsgrundverweis ausgegangen werden, da unlautere Wettbewerbshandlungen nur in speziellen Fällen (z.B. beim ergänzenden Leistungsschutz und bei der Verwertung von Geschäftsgeheimnissen) und nur mit «Mühe» als Geschäftsanmassungen qualifiziert werden können. Ob etwa auch das im Verweis nicht enthaltene Bereicherungsrecht bei Verletzungen des UWG zur Anwendung kommt (wohl vorab in Gestalt der Eingriffskondiktion), ist grundsätzlich zu bejahen; vgl. dazu näher R. M. Jenny, Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zürich 2005, Rn. 394 ff.

²⁴ Das Auseinanderhalten der subjektiven Merkmale Absicht, Motiv und Verschulden (Fahrlässigkeit und Vorsatz) wird auch in BGE 120 II 76, 79 befürwortet.

²⁵ Vgl. dazu anstelle vieler K. Seelmann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Basel u.a. 2005, 54 f.

vorkommen, die keine objektive tatbestandliche Entsprechung erfordern (als weitere subjektive Tatbestandselemente)²⁶. Die von Vasella thematisierte Behinderungsabsicht entspricht demnach eher einem Vorsatzerfordernis mit Bezug auf die fragliche Behinderung (bzw. der Eignung dazu).

Denkbar wäre allenfalls, dass gerade das auch bei einer gezielten Behinderung geforderte zusätzliche Unlauterkeitselement, das die Unlauterkeit erst begründet, alternativ auch in einer (über die blosser Behinderung hinausreichenden) Absicht erblickt werden kann, wie dies Vasella anregt. Zu denken ist an Verdrängungs-, Vernichtungs- oder sonstige Schädigungsabsichten. In solchen Fällen dürfte aber oft ohnehin eine objektiv unverhältnismässige Behinderung vorliegen, die für sich dann schon unlauter ist. Sinnvoller ist es deshalb, auch hier von einer blossen Indizwirkung des subjektiven Merkmals auszugehen. Dass die Praxis – vor allem in älteren Entscheiden – zuweilen auch auf subjektive Merkmale abstellt, ist für sich noch kein zwingend überzeugender Grund. Zudem überzeugen die von Vasella für die Stützung seiner These angeführten Gründe und Verweise nicht²⁷. Insbesondere war etwa der Wortlaut des alten Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG leicht anders formuliert und liess (mehr) Raum für die Statuierung subjektiver Merkmale²⁸.

Als letzte Konsequenz des von Vasella angeregten Konzepts wäre eine blosser (erstmalige) Behinderungsabsicht ohne ein gleichzeitig objektiv unverhältnismässig behinderndes (oder zumindest zu einer Behinderung geeignetes) Verhalten unlauter. Dies ist aber eher zu verneinen, da das Wettbewerbsrecht nicht bezweckt, Rechtsfolgen aufgrund blosser Absichten vorzusehen. Dieser Schluss lässt sich auch vor dem Hintergrund von Art. 41 Abs. 2 OR, der Generalklausel für sittenwidriges Verhalten, aus der sich – neben dem Persönlichkeitsrecht – das UWG und die früher in Art. 48 aOR enthaltene obligationenrechtliche Unlauterkeitsklausel entwickelten, ziehen. Denn gemäss Art. 41 Abs. 2 OR ist neben Vorsatz der Eintritt einer Schädigung (Schaden) vorausgesetzt. Ohne Schädigung entstehen keine Ansprüche, weshalb auch negatorische Ansprüche gestützt auf Art. 2 UWG entfallen müssen.

Dies zeigt, dass subjektive Merkmale (Vorsatz, Fahrlässigkeit oder Absichten bzw. Motive) für das Vorliegen der Unlauterkeit von Behinderungen, aber auch allgemein für die Qualifikation eines Ver-

²⁶ Solche von Vorsatz zu unterscheidenden weiteren subjektiven Merkmale (Absichten, Motive) finden sich etwa in Art. 4 lit. a (Vertragsabschlussabsicht; «um ... zu») und Art. 4 lit. b UWG (Vorteilsabsicht; «sich oder einem anderen Vorteile zu verschaffen sucht»). Demgegenüber findet sich ein spezielles subjektives Erfordernis in Art. 5 lit. b UWG («obwohl er wissen muss»).

²⁷ Die von Vasella (Fn. 1) in Rn. 2 bis 10 zur Begründung seiner These des Abstellens auf eine Behinderungsabsicht angeführten Entscheide bzw. Literaturstellen beziehen sich teilweise auf die Rechtslage unter altem (Marken- oder Lauterkeits-) Recht sowie auf (meist unterinstanzlich entschiedene) Fälle, in denen unter dem Regime des geltenden UWG subjektive Merkmale im UWG entweder gerade explizit – quasi als Ausnahme vom Grundsatz der Irrelevanz subjektiver Merkmale – vorgesehen sind (Personalabwerbung, Art. 4 lit. b UWG), diese 1986 vom Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen wurden (Lockvogel, Art. 3 lit. f UWG; vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG] vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II 1009, 1043 ff., insbesondere 1046) oder aber entbehrlich bzw. nicht entscheidungsrelevant waren (Domaingrabbing: Unlauterkeit schon wegen Rufausbeutung, die Behinderungsabsicht kann aber als Indiz für eine unlautere Behinderung berücksichtigt werden, wie im von Vasella angeführten BGE 126 III 239, 247 gerade verdeutlicht wird). Bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung sind subjektive Merkmale für negatorische Ansprüche, die – weil meist zu spät zur Beurteilung kommend – in der Praxis oft bedeutungslos sind, entbehrlich. Ist sie unberechtigt, ist sie regelmässig auch unlauter. Für die in solchen Fällen wichtigen reparatorischen Ansprüche sind subjektive Merkmale schon aus allgemeinen Grundsätzen (in Form des Verschuldens) vorausgesetzt. Zudem ist davon auszugehen, dass unter dem seit 1992 in Kraft stehenden Art. 12 MSchG dem markenrechtlichen Gebrauchszwang nicht schon durch den Beweis einer blossen Gebrauchsabsicht entsprochen werden kann (vgl. dazu den auch von Vasella angeführten BGE 127 III 160, 163 f.). Dass ein Boykottaufruf ohne Behinderungsabsicht undenkbar ist, ist einerseits zumindest fraglich (Konsumentenboykottaufruf, z.B. gegen Gänseleberpasteten oder «Fabrikeier») und wäre andererseits auch kein Grund, das zusätzliche unlautere Element bei der Behinderung ausschliesslich in Form subjektiver Merkmale zu suchen. Ein Boykottaufruf wird in der Regel unverhältnismässig sein und oft auch Elemente der Herabsetzung (Art. 3 lit. a UWG) enthalten, ganz abgesehen davon, dass der Boykott einen Paradefall der bloss auf Schädigung abzielenden (Wettbewerbs-)Handlung darstellt und schon deshalb unverhältnismässig und damit unlauter ist (er dürfte zudem oft auch von Art. 41 Abs. 2 OR erfasst sein). Die Massenverteilung von Originalware ist schliesslich ein kontroverses Thema (vgl. näher Baudenbacher [Fn. 5], UWG 2 N 166 ff.), wobei gerade fraglich ist, ob auch Fälle ausserhalb des (bei der UWG-Revision 1986 stark diskutierten) Art. 3 lit. f UWG unlauter sind. Hier eine Behinderungsabsicht als ausreichend anzuerkennen, ist m.E. gerade auch deshalb nicht sinnvoll. Es ist eher von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen.

²⁸ Art. 1 Abs. 2 lit. d aUWG enthielt folgenden Gesetzeswortlaut: «wer (...) Massnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind»; das Wort «bestimmt» wurde aber gerade nicht in Art. 3 lit. d UWG übernommen, weil subjektive Merkmale erst bei den Rechtsfolgen eine Rolle spielen sollen (vgl. Botschaft [Fn. 27], 1062 f.; ähnlich bei Art. 1 Abs. 2 lit. c und e aUWG, die bei der Revision 1986 in Art. 3 lit. c und Art. 4 lit. b UWG überführt wurden); ferner stellt das UWG in Art. 3 lit. d UWG auf die (Eignung zur) Herbeiführung einer Verwechslung ab und nicht auf den Begriff der «Nachahmung» wie in § 4 Nr. 9 dt. UWG, dem schon begrifflich ein Element des Bewusstseins bzw. der Kenntnis des Originals, also der nachzuziehenden Waren oder Dienstleistungen, innewohnt.

haltens als unlauter im Wettbewerbsrecht grundsätzlich bedeutungslos sind und sein müssen – auch wenn sie in gewissen Fällen regelmässig vorliegen. Ebenso wenig erscheint es erforderlich oder sinnvoll, bei der Fallgruppe der Behinderung eine (ungeschriebene) Behinderungsabsicht bzw. einen Behinderungsvorsatz generell vorauszusetzen. Gleichzeitig sind aber subjektive Merkmale keineswegs bedeutungslos, denn sie finden vielmehr (erst) auf der Rechtsfolgenseite ihre berechnete und systemkonforme Berücksichtigung.

e) Differenzierung durch Berücksichtigung subjektiver Merkmale auf der Rechtsfolgenseite

Eine Berücksichtigung subjektiver Merkmale – und damit eine Differenzierung nach Art der Behinderung in Form einer Stufung – erfolgt auf der Ebene der Rechtsfolgen. Sie ergibt sich einerseits aus der grundsätzlichen Verschuldensunabhängigkeit der negatorischen Ansprüche und andererseits aus der Natur der reparatorischen Ansprüche. Während bei negatorischen Ansprüchen nach der Konzeption des Wettbewerbsrechts bei der Fallgruppe der Behinderung ein Gezieltheitserfordernis nicht zwingend vorausgesetzt wird²⁹, stellt sich die Lage bei den reparatorischen Ansprüchen anders dar. Denn diese setzen einen tatsächlichen Erfolg (Wettbewerbsbeeinträchtigung) voraus. Eine blossige Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung reicht nicht aus. Ferner wird bei Fehlen einer gezielten unlauteren Wettbewerbshandlung oft schon der Eintritt eines Schadens oder aber die Kausalität schwer nachweisbar sein – ganz abgesehen davon, dass ein konkreter Schaden schwierig abschätzbar ist. Auch ein Anspruch auf Gewinnherausgabe wird bei Wettbewerbsrechtsverletzungen mangels Zuordnungsmöglichkeit des Verletzergewinns regelmässig problembehaftet sind, da bei nicht gezieltem Vorgehen der Gewinn nicht einwandfrei zugewiesen werden kann. Denn der Verletzte kann oft nicht bestimmt werden, da oft nicht klar ist, auf wessen Kosten die Verletzung ging³⁰. Soweit sodann subjektive Elemente (Verschulden) fehlen, kommen reparatorische Ansprüche gar nicht in Betracht³¹.

IV. Aktivlegitimation und Individual- und Institutionenschutz

Ist ein Marktteilnehmer von einer unlauteren Wettbewerbshandlung direkt (gezielt) beeinträchtigt, ist er in seinen wirtschaftlichen Interessen tangiert und weist deshalb regelmässig ein Rechtsschutzinteresse auf, denn er ist in seiner rechtlich geschützten Sphäre betroffen (Individualschutz). Er ist deshalb zur Geltendmachung negatorischer Ansprüche ohne weiteres, schon aus allgemeinen Grundsätzen, aktivlegitimiert. Aber auch in Fällen gleichmässiger Behinderungen – in denen (auch) der Institutionenschutz betroffen bzw. gefährdet ist – stehen den (auch individuell) betroffenen Marktteilnehmern, ob Mitbewerber oder (als Abnehmer oder Lieferanten, evtl. auch als Konsumenten) auf der Marktgegenseite, eigene negatorische Ansprüche zu. Dies ergibt sich schon aus der Konzeption des UWG (u.a. Dreidimensionalität in Art. 1 UWG sowie aus Art. 9 und 10 UWG)³².

Es lässt sich ferner anschaulich am «Paradefall» einer gleichmässigen Behinderung im UWG, der Lockvogelwerbung in Art. 3 lit. f UWG, aufzeigen, aus dem sich auch Rückschlüsse auf unter Art. 2 UWG fallende Behinderungen ziehen lassen. Würde zur Aktivlegitimation bzw. im Rahmen des Erfor-

²⁹ Ein Problem stellt sich aber bei solchen Beseitigungsansprüchen, die den Kläger speziell begünstigen, wie etwa in casu die Übertragung der Domain auf den Kläger. Solche Beseitigungsansprüche befinden sich im Grenzbereich zu den (verschuldensabhängigen) reparatorischen Ansprüchen.

³⁰ Ob sich eine Lösung über das Kausalitätserfordernis aufdrängt und möglich ist, ist fraglich, aber wohl eher zu bejahen. Gleichzeitig könnte eine «Korrektur» über die Figur der Eingriffskondition erfolgen, siehe dazu Nietlisbach (Fn. 12), 348 f. und neuerdings Jenny (Fn. 23), Rn. 394 ff.

³¹ Während sich dies beim Schadenersatzanspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR ergibt, war dies beim Gewinnherausgabeanspruch bis vor kurzem unklar. Eine bundesgerichtliche Klärung in dem Sinne, dass bei Ansprüchen aus Art. 423 OR Bösgläubigkeit vorausgesetzt ist, scheint nun in BGE 129 III 422, 425 erfolgt zu sein. Bereicherungsansprüche (insbesondere Eingriffskondition) gestützt auf Art. 62 OR sind jedoch verschuldensunabhängig und trotz fehlender expliziter Verweisung in Art. 9 Abs. 3 UWG denkbar.

³² Im Einzelnen ist die Frage der Aktivlegitimation, insbesondere diejenige der Marktgegenseite, kontrovers. Auf sie kann hier leider nicht vertieft eingegangen werden. Vgl. anstelle vieler Baudenbacher (Fn. 5), UWG 10 N 9 ff. und G. Rauber, SIWR V/1, Basel 1998, 249 ff., insbesondere 252 ff. Das BGer hat sich bisher recht «grosszügig» geäussert (vgl. etwa BGE 121 III 168, 174 und BGE 126 III 239, 241 f.), den Kundenbegriff in Art. 10 Abs. 1 UWG allerdings noch nicht abschliessend bestimmt (offen gelassen in BGE 6S.329/2003 vom 24. November 2003, E. 2.3; in einem speziell gelagerten Fall einer Bundesklage gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG wurde eine Klientenklage gemäss Art. 10 Abs. 1 UWG angenommen, vgl. BGE 126 III 198, 200). Auszugehen ist wohl davon, dass sich die Aktivlegitimation der gesamten Marktgegenseite aus Art. 10 Abs. 1 UWG ergibt, einerseits weil der Begriff des Kunden mit demjenigen des Konsumenten nicht identisch (sondern weiter) ist und sich aus Sinn und Zweck der Norm nicht nur die Subsumtion der Abnehmer, sondern auch die der Anbieter (Lieferanten) unter Art. 10 Abs. 1 UWG aufdrängt. Dafür spricht auch, dass in Art. 10 Abs. 2 UWG sogar Verbände zur Geltendmachung von negatorischen Ansprüchen befugt sind.

dernisses des Rechtsschutzinteresses eine Zielgerichtetheit der Behinderung vorausgesetzt, die bei unter Art. 3 lit. f UWG fallenden Sachverhalten begriffsnotwendig nicht vorliegen könnte, könnte niemand aus Art. 9 bzw. 10 i.V.m. Art. 3 lit. f UWG vorgehen und sie würde zur sanktionslosen Norm. Denn auch Strafklagen wären unmöglich, da Art. 23 UWG bei der Strafantragsbefugnis auf die zivilrechtliche Aktivlegitimation gemäss Art. 10 UWG verweist.

Aus der Konzeption des UWG, namentlich dem Zusammenspiel der Art. 1, 2, 9 und 10 UWG, folgt somit, dass die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von negatorischen Ansprüchen bei gleichmässigen Behinderungen oder Marktstörungen sowohl Mitbewerbern als auch der Marktgegenseite zustehen muss, auch wenn kein «direktes» Wettbewerbsverhältnis besteht. Selbst wenn keine gegen den betreffenden Kläger gerichtete Wettbewerbshandlung (z.B. Behinderung) vorliegt, muss eine Aktivlegitimation bejaht werden, wenn ein Klageerfolg die Absicherung oder Verbesserung der eigenen Wettbewerbsstellung zur Folge haben könnte³³.

Ob bei gezielten Behinderungen die Aktivlegitimation auch der übrigen, nicht individuell (gezielt) betroffenen Marktteilnehmer zu bejahen ist, ist eine schwierige, bisher kaum beachtete Frage. Sie ist wohl unter Rückgriff auf die damit in einem wichtigen Zusammenhang stehende Frage der Einwilligungsfähigkeit in Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die den (reinen) Individual- vom Institutionenschutz³⁴ scheidet, zu lösen. Überlagern sich Individual- und Institutionenschutz, kann der Betroffene (z.B. der Behinderte) zwar rechtswirksam in die Verletzung seiner Individualssphäre einwilligen³⁵, nicht aber in die Verletzung der Institution des Wettbewerbs an sich, da ihm die (alleinige) Verfügung darüber entzogen ist³⁶.

Es stellt sich folgendes Problem: Wenn es dem Betroffenen gestattet wäre, rechtswirksam in eine UWG-Verletzung einzuwilligen, scheint prima facie vieles dafür zu sprechen, dass es Dritten als Konsequenz nicht möglich sein sollte, den UWG-Rechtsschutz aufzuzwingen bzw. diesen zu beanspruchen. Dem widerspricht aber die Dreidimensionalität des UWG und die vom Gesetzgeber beabsichtigterweise weit gefasste Aktivlegitimation in Art. 9 und 10 UWG. Zudem zeigt auch das Absehen vom Antragserfordernis bei der strafrechtlichen Verfolgung gewisser immaterialgüterrechtlicher Straftatbestände in Fällen gewerbsmässigen Handelns³⁷, dass dieses Dogma selbst bei den als absoluten subjektiven Rechten – also der «Reinform» von Individualrechten – ausgestalteten Immaterialgüterrechten nicht konsequent durchgehalten wird, falls andere, überindividuelle Rechtsgüter betroffen sind. Eine allfällige Einwilligung in eine Wettbewerbsrechtsverletzung durch einen (mit-)betroffenen Marktteilnehmer vermag also eine (aufgezwungene) Rechtsverfolgung gegenüber dem Verletzer durch andere Dritte nicht notwendig auszuschliessen. Dabei geht es um negatorische Ansprüche und um die Strafverfolgung. Reparaturische Ansprüche scheiden bei nicht gezieltem Vorgehen ohnehin weitgehend aus. Umso mehr gilt dies bei gezielten Behinderungen für Ansprüche der von diesen nicht direkt betroffenen Marktteilnehmer, die nicht von einer gezielten Behinderung betroffen waren. Strafrechtlich betrachtet ist zwar von einer (Zivilrechts-)Akzessorietät der strafbaren Handlung auszugehen. Doch können diverse, den Markt allgemein bzw. als solchen störende Verhaltensweisen vom (Haupt-)Betroffenen auch zivilrechtlich nur im Hinblick auf den Individualschutz – also hinsichtlich der eigenen Position –, nicht aber im Hinblick auf den Institutionenschutz und damit die Position anderer Marktteilnehmer erlaubt werden. Es handelt sich deshalb nur prima facie um einen Widerspruch. Dem einwilligenden Betroffenen «unnötig» aufgezwungener Rechtsschutz ist aber dennoch kaum denkbar, da der Betroffene in eine Behinderung (wirksam) nur einwilligen wird, wenn sie ihm nicht schadet. Den

³³ Ähnlich BGE 126 III 239, 242 sowie Rauber (Fn. 32), 252 ff.

³⁴ Genauer müsste man anstelle von «Institutionenschutz» von «kombiniertem Individual- und Institutionenschutz» sprechen, da «reiner» Institutionenschutz ohne gleichzeitigen irgendwie gearteten Individualbezug und -schutz in der Praxis kaum denkbar ist.

³⁵ Fraglich ist, ob es Fälle gibt, in denen der Betroffene überhaupt nicht, also auch nicht mit auf ihn selbst beschränkter Wirkung, in Wettbewerbsrechtsverletzungen einwilligen kann. Dies ist u.a. wegen des durchgängigen Strafantragserfordernisses in Art. 23 UWG und der fehlenden Durchsetzung des UWG auf verwaltungsrechtlichem Weg (ausserhalb der Preisbekanntgabevorschriften in Art. 16 ff. UWG; im Unterschied zum vorwiegend behördlich [verwaltungsrechtlich] durchgesetzten KG) eher zu verneinen. Es dürfte aber im Rahmen der am 1. Juli 2006 in Kraft getretenen UWG-Novelle betreffend die Privatbestechung (neuer Art. 4a UWG) eine Rolle spielen.

³⁶ Vgl. zur Frage der Einwilligungsfähigkeit von Wettbewerbsrechtsverletzungen Baudenbacher (Fn. 5), UWG 9 N 192 (zu reparatorischen Ansprüchen) und P. Spitz, Haftung für Wettbewerbsbehandlungen, in: P. Jung (Hg.), Tagungsband Recht aktuell 2006 (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht), Basel 2006 (Edition Weblaw) Rn. 55. Praktische Brisanz erfährt die Frage etwa in Fällen des Ausstattungsschutzes (Art. 3 lit. d UWG), der Verleitung zum Vertragsbruch (Art. 4 UWG), des Schutzes von Arbeitsergebnissen (Art. 5 UWG) und von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 UWG).

³⁷ Vgl. etwa Art. 67 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 2 URG, Art. 61 ff. MSchG und Art. 41 Abs. 2 DesG.

Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit des «Aufzwingens» von Rechtsschutz durch Dritte kann zudem im Rahmen der Beurteilung der Unverhältnismässigkeit der betreffenden Behinderung und im Rahmen der Prüfung des Vorliegens des Rechtsschutzinteresses Rechnung getragen werden. Aus dem Dargelegten folgt, dass bei gezielten Behinderungen auch nicht direkt betroffene Mitbewerber und die Marktgegenseite im Rahmen von Art. 9 und 10 UWG vorgehen und – gleichsam als Wettbewerbswächter – insbesondere negatorische Ansprüche durchsetzen können müssen. Dies dann, wenn sich die Behinderung als eigentliche Marktstörung auswirkt oder auswirken kann und ein Klageerfolg die Beeinträchtigung beheben kann.

V. Behinderung und Kennzeichen- bzw. Domainnamenrecht

Charakteristisch am referierten Entscheid ist, dass beide Domainnamen rein beschreibender Natur und deshalb an sich kennzeichenschutzunfähig waren. Die Verwendung gemeinfreier (und damit nicht registrierbarer) Kennzeichen ist aber nicht nur zulässig – soweit etwa keine Irreführung vorliegt³⁸ –, sondern teilweise auch geschützt. Sie können namentlich dann Schutz erlangen, wenn sie sich durchgesetzt haben (markenrechtlicher Schutz³⁹) oder soweit weitere unlautere Elemente (Verwechslungsgefahr bzw. dadurch erfolgende Behinderung, Rufausbeutung oder systematische Anlehnung) vorliegen (wettbewerbsrechtlicher Schutz)⁴⁰.

Das Zivilgericht ging im besprochenen Entscheid davon aus, dass eine (Absatz-)Behinderung durch einen schutzunfähigen Domainnamen gegenüber einer vorbestehenden, ähnlich lautenden und ebenfalls schutzunfähigen Domain zu bejahen ist, also insofern eine gezielte (Absatz-)Behinderung des Inhabers der zeitlich älteren Domain durch den Inhaber der zeitlich neueren Domain vorliegt. Dass Domainnamen aus technischen Gründen nur einmal vergeben werden können und als solche nicht spezialgesetzlich geschützt werden können, steht dieser Ansicht an sich nicht entgegen. Das rechtlich geschützte Interesse der Klägerin ergibt sich nämlich aus der durch die unlautere Absatzbehinderung verschlechterten Wettbewerbsstellung. Denn es wird dann nicht ein Ausschliesslichkeitsanspruch (Leistungsposition), sondern eine «klassisch» wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlage, nämlich ein unlauteres Verhalten, geltend gemacht, in der «analogen Welt» vergleichbar mit dem auch von Vasella als Beispiel vorgebrachten Abfangen von Kunden vor der Ladentür. Problematisch am Entscheid ist aber, dass letztlich offenbar schon die (vom Recht tolerierte) Ähnlichkeit der Domainnamen für sich alleine ausschlaggebend für das Vorliegen einer unlauteren Behinderung war, was im Endeffekt darauf hinausläuft, dass schon die Schaffung einer blossen Verwechslungsgefahr ohne gleichzeitige Verletzung eines immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzes und ohne zusätzliches unlauteres Element zur Bejahung der Unlauterkeit genügt, auch wenn dies das Zivilgericht zunächst (in Bezug auf Art. 3 lit. d UWG in E. 2.b)⁴¹) gerade verneint. Diesbezüglich liegt zwar eine gezielte Behinderungswirkung des gemeinfreien Domainnamens, die sich beim Kläger manifestiert, vor⁴². Ob diese aber schon per se als unverhältnismässig zu bezeichnen ist, ist eher zu verneinen. Ansonsten würde auf «kaltem Wege» eine domainmässige Monopolisierung des entsprechenden Begriffs gerade bewirkt und liefe auf eine Art selbständigen, vom UWG gewährten Leistungsschutz

³⁸ So kann die Verwendung gemeinfreier, weil beschreibender Kennzeichen beim Publikum dann irreführend wirken, wenn dem Anbieter (in casu der Inhaber und gleichzeitig Verwender der in Frage stehenden Domain) ein offiziöser Charakter beigemessen werden kann. Dies war etwa im Fall betreffend die Domain «www.berneroberland.ch» der Fall (BGE 126 III 239, 246). Gleichzeitig wird es in solchen Fällen auch oft um geografische Herkunftsbezeichnungen gehen, die ohnehin eine spezielle Stellung einnehmen und deren Schutz anders geartet ist als derjenige von Marken oder anderen Kennzeichen der betrieblichen Herkunft (vgl. Art. 47 ff. MSchG).

³⁹ Fraglich ist, ob eine Durchsetzung bzw. Verkehrsgeltung auch in wettbewerbsrechtlicher Sicht zur Schutzfähigkeit führen kann. Dies ist eher zu bejahen, denn es ist nicht von einer abschliessenden Regelung der Berücksichtigung der Verkehrsgeltung im MSchG auszugehen.

⁴⁰ Vgl. anstelle vieler C. Hilti, SIWR III/2, Basel 2005, 122 ff.

⁴¹ Art. 3 lit. d UWG hat gerade bei nicht registrierten Kennzeichen eine selbständige und wichtige praktische Bedeutung. Zwar kann nicht über den Weg des UWG der verweigerte (markenrechtliche) Schutz beansprucht werden. Soweit allerdings zusätzliche Unlauterkeitselemente hinzutreten, z.B. eine Annäherung im Schriftzug oder in der farblichen Ausgestaltung, kann eine Unlauterkeit trotzdem vorliegen (vgl. Hilti [Fn. 40], 116 f.). Gemäss dem Entscheid wurden vorliegend entsprechende sachverhältnissen Ausführungen offenbar unterlassen, weshalb nicht bekannt ist, wie die beiden Domainnamen präsentiert wurden. Allerdings erwähnt das Zivilgericht in E. 2. c) dann aber doch (entscheidrelevante) Details des Auftritts.

⁴² A.M. aber Vasella (Fn. 1), 145. Selbst wenn nur eine allgemeine Behinderungswirkung vorläge (gleichmässige Behinderung), wäre der Kläger zur Stellung eines Unterlassungsanspruchs (Verbot der Domain) befugt gewesen, wenn bei dessen Gutheissung die Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsstellung hätte behoben werden können. Eine Zusprechung der Domain an den Kläger wäre dann aber auf keinen Fall in Frage gekommen, weil auf die Domain kein besseres Recht als anderen Mitbewerbern zusteht (vgl. dazu auch oben, Fn. 29, sowie BGH GRUR 2002, 622, 626, «shell.de», der sich bei leicht anderer Konstellation mit diesem Aspekt befasste).

hinaus⁴³. Problematisch ist ein solcher sicher dann, wenn er Positionen schützt, die in immaterialgüterrechtlichen Gesetzen «bewusst» vom Schutz ausgenommen sind. Insofern könnte bei Domainnamen von einer Art Lücke des Gesetzes auszugehen sein, sodass hier an sich Raum für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz besteht. Dieser wäre aber nur dort denkbar, wo gemeinfreie, aber nicht freihaltebedürftige Zeichen sich am Markt etabliert haben und einer bestimmten Person zugeordnet werden⁴⁴. Dass es im Zusammenhang mit der Verwendung von Suchmaschinen zu einem virtuellen Umlenken von Kunden kommt, kann hingegen bei Verwendung gemeinfreier Begriffe zur Suche noch nicht per se unlauter sein. Das Zivilgericht wäre deshalb besser beraten gewesen, wenn es die Absatzbehinderung verneint (oder aber offen gelassen) hätte. Das Verhalten des Beklagten war aber trotzdem zu Recht als unlauter zu qualifizieren, da die Unlauterkeit in der Verwendung des ähnlichen Domainnamens in einem Werbemailing und in einem im «Treuhänder» erschienenen Artikel zu sehen ist, insbesondere im Zusammenhang mit der (irreführenden bzw. unrichtigen Alleinstellungs-) Behauptung, dass «Info-Tax» das einzige Produkt seiner Art auf dem Markt sei. Auf eine Behinderungs- bzw. Anlehnungsabsicht oder einen Behinderungs- bzw. Anlehnungsvorsatz hat das Zivilgericht jedoch zurecht nicht abgestellt. Fraglich bleibt, wieso das Zivilgericht den (Beseitigungs-)Anspruch auf Übertragung der Domain an den Kläger guthiess. Denn zur Abwendung der Beeinträchtigung genügt schon ein Verbot der Weiterverwendung oder aber die Löschung der Domain. Die Zusprechung der (zweiten, beklagten) Domain führt vielmehr zu einer verstärkten, quasi «systematischen» Monopolisierung eines gemeinfreien Begriffs durch den Kläger, die nicht nur unnötig und unverhältnismässig, sondern vom Gesetz auch nicht bezweckt sein dürfte⁴⁵.

VI. Folgerungen und Schlussbemerkungen

Behinderungen sind nur dann unlauter, wenn zur wettbewerbsimmanenten Behinderung (bzw. zur objektiven Eignung eines Verhaltens zur Behinderung) ein weiteres unlauteres Element hinzutritt. Dieses kann im Gesetz explizit in den Art. 3 ff. UWG vorgesehen sein. Ferner kann eine Behinderung gestützt auf die Generalklausel in Art. 2 UWG dann unlauter sein, wenn sie zielgerichtet ist und gleichzeitig ein weiteres die Unlauterkeit begründendes Element (Unverhältnismässigkeit) vorliegt – und zwar unabhängig von einem Behinderungsvorsatz (der allerdings meistens vorliegen wird) oder anderen subjektiven Merkmalen. Gleichmässige Behinderungen von Mitbewerbern oder der Marktgegenseite (oft führen diese zu sog. Marktstörungen) können ebenfalls unlauter sein, wobei ein Vorsatz oder andere subjektive Merkmale ebenso wenig vorausgesetzt sind. Vielmehr muss auch hier ein weiteres objektives unlauteres Element hinzutreten, um die Unlauterkeit herbeizuführen (Herabsetzung, Tiefpreis bei sonstiger Unverhältnismässigkeit). Das Vorliegen einer blossen Behinderungsabsicht ohne objektive Manifestation eines zu einer unverhältnismässigen Behinderung geeigneten Verhaltens reicht zur Begründung der Unlauterkeit und damit zur Auslösung negatorischer Ansprüche jedoch grundsätzlich nicht aus. Dies folgt aus dem Konzept des UWG (vgl. Art. 1, 2, 9 und 10 UWG) und seinem Verhältnis zur deliktsrechtlichen Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 und 2 OR. Eine sinnvolle Differenzierung und Berücksichtigung von subjektiven Merkmalen (Vorsatz und Fahrlässigkeit) erfolgt auf der Rechtsfolgenseite. So können reparatorische Ansprüche nur bei Eintritt einer tatsächlichen Behinderung sowie bei Vorliegen von Verschulden gewährt werden, wobei selbst dann der Beweis des Schadenseintritts und der Kausalität schwierig zu erbringen oder aber die Zuweisung des Verletzergewinns bei der Gewinnherausgabe problembehaftet sein kann, insbesondere bei gleichmässigen Behinderungen.

Aus der Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts folgt ferner, dass zur Geltendmachung von negatorischen Ansprüchen (Aktivlegitimation) nicht nur ausschliesslich individuelle Behinderungen oder sonstiges sich individuell auswirkendes, zielgerichtetes Verhalten vorausgesetzt ist. Die in Art. 9 i.V.m. Art. 10 sowie Art. 1 und Art. 2 UWG zum Ausdruck kommende Konzeption des UWG, namentlich die speziell geordnete Aktivlegitimation, zeigt, dass auch unspezifische, gleichmässige oder gegen an-

⁴³ Einen solchen propagiert etwa Baudenbacher (Fn. 5), UWG 2 N 190 ff.; vgl. zum sog. Ausstattungsschutz infolge Verkehrsgeltung (vor Erlass des 1986 revidierten UWG) J. Jene-Bollag, Zur Schutzfähigkeit des Kennzeichens von Marke und Ausstattung unter dem Gesichtspunkt des Freihaltebedürfnisses, Basel 1981, 117 ff. und 122 ff. Das 1992 revidierte MSchG sieht in Art. 2 lit. a MSchG eine Schutzfähigkeit des Kennzeichens bei Durchsetzung vor.

⁴⁴ Vgl. Hilti (Fn. 40), 116 m.w.H. und U. Buri, SIWR III/2, 2. Aufl., Basel 2005, 379 f. sowie BGer, sic! 2005, 221, 223, «Limmi»; sog. «mitprägende Individualisierung».

⁴⁵ Die systematische Besetzung ähnlich lautender Domains kann vielmehr selbst gemäss Art. 2 UWG unlauter sein, wie dies auch Vasella (Fn. 1), 146 bei Rn. 19 richtig ausführt – dies muss umso mehr gelten, als es sich vorliegend um beschreibende gemeinfreie Domain-Bezeichnungen handelt; vgl. dazu auch Buri (Fn. 44), 370 sowie G. Joller, Gemeinfreie Begriffe in Domainnamen?, AJP 2002, 954.

dere Marktteilnehmer gerichtete Behinderungen verschuldensunabhängige negatorische Ansprüche auslösen können, die all denjenigen Marktteilnehmern zustehen, die bei Klageerfolg eine wirtschaftliche Besserstellung erfahren bzw. deren Beeinträchtigung beheben könnten – und zwar unabhängig von der Einwilligung der Betroffenen. Gleichwohl können diese auf ihren Individualschutz verzichten. Der Institutionen- verdrängt den Individualschutz somit nicht, sondern ergänzt (überlagert) ihn.

Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag wurde aufgezeigt, dass nach der Konzeption des UWG eine Behinderung eines Mitbewerbers oder der Marktgegenseite nur dann unlauter sein kann, wenn neben dem wettbewerbsinhärenten Element der Behinderung noch ein weiteres unlauteres Element bzw. weitere unlautere Umstände hinzutreten (unverhältnismässige, «unnötige» Behinderung). Dies gilt nicht nur für gleichmässige Behinderungen der Mitbewerber oder der Marktgegenseite, die ebenfalls unlauter sein können, sondern grundsätzlich auch für gezielte Behinderungen. Nach der Konzeption des UWG genügt zur Unlauterkeit und damit zur Widerrechtlichkeit gemäss Art. 2 UWG nämlich schon ein zur unverhältnismässigen Behinderung geeignetes Verhalten, unabhängig von einem tatsächlichen Behinderungserfolg. Subjektive Merkmale werden vom Gesetzeswortlaut nur in Ausnahmefällen vorausgesetzt. Eine weitergehende Statuierung von ungeschriebenen subjektiven Merkmalen darüberhinaus ist weder sinnvoll noch nötig, denn solche unlauteren Behinderungen können «lediglich» negatorische Ansprüche gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG auslösen. Eine Berücksichtigung subjektiver Elemente erfolgt stufengerecht auf der Rechtsfolgenseite, indem für die in Art. 9 Abs. 3 UWG vorbehaltenen reparatorischen Ansprüche Verschulden bzw. Bösgläubigkeit vorausgesetzt ist. Diese Konzeption steht auch im Einklang mit der deliktsrechtlichen Generalklausel für sittenwidriges Handeln, Art. 41 Abs. 2 OR, die für reparatorische Ansprüche Vorsatz voraussetzt und im Übrigen keine Grundlage für negatorische Ansprüche bietet. Im Fall www.tax-info.ch ist das Basler Zivilgericht zu Recht von einem unlauterem Verhalten der Beklagten ausgegangen, wobei aber eher nicht von einer «virtuellen» Absatzbehinderung, sondern von einer Irreführung bzw. von einer systematischen Anlehnung auszugehen war. Für die Übertragung der Domain an die Klägerin bestand aber kein zureichender Grund.

Résumé

Cet article montre qu'au regard de la LCD l'entrave d'un concurrent ou d'un partenaire commercial ne peut être déloyale que lorsqu'il existe un élément d'entrave propre au droit de la concurrence auquel viennent s'ajouter d'autres éléments de nature déloyale ou d'autres circonstances de nature déloyale (entrave «inutilement» disproportionnée). Cela vaut non seulement pour les entraves régulières de concurrents ou de partenaires commerciaux, qui peuvent également être déloyales, mais aussi en principe pour les entraves ciblées. En application de la LCD, l'acte tendant à une entrave disproportionnée suffit déjà pour admettre la déloyauté et par conséquent son illicéité au sens de l'art. 2 LCD, indépendamment de la réalisation d'une entrave concrète. Selon le texte de la loi, les aspects subjectifs ne font qu'exceptionnellement partie des éléments constitutifs. Un examen plus poussé d'éventuels éléments subjectifs non écrits n'est ni judicieux ni nécessaire, car de telles entraves déloyales donnent «seulement» lieu à des actions en abstention ou en cessation au sens de l'art. 9 al. 1 et 2 LCD. Ce n'est que dans un deuxième temps, pour déterminer les conséquences juridiques, que l'on tient compte des éléments subjectifs dans la mesure où les actions réparatrices supposent une faute ou la mauvaise foi. Cette conception est conforme à la clause délictuelle générale du comportement contraire aux mœurs figurant à l'art. 41 al. 2 CO, qui exige une faute intentionnelle pour les actions réparatrices et qui, par ailleurs, ne constitue pas une base légale permettant de fonder des actions en abstention ou en cessation. Dans l'arrêt www.tax-info.ch, c'est à juste titre que le Tribunal civil de Bâle-Ville a admis l'existence d'un comportement déloyal des défendeurs. Toutefois, il ne fallait pas considérer qu'il s'agissait d'une entrave «virtuelle» des ventes, mais plutôt d'une tromperie ou bien d'une imitation systématique. Il n'existait cependant pas de motif pertinent pour transférer le nom de domaine à la demanderesse.

* Dr., Advokat, LL.M., z.Zt. München; Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.