

Der Schweizer Rechtskultur ist jedoch die Regulierungsweise fremd, wonach zu Abschreckungszwecken eine hohe klagbare Schadenssumme fingiert wird. Der Kläger kann lediglich Schadenersatz und Genugtuung fordern. Der Abschreckung dient das Strafrecht.

Für eine konsequente Durchsetzung von Regeln betreffend Werbe-Email kann eine Strafandrohung hilfreich sein. Der übereilte Erlass einer entsprechenden Regel birgt jedoch Gefahren. Regeln für das Internet, die in der von Veränderungen geprägten Aufbauphase des weltweiten Netzes erlassen werden, können sich in einem späteren Zeitpunkt als Hemmnis für an sich wünschenswerte technische, ökonomische und weltanschauliche Entwicklungen herausstellen. Eine Strafbestimmung betreffend Werbe-Email muss nach der hier vertretenen Auffassung ultima ratio sein und sollte deshalb erst erwogen werden, wenn Werbe-Email tatsächlich eine Plage für breite Kreise von Internet-Nutzern ist.

6. Schlussfolgerung

Die Regulierung von Werbe-Email in der Schweiz hat nach der hier vertretenen Auffassung zwei Bedingungen zu erfüllen. Sie soll erstens auf dem Weg der Rechtsprechung eingeführt werden und zweitens den positiven ökonomischen Effekten von Werbe-Email gerecht werden²⁵⁶.

Richterrecht hat gegenüber gesetztem Recht den Vorteil der höheren Flexibilität. Zwar gilt auch für das Richterrecht der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Doch kann das Gericht bei neuen und besseren Argumenten oder bei veränderten Verhältnissen von einer vorausgegangenen Entscheidung abweichen. Dagegen übergeht das Gericht Gesetzesrecht nur, wenn die gesetzestreue Entscheidung rechtsmissbräuchlich wäre. Einst in guter Absicht erlassene Gesetze können bei veränderten Verhältnissen gerade im sich rasch verändernden Internet-Bereich zum Hindernis für technische und damit zusammenhängende weltanschauliche und wirtschaftliche Entwicklungen werden. Eine gesetzliche Regelung von Werbe-Email birgt diese Gefahr. Über die Generalklausel eingeführte Regeln betreffend Werbe-Email können dagegen bei verändertem technischem, wirtschaftlichem oder sozialem Umfeld angepasst oder aufgegeben werden. Überhaupt ist bei der derzeitigen Verbreitung von Werbe-Email gesetzgeberisches Handeln nicht geboten.

²⁵⁶ Für eine Regelung durch den Gesetzgeber: Rosenthal (Werbe-E-Mail), 294; Jöhri (Werbung), 129.

Die ökonomischen Vorteile von Werbe-Email lassen sich erhalten, indem man Werbe-Email in jenem Ausmass gestattet, als sie beim jeweiligen Empfänger einen möglichst grossen Nutzen in Form von intensiviertem Wettbewerb und verminderten Suchkosten stiftet und gleichzeitig möglichst wenig Belästigung verursacht. Weil jeder Nutzer auf Werbe-Email unterschiedlich reagiert, empfiehlt sich ein Regelungsmechanismus, der den Nutzern eine individuelle Handhabe von Werbe-Email ermöglicht²⁵⁷. Die vorgeschlagene Vorschrift soll demnach nicht Werbe-Email verbieten oder dulden, sondern dem Empfänger eine möglichst gezielte Annahme oder Ablehnung von Werbe-Email bei geringstmöglichem Aufwand erlauben.

Die Generalklausel im UWG ermöglicht gleichermaßen die Regulierung von Werbe-Email durch Richterrecht sowie den Einbezug ökonomischer Überlegungen. Das U.S.-amerikanische Recht liefert eine breite Auswahl möglicher Regelungsmechanismen. Einige davon lassen sich aber nicht der Generalklausel im UWG entnehmen. Robinson-Listen, Verrechtlichung von ISP-Regeln sowie Strafandrohungen bedürfen entweder aus rechtsstaatlichen oder aus organisatorischen Gründen einer gesetzlichen Grundlage.

An dieser Stelle wird eine Kombination von fünf Regeln vorgeschlagen. Sämtliche fünf Regeln lassen sich über die UWG-Generalklausel einbringen. Sie können bei veränderten Verhältnissen angepasst oder aufgegeben werden. Weiter ermöglichen die fünf Regeln einen individuellen Umgang mit Werbe-Email. Jeder Nutzer lässt Werbe-Email in jenem Ausmass zu, in dem er abzüglich der damit verbundenen Belästigung einen möglichst grossen Nutzen daraus zieht. Die Regeln lauten wie folgt:

Für die Betreffzeile jeder Werbe-Email ist (1) ein Hinweis auf die Werbeeigenschaft und (2) eine knappe Angabe zur beworbenen Leistung erforderlich. (3) Die Werbe-Email darf nur einen begrenzten Umfang haben. (4) Jeder Nutzer hat die Möglichkeit, mit geringem Aufwand einem bestimmten Versender die Zusendung weiterer Werbe-Email zu verbieten. (5) Der Versender darf eine Werbe-Email nur zusenden, wenn er Anhaltspunkte hat, dass der Empfänger an der beworbenen Leistung ein Interesse hat.

²⁵⁷ In diese Richtung gehen auch die Bemühungen zur Selbstregulierung durch die Versender von Werbe-Email in den USA, vgl. CNET News.com, September 15, 2000 „Industry group cooks up rules for spam“; <<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-2782434.html>>.

VII. Verknüpfungen im Internet

A. Gegenstand

1. Erscheinungsformen und Konflikte

Unter einer Verknüpfung im Internet ist im Rahmen dieser Arbeit eine Verbindung von verschiedenen Websites oder Teilen davon zu verstehen. Zur Zeit ermöglichen drei Techniken die Verknüpfung von Websites im Internet: Hyperlinks, Inline Links sowie Frames¹. Allen drei Arten ist gemeinsam, dass sie in technischer Hinsicht kein Zutun jenes Seitenbetreibers erfordern, dessen Website verbunden wird². Verwendet werden Verknüpfungen in unterschiedlichsten Zusammenhängen. Zumeist ist der Betreiber der verknüpften Website mit jenem der verknüpfenden Website identisch, oder er ist mit der Verbindung einverstanden. Manchmal aber stört sich ein Seitenbetreiber daran, wenn seine Website oder ein Teil davon durch eine Verknüpfung mit einer fremden Website verbunden wird.

Die vielfältigen Anwendungsformen von Verknüpfungen sowie die unterschiedlichen Interessen rechtfertigen eine ausführliche Darstellung des Untersuchungsgegenstands. Die nachfolgenden Sachverhalte entstammen hauptsächlich juristischen Streitigkeiten aus den USA³. Sie illustrieren die rechtlichen Probleme, für die danach Lösungsansätze gesucht werden sollen.

Hyperlinks oder kurz: „Links“⁴ sind das zentrale Element des World Wide Web⁵. Der Nutzer kann mit nur einem Mausklick auf den Link von der einen Website auf eine andere springen⁶. Die Zieldestination ist im Quellcode der Internet-Seite mit dem Link

¹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 632; Sableman (Hyperlinks), 559.

² Sableman (Hyperlinks), 558.

³ Vgl. auch die ständig aktualisierte „Link Controversy Page“ von Stefan Bechtold unter <<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html>>, mit zahlreichen Hinweisen zu Streitigkeiten und Literatur über Verknüpfungen im Internet.

⁴ Tsilas (Linking and Framing), 85, nennt als weitere mögliche Bezeichnung „hypertext links“. Roarty (Argument), 1017, nennt im gleichen Zusammenhang „Hypertext Reference Links“ oder „HREF-Links“; „Link“ = engl. „Bindeglied“, „Verbindung“, vgl. Langenscheidts Taschenwörterbuch – Englisch, 13. A., Berlin 1995, 351.

⁵ Sableman (Hyperlinks), 558; Bond (Linking and Framing), 192; Weber (E-Commerce), 244.

vorprogrammiert. Mögliches Ziel ist jede auf dem Internet öffentlich zugängliche Website. Gesamthaft betrachtet, knüpfen Links die zahlreichen Websites zu einem Netz⁷.

Mit einem Mausklick auf den Link löst der Nutzer einen technischen Ablauf aus. Das Browserprogramm des Nutzers stellt eine Verbindung her zum Server, der die im Link bezeichnete Website speichert. Der Server schickt dann eine Kopie der Website zum Nutzer, welcher sie in seinem Hauptspeicher lagert⁸. Das Browserprogramm setzt, gestützt auf die Informationen im Hauptspeicher, die Website zusammen und stellt sie auf dem Bildschirm dar. Dazu benutzt das Browserprogramm entweder das Fenster, in welchem die Website mit dem Link dargestellt war, oder es öffnet ein weiteres Browserfenster.

Links sind Wörter oder Textstellen, die entweder unterstrichen oder andersfarbig als der übrige Text sind⁹. Daneben kann auch eine Graphik die Funktion eines Links übernehmen¹⁰. Einen Link erkennt man auch daran, dass sich auf dem Bildschirm der Pfeil, den der Nutzer mit der Maus steuert, zu einer kleinen Hand verwandelt. Besonders zahlreich findet man Links in der Auflistung von Suchergebnissen einer Suchmaschine.

Links geben bisweilen Anlass zu juristischen Streitigkeiten¹¹. Der weltweit erste Fall wurde an einem schottischen Gericht anhängig gemacht¹². Auf der Website der „Shetland News“ befanden sich Links, welche direkt auf einzelne Nachrichten im Internet-Angebot der „Shetland Times“ führten. Damit konnten sich die Nutzer auf der Website der Shetland News die Schlagzeilen ansehen und bei weiterem Interesse direkt den entsprechenden Beitrag von der Website der Shetland Times herunterladen. Den einzelnen Nachrichten vorgelagerte Seiten der Shetland Times blieben unbeachtet, wodurch deren Werbeeinnahmen sanken. In einer vorsorglichen Massnahme wurde das Vorgehen der

⁶ Rosenthal (Projekt), 182; Widmer/Bähler, 132; Weinberg (Hyperlinking), 577.

⁷ Jakab (Link Liability), 24.

⁸ Eine Speicherung von Websites erfolgt darüber hinaus häufig im Zwischenspeicher mit der Bezeichnung „Cache“, vgl. O'Rourke (Fencing Cyberspace), 657; Bühler (Internet), 160. Ohne Zutun des Nutzers werden die darin enthaltenen Daten nach einer bestimmten Zeit von anderen Daten verdrängt und damit gelöscht.

⁹ Roarty (Argument), 1014; O'Rourke (Fencing Cyberspace), 631.

¹⁰ Roarty (Argument), 1017; Tsilas (Linking and Framing), 85.

¹¹ Vgl. neben den folgenden Beispielen auch die weiteren Beispiele bei Gilliéron (liens hypertextes), 756 ff.

¹² Shetland Times v. Jonathon Wills and Zetnews, Scotland Court of Sessions, 24. Oktober 1996, vgl. Jakab (Link Liability), 27; Weinberg (Hyperlinking), 587.

Shetland News untersagt¹³. Ein endgültiger Entscheid blieb jedoch aus, weil sich die Parteien verglichen¹⁴.

Auch der zweite prominente Fall im Zusammenhang mit Links endete in einem Vergleich. Die Beklagte Microsoft Corp. betrieb im Internet einen Veranstaltungskalender für die Stadt Seattle mit der Bezeichnung „Seattle Sidewalk“. Klägerin war der Online-Eintrittskartenhändler Ticketmaster Corp.¹⁵ Um den Nutzern den Kauf von Eintrittskarten zu erleichtern, platzierte Seattle Sidewalk jeweils neben den Angaben zu einer bestimmten Veranstaltung einen Link zu genau jener Website innerhalb des Internet-Angebots von Ticketmaster, auf der die entsprechenden Eintrittskarten zu bestellen waren. Ticketmaster Corp. befürchtete wie die Klägerin im Shetland-Fall eine Verringerung der Werbeeinnahmen. Geleitet von den Links auf Seattle Sidewalk, übersprangen die Nutzer die Werbung auf den Einstiegs- und Verzeichnisseiten im Ticketmaster-Angebot.

Ein weiteres Beispiel unerwünschter Links ist die Streitigkeit zwischen dem Online-Auktionshaus eBay, Inc., und Bidder's Edge, Inc.¹⁶ Letztere betrieb eine Suchmaschine, die eBay und zahlreiche weitere Online-Auktionen parallel nach bestimmten Angeboten durchforstete. Der Nutzer erhielt nach Eingabe eines Suchbegriffs eine Liste mit Links zu jenen Websites, auf welchen die gesuchte Leistung unmittelbar versteigert wurde. Damit brauchte er bei der Suche nach einer bestimmten Leistung nicht mehr den Suchmechanismus zahlreicher Online-Auktionshäuser zu betätigen. Um mitzubieten war aber dennoch die Mitgliedschaft beim jeweiligen Auktionshaus erforderlich. Das angerufene Gericht verfügte eine vorsorgliche Massnahme zugunsten von eBay, weil deren

¹³ Sableman (Hyperlinks), 569. Laut Urteilsbegründung waren bereits die Titelzeilen, welche von der Shetland Times stammten und auf der Internet-Seite der Shetland News als Link fungierten, urheberrechtlich geschützt, vgl. Jakab (Link Liability), 28; Bond (Linking and Framing), 195 f.

¹⁴ Weinberg (Hyperlinking), 588; Bond (Linking and Framing), 196.

¹⁵ Zwischenzeitlich eine Tochtergesellschaft von Ticketmaster Online – City Search, Inc. Die Verkaufsstelle findet sich unter <<http://www.ticketmaster.com>>.

¹⁶ Vgl. Tsilas (Linking and Framing), 96 f. Zunächst war noch ein weiteres Unternehmen mit der Bezeichnung „AuctionWatch“ beklagt.

technische Infrastruktur durch den Suchdienst der Beklagten zu stark belastet werde¹⁷. Noch vor dem endgültigen Entscheid verglichen sich die Parteien¹⁸.

Auch in der Schweiz haben Links schon zu einer Streitigkeit geführt¹⁹. Ein privater Seitenbetreiber plazierte auf seiner Website Links, über die ein Nutzer direkt zu einer Website eines kommerziellen Seitenbetreibers gelangte, deren Zugang üblicherweise mit einem Passwort geschützt ist. Offensichtlich wurde mit dem Passwort aber nur der Zutritt in den betreffenden Bereich über den herkömmlichen Weg kontrolliert. Wenn ein Nutzer die genaue Internet-Adresse (Uniform Resource Locator; URL) einer dahinterliegenden Website kannte, konnte er ohne Passwortkontrolle direkt in den „geschützten“ Bereich vordringen und sich dort frei bewegen. Der betreffende URL ist nicht geheim, erscheint er doch in der Regel sichtbar für jeden Nutzer, der den Bereich auf dem herkömmlichen Weg (mit Passwort) betritt²⁰. Nach Androhung rechtlicher Schritte durch den kommerziellen Seitenbetreiber wurden die Links deaktiviert.

Die Links in diesen Fällen werden in der Fachsprache „deep links“ genannt, weil sie den Nutzer nicht zur Einstiegsseite (Homepage) des Klägers leiten, sondern auf eine Website tiefer in der Seitenhierarchie des betreffenden Internet-Angebots²¹.

Neben den herkömmlichen Links sind zwei weitere Formen der Verknüpfung zweier Websites bzw. Teilen davon weit verbreitet: Inline Links und Frames. Wenn ein Seitenbetreiber einen Inline Link setzt, weist er in seinem Quellcode das Browserprogramm des Nutzers an, einzelne Dateien, zumeist Graphikdateien, von fremden Websites herunter-

¹⁷ Glasner, Joanna: eBay Gains Edge in Bidding Suit, Wired News, May 25, 2000; <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,36594,00.html>>. Die Verfügung wurde auf das Common Law Institut mit der Bezeichnung „trespass to chattels“ gestützt. Dabei handelt es sich um ein Abwehrrecht gegen Einwirkungen auf bewegliches Eigentum. Vgl. die weiteren Ausführungen dazu im Zusammenhang mit Werbe-Email weiter vorne, VI.D.2.1 (S. 214 ff.).

¹⁸ Wingfield, Nick: eBay outbids rival in court settlement, Wall Street Journal Interactive Edition, veröffentlicht bei ZDNet News, March 1, 2001; <<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2691712,00.html>>.

¹⁹ Pfister, Philippe: Der Grosse Bruder fühlte sich beobachtet – und drohte, TV3 und Bluewin zwingen einen Lehrling, seine Website mit sämtlichen „Big Brother“-Livecams zu deaktivieren, Sonntagszeitung, 20.1.2001, 161.

²⁰ Diese Details gehen aus dem betreffenden Beitrag in der Sonntagszeitung nicht hervor. Dem Verfasser sind jedoch Nutzer bekannt, welche die umstrittenen Links kurzerhand für den eigenen Gebrauch programmierten. Möglicherweise hätte bereits ein Lesezeichen („bookmark“) zu einer Website im geschützten Bereich genügt, um hernach ohne Passwortkontrolle wieder dahin zu gelangen.

²¹ Tsilas (Linking and Framing), 86.

zuladen und nahtlos in seine Website einzufügen²². Für den Nutzer ist nicht ersichtlich, ob die eingefügte Datei vom Server des Betreibers der an sich aufgerufenen Website oder von sonstwoher im Internet stammt²³.

Dan Wallach, eine Privatperson, widmete der Comicfigur „Dilbert“ eine Website²⁴. Die darauf gezeigten Comic Sequenzen waren mittels Inline Links der offiziellen Dilbert-Website entnommen. Wallach wies mit dem Quellcode seiner Website die Browserprogramme seiner Besucher an, Graphiken von der Dilbert-Website herunterzuladen und diese in das von ihm vorgegebene Umfeld zu stellen. Der Fall führte nicht zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, weil Wallach bereits der Unterlassungsaufforderung der Urheberberechtigten an der Dilbert-Figur Folge leistete.

Auch Frames ermöglichen eine Vermischung von eigenen und fremden Inhalten. Mit Hilfe der Framing-Technik weist ein Seitenbetreiber das Browserprogramm des Nutzers an, eine oder mehrere weitere Websites von irgendwoher aus dem World Wide Web herunterzuladen und sie auf dem Bildschirm zusammen mit seiner eigenen Website darzustellen²⁵. Er bestimmt dabei die Anordnung von seinen Inhalten und den fremden Websites oder Teilen davon auf dem Bildschirm des Nutzers²⁶. Der Seitenbetreiber, der die Darstellung einer fremden Website im gegebenen Kontext veranlasst, erstellt selber keine Kopie der fremden Website²⁷. Als URL ist nur sein Domain Name zu sehen²⁸. Will der Nutzer den Inhalt einer geframten Website einschliesslich den dazugehörenden URL für sich allein in einem neuen Browserfenster sichtbar machen, genügt ein einfacher Befehl, der sich mit einem Mausklick durchführen lässt. Zahlreiche Nutzer werden aber diesen Befehl nicht kennen.

²² Weil es sich meistens um Graphikdateien handelt, spricht man auch von einem „Image Link“ oder einem IMG-Link, vgl. Roarty (Argument), 1017; Weinberg (Hyperlinking), 577; Bond (Linking and Framing), 193.

²³ Weber (E-Commerce), 246.

²⁴ Roarty (Argument), 1033.

²⁵ Tsilas (Linking and Framing), 86; Weber (E-Commerce), 247.

²⁶ Chan (Internet Framing), 581.

²⁷ Weinberg (Hyperlinking), 585.

²⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 634; Roarty (Argument), 1018; Chan (Internet Framing) 581; Weinberg (Hyperlinking), 584.

Das Unternehmen TotalNews betreibt ein Nachrichtenverzeichnis, worin die Mitteilungen zahlreicher Online-Nachrichtendienste nach Themen geordnet aufbereitet sind²⁹. Damit kann der Nutzer mit geringem Aufwand die Berichterstattung mehrerer Informationsquellen zum selben Thema einsehen. Unter Anwendung der Frame Technik platzierte TotalNews die fremde Berichterstattung einer anderen Website, z.B. jener der Washington Post, jeweils in einem grossen Rahmen (Frame) rechts oben auf dem Computerbildschirm, gleich unterhalb des Navigationsbalkens des Browserprogrammes³⁰. Damit wurden etwa 70 Prozent des Bildschirms ausgefüllt. Auf der linken Seite daneben setzte TotalNews eine Reihe von Links zu weiteren Informationsquellen. Unterhalb des grossen Rahmens mit der fremden Berichterstattung war in einem weiteren Rahmen Werbung platziert. Die kleine Einrahmung schliesslich, welche sich links unten diagonal zum grossen Rahmen befand, beinhaltete das Logo von TotalNews. Die Washington Post sowie fünf weitere Nachrichtenanbieter wehrten sich gegen diese Vorgehensweise und machten eine Klage gegen TotalNews anhängig³¹. Ein gerichtlicher Entscheid blieb aus, weil sich die Parteien verglichen³².

Im Fall *Futuredotics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.* befand sich die Website der Klägerin in einem Rahmen innerhalb der Website der Beklagten³³. Um den klägerischen Inhalt herum platzierte die Beklagte ihr Logo, Links zu ihren anderen Websites sowie weitere Informationen über sich selbst. Dem Antrag um ein Verbot dieses Verhaltens im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme gab das Gericht nicht statt, weil die Klägerin die behauptete Urheberrechtsverletzung nicht genügend überzeugend darlegte³⁴. Hingegen lehnte es das Gericht ab, den Fall gänzlich ad acta zu legen³⁵.

²⁹ Tsilas (Linking and Framing), 92.

³⁰ Eine graphische Darstellung des Sachverhalts findet man bei Chan (Internet Framing), 612 ff.

³¹ Die Klage erfolgte am 20. Februar 1997 am federal district court im Southern District of New York. Die weiteren fünf Kläger waren Time Warner, Cable News Network (CNN), Times-Mirror (Verleger der Los Angeles Times), Dow Jones sowie Reuters, vgl. Chan (Internet Framing), 581.

³² Vergleich vom 5. Juni 1997, vgl. Chan (Internet Framing), 582; Weinberg (Hyperlinking), 585.

³³ *Futuredotics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, 45 USPQ2d (BNA) 2005 (C.D.Cal. 1998); aff'd without opinion, 152 F.3d 925 (9th Cir. 1998).

³⁴ *Futuredotics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, 45 USPQ2d (BNA) 2005, 2006 (C.D.Cal. 1998); aff'd without opinion, 152 F.3d 925 (9th Cir. 1998); Tsilas (Linking and Framing), 93.

³⁵ *Futuredotics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, 45 USPQ2d (BNA) 2005, 2011 (C.D.Cal. 1998); aff'd without opinion, 152 F.3d 925 (9th Cir. 1998); Tsilas (Linking and Framing), 93.

2. Veränderte Interessen

Das Interesse am Internet hat sich in den letzten paar Jahren verbreitert und damit verändert. Zum akademischen und idellen Interesse ist das gewichtige wirtschaftliche Interesse hinzugetreten.

Anfänglich benutzten v.a. akademische Kreise das Internet. Veröffentlichungen von wissenschaftlichen Arbeiten haben eine qualitative Verbesserung erfahren, weil dank dem World Wide Web weiterführende Quellen mit einem Mausklick erreicht werden können, sofern diese ebenfalls im Internet publiziert sind. Zunächst haben Links auch für alle übrigen Seitenbetreiber geradezu symbiotischen Nutzen entfaltet. Eine Website erwirbt durch das Setzen eines Links eine weitere Funktion, während die verlinkte Seite die Aufmerksamkeit zusätzlicher Besucher erlangt³⁶. Von den beschriebenen Konflikten war noch nicht die Rede. Framing kannte man nicht³⁷. Und Links betrachtete man durchwegs als eine erwünschte Errungenschaft.

Wirtschaftliche Interessen, welche die Internet-Landschaft später zu beeinflussen begannen, unterscheiden sich von den akademischen. Ein kommerzieller Informationsanbieter macht den grössten Gewinn, wenn er umfassende Kontrolle über die Verbreitung der angebotenen Information hat. Mit einem Passwortschutz kann er seine Informationen gezielt jenen zur Verfügung stellen, die dafür zu zahlen bereit sind. Wie jedoch die Erfahrung zeigt, bezahlen die Nutzer für Information im Internet nur widerwillig³⁸. Selbst die Pflicht zur Eingabe eines kostenlos erhältlichen Passworts schreckt viele Nutzer vom Besuch entsprechender Internet-Seiten ab. Das Geschäftsmodell, das damit für den Informationsanbieter übrig bleibt, ist der Verkauf von Werbefläche neben den Nachrichten. Je mehr Seiten sich die Nutzer beim jeweiligen Seitenbetreiber ansehen, desto mehr Werbefläche kann dieser verkaufen. Der Seitenbetreiber möchte deshalb, dass die Nutzer gänzlich in sein Angebot eintauchen und sich nicht mit direkten Links, Frames oder Inline Links die Rosinen herauspicken³⁹. Die Nutzer dagegen können beim Suchen nach Informationen Zeit sparen, wenn sie solche Techniken benutzen.

³⁶ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 644; Tontodonato (Deep-Linking), 203.

³⁷ Die Browsersoftware Netscape Navigator ermöglichte diese Technik ab Version 2.0 (1996), vgl. Sableman (Hyperlinks), 559; Roarty (Argument), 1018.

³⁸ Eine Ausnahme bildet die Leserschaft der Online-Ausgabe des Wall Street Journal unter <<http://www.wsj.com/>>.

³⁹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 652.

3. Rechtliche Problematik

Aus praktischer Sicht ist ein Link, aber auch ein Frame oder ein Inline Link, die automatisierte Form des Eintippens eines URL ins entsprechende Browserfeld. Der URL in jedem Link, Inline Link oder Frame ist nicht geheim. Wird er ausserhalb einer Verknüpfung als reiner Text auf einer Internet-Seite veröffentlicht, kann ihn jeder Nutzer mit geringem Aufwand in seinen Hauptspeicher kopieren und ins dafür vorgesehene Browserfeld einfügen oder von Hand eintippen⁴⁰. Gegen diese Vorgehensweise gibt es, soweit ersichtlich, keine rechtlichen Einwände, obwohl das Ergebnis dasselbe ist wie bei einem Link⁴¹. Der Unterschied der Verknüpfung zur manuellen Eingabe liegt in der Unmittelbarkeit und der daraus resultierenden Nähe zweier Websites oder Teilen davon⁴². Darin muss nach der hier vertretenen Auffassung der Grund für eine allfällige rechtliche Beanstandung liegen.

Eine Verknüpfung schafft zwischen zwei Websites oder Teilen davon eine Nähe, die rechtliche Bedenken in mehrfacher Hinsicht auslöst. Diese Nähe könnte einerseits als Aneignung eines fremden Inhalts aufgefasst werden und andererseits beim Nutzer falsche Vorstellungen über die geschäftliche Verbindung der betroffenen Seitenbetreiber verursachen.

Weiter stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit für den verknüpften Inhalt, die aber an dieser Stelle ausgeklammert wird.

B. Übersicht

Die Untersuchung beginnt mit einer Ökonomischen Betrachtung von Verknüpfungen im Internet. Dargelegt werden die Kosten der Verknüpfung sowie die Interessen von Nutzern und Seitenbetreibern. Letztere sind unterteilt in Betreiber umfangreicher und Betreiber kleiner Websites.

Weiter werden technische Vorkehrungen gegen Verknüpfungen aufgezeigt. Sie verleihen einem Seitenbetreiber jedoch keine umfassende Kontrolle über den Inhalt.

⁴⁰ Jakab (Link Liability), 26.

⁴¹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 653 f.

⁴² O'Rourke (Fencing Cyberspace), 653.

Die nachfolgende Darstellung der Rechtslage in den USA stellt zunächst klar, dass das Urheberrecht bei der Beurteilung von Verknüpfungen nicht einschlägig ist. Verknüpfungen sind einerseits nach der „Misappropriation“-Regel, einer Form wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, zu beurteilen. Andererseits sind die Regeln zum Täuschungsschutz anwendbar. Verknüpfungen sind im Einzelfall dazu geeignet, eine Täuschung über geschäftliche Beziehungen der betroffenen Seitenbetreiber herbeizuführen.

Aus dem Schweizer UWG werden die Bestimmungen zum Leistungsschutz (Art. 5 lit. c) und zum Schutz vor Verwechslungsgefahr (Art. 3 lit. d) auf ihre Anwenbarkeit bei Verknüpfungen im Internet untersucht. Grundsätzlich lässt sich Art. 5 lit. c UWG bei der Beurteilung von Verknüpfungen anwenden. Danach ist die Übernahme und Verwertung eines fremden Arbeitsergebnisses verboten, wenn dies ohne angemessenen Aufwand und unter Zuhilfenahme eines technischen Reproduktionsverfahrens geschieht. Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob die untersuchte Verknüpfung sämtliche Tatbestandsmerkmale aufweist, um unter Art. 5 lit. c UWG subsumiert werden zu können.

Art. 3 lit. d UWG schützt vor unmittelbarer und mittelbarer Verwechslungsgefahr. Bei der unmittelbaren Verwechslung fasst ein Durchschnittsabnehmer die eine Leistung als eine andere auf. Verknüpfungen im Internet können diese Wirkung nicht erzielen, weil dabei keine Leistungen unkorrekt bezeichnet werden. Bei der mittelbaren Verwechslung erhält der Durchschnittsabnehmer eine falsche Vorstellung über geschäftliche Verbindungen zwischen den Parteien. Verknüpfungen im Internet sind grundsätzlich geeignet, eine solche Fehlvorstellung auszulösen. Dafür muss auf der verknüpften Website zunächst eine Herkunftsangabe ersichtlich sein, damit überhaupt eine Zurechnung zu einem bestimmten Seitenbetreiber möglich ist. Weiter bestimmen die Umstände im Einzelfall, ob eine Verknüpfung zu einer irrtümlichen Vorstellung über geschäftliche Verbindungen der betroffenen Seitenbetreiber führt. Entscheidend ist der Gesamteindruck, der insbesondere von der Art und Weise der Verknüpfung, der Ähnlichkeit von Unterscheidungsmerkmalen und der sachlichen Nähe der Leistungen bzw. Betätigungsfelder der Parteien geprägt ist.

Die Regelungsmechanismen für Verknüpfungen im Internet in den USA und in der Schweiz sind weitgehend gleich. Beide basieren auf den Elementen Leistungsschutz und Täuschungsschutz. Die wenigen kleinen Abweichungen können die Anwendung der jeweils anderen Rechtsordnung inspirieren.

Eine Würdigung der rechtlichen Beurteilung von Verknüpfungen im Internet sowohl in den USA als auch in der Schweiz führt zu einem durchwegs positiven Tenor. Die

Regeln verhindern schädliche Wettbewerbsverfälschungen aufgrund von Leistungsübernahmen und Täuschungen, während sie gleichzeitig einen grossen Freiraum für Innovation und Fortschritt sowie für die Betätigung privater Seitenbetreiber belassen.

Die Sachgerechtigkeit der untersuchten Bestimmungen führt zu einer, wenn überhaupt, zurückhaltenden ergänzenden Anwendung der UWG-Generalklausel. Diese soll nach der hier vertretenen Auffassung im Bereich Leistungsschutz Anwendung finden, wenn Verknüpfungen aus ihrer Natur heraus entgegen der hier vertretenen Auffassung gar nicht sämtliche Tatbestandselemente von Art. 5 lit. c UWG erfüllen können. Dabei ist die Anwendung der Generalklausel aber am eng umschriebenen Art. 5 lit. c UWG auszurichten.

C. Ökonomische Betrachtung

1. Kosten der Verknüpfung

Die Herstellung jeder Verknüpfung verursacht direkte Kosten einerseits für die Recherche der Zielseite und andererseits für das Programmieren des Verweises auf der eigenen Website. Während die Recherche unterschiedlich teuer ist, verursacht das Programmieren wenig Aufwand.

Zusätzliche Kosten entstehen, wenn die Anwendung von Verknüpfungen aus rechtlichen Gründen eingeschränkt ist. Eine rechtliche Überprüfung wird notwendig. Unterlässt man sie, entstehen dennoch Kosten in Form eines Risikos, d.h. einer Wahrscheinlichkeit zur Zahlungspflicht eines höheren Betrages. Ist nach rechtlicher Überprüfung die Zulässigkeit der Verknüpfung unklar oder nicht vorhanden, sind drei Reaktionen möglich. Entweder wird der Verweis nicht gemacht, wodurch sämtliche Kosten bis zu diesem Punkt vergebens waren, oder der Verweis wird dennoch gemacht unter Inkaufnahme eines Risikos. Nach der dritten Möglichkeit setzen sich die betroffenen Parteien in Verbindung und versuchen sich vertraglich über die Festlegung einer Verknüpfung zu einigen. Daraus entstehen Transaktionskosten für die Suche des Geschäftspartners, die Verhandlung und die Durchsetzung des Vertrages⁴³.

Rechtliche Beschränkungen erhöhen damit den Preis jeder Verknüpfung. Während Websites, die ein grosses Publikum bedienen, sich diesen Preis leisten können, lohnt sich

⁴³ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 650, 653.

für Seiten mit wenigen Besuchern eine Verknüpfung oftmals nicht mehr. Auch den Betreibern von privaten Websites entstehen dadurch Aufwendungen, die sie kaum zu tragen gewillt sind.

Die rechtliche Beschränkung von Verknüpfungen hat einen Rückgang derselben zur Folge. Einerseits verschwindet der grösste Teil der widerrechtlichen Verknüpfungen. Andererseits werden zahlreiche zulässige Verknüpfungen aufgegeben oder gar nicht erst festgelegt, weil für viele Seitenbetreiber die Kosten für rechtliche Abklärung, für das Tragen des Risikos der Widerrechtlichkeit oder für Vertragsverhandlungen mit den Betreibern der verwiesenen Websites zu hoch sind.

Natürlich können mit Hilfe von Informationstechnologie und insbesondere dem Internet die Transaktionskosten der Vertragsverhandlungen gesenkt werden. Dazu ist aber zunächst eine weiträumige Implementation von Standards sowie von Software zur automatisierten Verhandlung von Verträgen notwendig. Zum gegebenen Zeitpunkt wie auch mittelfristig ist eine ausreichende Automatisierung bei Vertragsverhandlungen für Verknüpfungen zwischen Websites jedoch nicht ersichtlich. Zudem entstehen selbst bei automatisierter Verhandlung und Abwicklung aufgrund der Vielzahl von Verträgen über Verknüpfungen hohe gesamtwirtschaftliche Kosten⁴⁴.

2. Verknüpfungsregelung und Seitenimpressionen

Die Regulierung von Verknüpfungen beeinflusst Auftreten und Verhalten der Besucher. Sie hat damit Auswirkungen auf die Anzahl Seitenimpressionen, die der Betreiber einer Website verzeichnen kann.

Eine Website erhält dank Verknüpfungen durch andere Websites spontane Besucher, d.h. Nutzer, die erst aufgrund der Verknüpfung auf die Website aufmerksam gemacht wurden. Davon profitiert nicht nur der Betreiber der Website, der einen zusätzlichen Besucher gewinnt, sondern auch der Nutzer selbst, wenn er dadurch eine relevante Informationsquelle findet. Diese allseitige Verbesserung der Lage kann grundsätzlich jede Verknüpfung von Websites herbeiführen. Sie findet um so häufiger statt, je mehr Verknüpfungen überhaupt verschiedene Websites verbinden. Die absolute Anzahl von Verknüpfungen hängt dabei stark von einer allfälligen rechtlichen Beschränkung und den damit ausgelösten Kosten für das Setzen einer Verknüpfung ab.

⁴⁴ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 641.

Verknüpfungen haben aber auch eine Wirkung auf den Konsum von Websites, die der Nutzer bereits kennt. Sie ermöglichen ein direktes Herunterladen einer bestimmten Seite oder Teilen davon. Der Nutzer navigiert damit zwar einfacher und komfortabler durchs Internet. Jedoch sinken die Einnahmen des Seitenbetreibers, weil der Besucher aus der Fülle des Gesamtangebotes nur isolierte Websites zur Kenntnis nimmt, ohne sich zuvor durch andere Seiten mit Werbung hindurchzuklicken. Eine weitreichende rechtliche Beschränkung von Verknüpfungen verhindert solche Direktzugriffe. Der Seitenbetreiber erhält die Möglichkeit, den Ablauf eines Besuchs auf seiner Website zu seinen Gunsten mitzubestimmen.

Aus Sicht der Seitenbetreiber hat sowohl die rechtliche Beschränkung wie auch die Freiheit der Verknüpfung jeweils eine positive und eine negative Wirkung auf die Anzahl zur Kenntnis genommener Internet-Seiten und damit auf die Werbeeinnahmen. Welche Regelung unter dem Strich die beste ist, hängt vom Blickwinkel des jeweiligen Seitenbetreibers ab. Der Nutzer zieht grundsätzlich Vorteile aus Verknüpfungen, sofern diese keine Täuschung verursachen. Grob lassen sich drei Interessengruppen unterscheiden: Die Betreiber umfangreicher Websites, die Betreiber kleiner Websites und die Nutzer. Nachfolgend werden die betreffenden Interessen dargelegt.

3. Die Interessen der Betroffenen

3.1 Interessen der Betreiber umfangreicher Websites

Betreiber von umfangreichen und prominenten Websites haben ein Interesse an einer möglichst weitgehenden Beschränkung von Verknüpfungen zwischen Websites unterschiedlicher Betreiber. Mit ihrem reichhaltigen und komplexen Internet-Angebot können sie die Besucher für lange Zeit binden. Eine Vorauswahl durch Verknüpfungen eines Dritten und das daraus folgende Rosinenpicken der Nutzer führt zu einem Rückgang der Seitenimpressionen und damit zu sinkendem Werbeumsatz. Die Bekanntheit der Website bzw. des dahinterstehenden Betreibers führt zudem dazu, dass die meisten Nutzer um die Existenz der Website wissen. Verknüpfungen bringen deshalb nur selten zusätzliche Besucher.

Die Betreiber umfangreicher Websites haben aber auch erhöhte Kosten zu tragen, wenn sie beim Setzen von Verknüpfungen wegen rechtlicher Beschränkungen Abklärungen oder Vertragsverhandlungen durchführen oder Risiken tragen müssen. Sie verfügen jedoch in der Regel über ausreichende finanzielle Mittel. Zudem kann der Betreiber einer umfangreichen Website mit der angebotenen Verknüpfung zahlreiche Nutzer bedienen,

weshalb die auftretenden Kosten leichter mit später eintretenden Werbeeinnahmen gedeckt werden können. Insofern verschaffen rechtliche Beschränkungen von Verknüpfungen den Betreibern umfangreicher Websites einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren kleineren Mitbewerbern.

3.2 Interessen der Betreiber kleiner Websites

Betreiber kleiner Websites, insbesondere Privatpersonen, haben ein Interesse an der möglichst weitgehenden Zulässigkeit von Verknüpfungen. Unter diesen Umständen finden Verknüpfungen von Websites allgemein häufiger statt. Alle Websites, auch die kleinen, werden dadurch öfters zum Gegenstand eines Hinweises und erlangen zusätzliche Besucher⁴⁵. Aufgrund der geringen Bekanntheit kleiner Websites werden bei der Verknüpfung von hierarchisch tieferliegenden Websites oder Teilen davon kaum Seitenimpressionen gegenüber Stammkunden, die nun die Website selektiver betrachten könnten, karnibalisiert. Dazu müssten die Stammkunden den spezifischen Verweis erstens entdecken und zweitens in seiner Spezifikation wertschätzen. Und selbst wenn beides zutrifft, lässt sich der üblicherweise kurze Aufenthalt auf kleinen Websites nur noch geringfügig minimieren.

Für den Seitenbetreiber ist die rechtliche Regelung betreffend Verknüpfungen auch für das eigene Setzen von Hinweisen bedeutend. Rechtliche Einschränkungen der Verknüpfungen haben Kosten zur Folge für rechtliche Abklärungen, Risikodeckung und Vertragsverhandlungen über Verknüpfungen. Diese Ausgaben kann sich ein kleiner Seitenbetreiber oftmals gar nicht leisten, und wegen den üblicherweise kleinen Besucherzahlen lohnen sie sich auch nicht.

3.3 Interessen der Nutzer insbesondere an tiefen Transaktionskosten

Die Nutzer haben gleichsam Interesse an den beschränkten wie auch an den unbeschränkten Möglichkeiten der Verknüpfung von Websites oder Teilen davon.

Aus Verbrauchersicht sind Links, Frames usw. wünschenswert, weil sie das Navigieren im Internet erleichtern und damit die Suchkosten senken⁴⁶. Der Zugang zu Produkte-

⁴⁵ Nach O'Rourke (Fencing Cyberspace), 652, würde eine rechtliche Beschränkung von Links für kleine Internet-Seiten eine Marktzutrittsbarriere darstellen.

⁴⁶ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 685.

informationen aus verschiedenen Quellen wird vereinfacht⁴⁷. Verbraucher erkennen schneller, ob sie ihre Bedürfnisse mit Erwerb einer bestimmten Leistung befriedigen können, und wo sie die Leistung zu welchen Bedingungen erhalten. Suchkosten fallen aber nicht nur im Zusammenhang mit dem Erwerb von Leistungen an. Auch die Suche nach Informationen in den Bereichen Nachrichten, Wissenschaft, Kunst und Unterhaltung verursacht Kosten in Form von Zeitaufwand. Hilfreich sind deshalb insbesondere Websites, die Themen aufbereiten, indem sie dem Nutzer direkte Verbindungen zu Beiträgen verschiedener Quellen zur Verfügung stellen. Dank solchen Verknüpfungen gelangt der Nutzer bisweilen zu Informationen, die er sonst gar nicht zur Kenntnis genommen hätte.

Daneben teilt der Nutzer Freude und Leid der Seitenbetreiber. Verzeichnen diese viele Seitenimpressionen, steigen die Werbeeinnahmen, woraus sich finanzielle Mittel für Angebotsausbau und qualitative Verbesserung ergeben. Eine starke rechtliche Beschränkung von Verknüpfungen führt zu mehr Seitenimpressionen bei den umfangreichen Websites. Diese können mehr Werbeumsatz erzielen, worauf der Nutzer mit einer besseren Leistung rechnen kann. Gleichzeitig leiden darunter jedoch die kleinen Websites und mit ihnen deren Nutzer. Rechtlich geringfügig beschränkte Verknüpfungen haben das umgekehrte Ergebnis zur Folge.

Im Ergebnis hat der Nutzer nach der hier vertretenen Auffassung ein stärkeres Interesse an der freien Verknüpfung. Die verminderten Suchkosten und die Stärkung kleiner Seiten überwiegen den indirekten Verlust über den Rückgang von Werbeumsatz bei den Betreibern umfangreicher Websites.

⁴⁷ Tsilas (Linking and Framing), 88. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang der Konflikt zwischen Universal Studios und der Internet-Seite Movie-List.com. Letztere stellte Informationen zu neuen Filmen zur Verfügung und plazierte zudem Links, mit denen Filmsequenzen direkt von Servern der Universal Studios heruntergeladen werden konnten, vgl. <<http://www.movie-list.com/universal.html>>.

D. Technische Mittel

Ein Seitenbetreiber kann sich mit verschiedenen technischen Mitteln gegen Verknüpfungen mit anderen Websites wehren⁴⁸. Mit den gegebenen Möglichkeiten erlangt er aber nicht die vollständige Kontrolle darüber, mit wem und auf welcher Ebene seine Website oder Teile davon verknüpft werden.

Eine erste technische Massnahme ist die Änderung des URL der Website, zu der eine fremde Website eine unerwünschte Verknüpfung erstellt hat⁴⁹. Diese versagt darauf ihren Dienst, weil sie nicht mehr zum gesuchten Inhalt führt. Sie muss erst wieder an den neuen Ziel-URL angepasst werden. An dieser Vorgehensweise ist nachteilig, dass gleichzeitig erwünschte und unerwünschte Verknüpfungen von der Veränderung des URL betroffen sind⁵⁰. Einige Seitenbetreiber geben einem grossen Teil ihrer tieferliegenden Websites sich stets ändernde, sog. dynamische URL⁵¹. Der Nutzer gelangt dann über die Einstiegsseite zu Internet-Seiten, deren URL eigens für ihn geschaffen wurden. Grund für diese Vorgehensweise ist aber nicht etwa die Angst vor unerwünschten Verknüpfungen, sondern die damit verbundene Möglichkeit zum gezielten Marketing.

Weiter kann man durch Vorkehrungen im eigenen Quellcode Verknüpfungen von bestimmten anderen Websites blockieren⁵². Die Website mit der Verknüpfung kann diese Schutzmassnahme jedoch umgehen, indem sie sich als eine andere Seite ausgibt.

Ein Passwort-Schutz einzelner Seiten verhindert deren Verknüpfung ebenfalls⁵³. Er erschwert jedoch sowohl erwünschte wie unerwünschte Verweise anderer Websites gleichermassen und kompliziert den Gebrauch eines derart geschützten Internet-Angebots.

⁴⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 645 ff., 654; Chan (Internet Framing), 610; Roarty (Argument), 1057; Morris (Hyperlinking and Framing), 286; Gomez (Washington Post), 30.

⁴⁹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 645; Gatewood (Web Links), Rz. 60. Solche Änderungen lassen sich manuell oder automatisiert durchführen.

⁵⁰ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 647.

⁵¹ Beim Besuch der E-commerce Website „Amazon.com“ kann man diese Vorgehensweise an den URL erkennen.

⁵² Jakab (Link Liability), 33; Morris (Hyperlinking and Framing), 286; Tsilas (Linking and Framing), 89. Nach O'Rourke (Fencing Cyberspace), 646, hat Ticketmaster sich in dieser Weise gegen Seattle Sidewalk gewehrt (Vgl. den Sachverhalt dazu weiter vorne, VII.A.1., S. 263). Technische Details: Fraser, Alistair B.: A Bozo Filter for a Web Page; <<http://fraser.cc/utilities/Bozo/Bozo.html>>.

⁵³ Chan (Internet Framing), 610; Morris (Hyperlinking and Framing), 286.

Um nicht Gegenstand eines Frames zu werden, können dem Quellcode einer Website entsprechende Befehle eingegeben werden⁵⁴. Deren tatsächliche Wirkung hängt jedoch von Typ und Alter des Browserprogramms des jeweiligen Nutzers ab⁵⁵. Ein Quellcode kann auch das Framen der betreffenden Website zulassen, beim Anklicken eines darauf liegenden Links aber die Öffnung der vollen Seite in einem neuen Browserfenster vorsehen⁵⁶.

Der Seitenbetreiber besitzt auch Möglichkeiten, um Verweisen von *Suchmaschinen* zu begegnen. Indem er keine Meta Tags wählt, wird er von einigen Suchmaschinen nicht erfasst⁵⁷. Darüber hinaus kann er die Agenten der Suchmaschinen, sog. „Spider“, blockieren⁵⁸. Benutzer von Links aus Suchmaschinen zu hierarchisch tief liegenden Websites (deep links), kann der Seitenbetreiber auf die Homepage umleiten⁵⁹. Mit Hilfe von „Cookies“⁶⁰ kann der Seitenbetreiber feststellen, ob der einzelne Nutzer bereits auf der Homepage war oder ob er dahin umgeleitet werden soll⁶¹.

Technischen Vorkehrungen gegen unerwünschte Verknüpfungen haben aber mindestens drei Nachteile⁶². Erstens kann der Betreiber einer Website Verknüpfungen dahin zumeist nur unspezifisch abwehren, d.h. er behindert entweder alle oder keine Verknüpfungen zu ihm. Zweitens verursachen technische Vorkehrungen Kosten beim Seitenbetreiber und bisweilen auch beim Nutzer in Form von komplizierterer Programmierung bzw. Benutzung. Und drittens werden technische Vorkehrungen immer wieder umgangen, woraus ein unnötiges „Wettrüsten“ zwischen den betroffenen Seitenbetreibern entsteht, was gesamtwirtschaftliche Kosten nach sich zieht.

⁵⁴ Chan (Internet Framing), 610.

⁵⁵ Engelfriet/Pozadzides/McGrew, 9.7.

⁵⁶ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 646, m.H.a. die Klageschrift in *Washington Post Co. v. Total News, Inc.*, 97 Civ. 1190 (PKL), 37(a) (S.D.N.Y. filed Feb. 28, 1997).

⁵⁷ Tsilas (Linking and Framing), 88 f., m.w.H. Zu den Meta Tags, vgl. weiter hinten, VIII.A. (S. 317 ff.).

⁵⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 646.

⁵⁹ Tsilas (Linking and Framing), 88 f., m.H.a. Rosenberg, Scott: More on „deep links“, *journalists and IPOs*, Salon.com, August 18, 1999; <http://www.salon.com/tech/col/rose/1999/08/18/more_links/index.html>.

⁶⁰ „Cookies“ sind kleine Dateien auf der eigenen Festplatte, die Angaben über das Verhalten des Nutzers auf dem Internet sammeln und diese Angaben an die Website zurücksenden, die das Cookie einstmals installierte. Das Setzen von Cookies lässt sich zumindest bei den zwei gängigen Browserprogrammen durch entsprechende Befehle verhindern. Weitere Informationen zu Cookies findet man unter <<http://www.cookiecentral.com/>>.

⁶¹ Tsilas (Linking and Framing), 89.

⁶² O'Rourke (Fencing Cyberspace), 647.

E. Rechtslage in den USA

1. Übersicht

Das Recht der Vereinigten Staaten kennt zwei Regelungsmechanismen für die untersuchte Problematik. Das sind zum einen der Leistungsschutz, der in den USA „Misappropriation“ genannt wird, und zum anderen der Täuschungsschutz.

Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, weshalb das Urheberrecht auf die untersuchte Problematik keine Anwendung findet. Danach wird der Leistungsschutz in den USA aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet. Dargestellt werden sein Hintergrund, sein Regelungsmechanismus, sein Verhältnis zum Immaterialgüterrecht und seine Wirkung bei Verknüpfungen im Internet.

Eine Täuschungsgefahr wegen einer Verknüpfung von Websites liegt vor, wenn die Nutzer Gefahr laufen, zwischen den beteiligten Seitenbetreibern eine geschäftliche Verbindung anzunehmen. Der Darstellung des Täuschungsschutzes folgen kurze Hinweise zur Anwendbarkeit von Regeln zum Verwässerungsschutz.

2. Keine Anwendbarkeit des Urheberrechts

Links und Frames sind nach vorherrschender Ansicht in der U.S.-Literatur unter dem Gesichtspunkt des Urheberrechts nicht zu beanstanden⁶³. Auch die Rechtsprechung deutet eine entsprechende Haltung an, wenn sie einen auf das Urheberrecht gestützten Antrag auf eine vorsorgliche Massnahme gegen das Setzen von Links abweist, die direkt auf eine hierarchisch tieferliegende Seite eines Internet-Angebots (deep link) führen⁶⁴. Der Seitenbetreiber, der mit Links oder Frames fremde Inhalte in sein Angebot einbe-

⁶³ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 655 ff., 670. Nach Roarty (Argument), 1050 ff., wird mit Framing das Vervielfältigungsrecht (reproduction right) des Urhebers nicht berührt, jedoch werde je nach Verwendungsart der Frames das Recht zur Ausstellung (display right) oder Verarbeitung (derivative works right) verletzt. Keine Verletzung von Urheberrechten sieht sie beim Setzen von Links, vgl. Roarty (Argument), 1037 (reproduction), 1041 (derivative works), 1043 (display right). Nach Tsilas (Linking and Framing), 93, wird die Verarbeitung im Zusammenhang mit Frames vom Nutzer ausgeführt, der durch die „fair use“-Doktrin geschützt sei. Seitenbetreiber mit dem Framing im Quellcode verletzen nach dieser Ansicht weder das Recht zur Weiterverarbeitung noch irgendwelche andere Urheberrechte. Nach Bond (Linking and Framing), 219 f., verletzen Deep Links das Recht zur Weiterverarbeitung (derivative works) und Frames das Recht zur Ausstellung (display).

⁶⁴ Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc., 54 USPQ2d 1344, 1346 (C.D.Cal. 2000).

zieht, erstellt selber keine Kopien. Er weist lediglich durch den Quellcode die Browsersoftware des Nutzers an, bestimmte Inhalte von anderen Servern herunterzuladen und in einer bestimmten Anordnung darzustellen.

Denkbar wäre eine Verurteilung eines Seitenbetreibers wegen Beihilfe zum Kopieren urheberrechtlich geschützten Materials. Beihilfe ist jedoch nur widerrechtlich, wenn die Haupttat verboten ist⁶⁵.

Hauptverantwortlicher bei der untersuchten Problemstellung ist der Nutzer, der allgemein zugängliche Dateien zur Ansicht von Servern im Internet herunterkopiert⁶⁶. Seine Vorgehensweise ist aus zweierlei Gründen erlaubt. Erstens muss der Betreiber einer Website damit rechnen, dass seine Dateien von Nutzern zwecks Betrachtung temporär kopiert werden. Normalerweise ist eine möglichst breite Beachtung sogar sein Geschäftsziel. Deshalb geht man in den USA von einer impliziten Lizenz zur zeitweiligen Kopie aus, wenn urheberrechtlich geschütztes Material im Internet allgemein zugänglich ist⁶⁷. Zweitens gilt die Kopie einer Website zwecks Betrachtung durch den einzelnen Nutzer als „fair use“ und ist damit zulässig⁶⁸.

Weil der Nutzer mit dem Herunterladen der Websites demnach keine Urheberrechte verletzt, handelt auch nicht widerrechtlich, wer dazu Beihilfe leistet. Folglich ist die Verbreitung von Quellcodes, die durch Frames oder Links die Websites verschiedener Betreiber verbindet, keine Beihilfe zu einer Urheberrechtsverletzung⁶⁹. Die Kläger im Ticketmaster- und im TotalNews-Fall stützten sich deshalb gar nicht bzw. nur am Rande auf das Urheberrecht⁷⁰. In *Futuredontics* wurde das Gesuch um eine vorsorgliche Massnahme zwar urheberrechtlich begründet⁷¹. Das Gericht folgte jedoch der Argumentation des Antragstellers nicht⁷².

⁶⁵ Chan (Internet Framing), 606; Tsilas (Linking and Framing), 89 f.

⁶⁶ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 658.

⁶⁷ Sableman (Hyperlinks), 589 f.; Chan (Internet Framing), 606; Bond (Linking and Framing), 214. O'Rourke (Fencing Cyberspace), 662, erkennt eine implizite Lizenz für Links, jedoch nicht für Frames.

⁶⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 662, 669; Chan (Internet Framing), 606; Roarty (Argument), 1042 (Links), 1053 (Frames); Tsilas (Linking and Framing), 89, 93; Bond (Linking and Framing), 214.

⁶⁹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 670; Roarty (Argument), 1042 (Links), 1053 (Frames).

⁷⁰ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 636 (Ticketmaster); Keller (Misappropriation), 422 (TotalNews).

⁷¹ *Futuredontics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, 45 USPQ2d (BNA) 2005 (C.D.Cal. 1998).

⁷² Vgl. die Sachverhalte zu den erwähnten Fällen weiter vorne, VII.A.1. (S. 263 u. 266).

3. Leistungsschutz (Misappropriation)

3.1 Hintergrund

Die „Misappropriation“-Regel im U.S.-Common Law verbietet unter bestimmten Umständen in Abweichung von den Regeln des Immaterialgüterrechts die Übernahme einer fremden Leistung⁷³. Sie wird nicht in allen Einzelstaaten der USA als geltendes Recht anerkannt⁷⁴. Der Bund, obwohl kompetent, hat diesen Bereich nicht geregelt, was ein Teil der Staaten als qualifiziertes Schweigen und ein anderer Teil als Lücke auffasst⁷⁵. Anders als bei einem qualifizierten Schweigen dürfen Lücken im Bundesrecht mit einzelstaatlichem Common Law ergänzt werden. Common Law hat gegenüber dem Gesetzesrecht den Vorteil, dass es sich schneller an neue Gegebenheiten anpasst. Seine Anwendung auf Sachverhalte mit Verknüpfungen im Internet zu prüfen, ist deshalb sinnvoll⁷⁶.

Das Misappropriation-Verbot nahm seinen Ursprung in einem Urteil des Supreme Court aus dem Jahre 1918⁷⁷ und wurde danach sukzessive weiterentwickelt⁷⁸. Der jüngste beachtenswerte Entscheid zum Misappropriation-Verbot stammt aus dem Jahre 1997⁷⁹ und wird in der U.S.-Literatur bei der juristischen Betrachtung von Linking und Framing oft hinzugezogen⁸⁰. Ebenso weisen auch Kläger in Streitigkeiten um Verknüpfungen im Internet gerne auf das Common Law-Verbot der Misappropriation hin⁸¹.

⁷³ McCarthy (Unfair Competition), 10-90 (§ 10:47).

⁷⁴ Vollständig entwickelt und anerkannt ist sie sogar nur im Staate New York, vgl. Keller (Misappropriation), 405.

⁷⁵ McCarthy (Unfair Competition), 10-90 f. (§ 10:47).

⁷⁶ Keller (Misappropriation), 404.

⁷⁷ International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215; Gomez (Washington Post), 24.

⁷⁸ McCarthy (Unfair Competition), 10-98 ff. (§10:53 ff.), nennt vier Phasen, die jeweils durch einschlägige Entscheide oder durch Gesetzgebung geprägt wurden.

⁷⁹ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

⁸⁰ Z.B. bei Keller (Misappropriation), 412 ff.; O'Rourke (Fencing Cyberspace), 698 ff.; Morris (Hyperlinking and Framing), 273 ff.

⁸¹ Morris (Hyperlinking and Framing), 253, mit Hinweisen.

3.2 Regelungsmechanismus

Als Common Law lässt sich der Regelungsmechanismus des Misappropriation-Verbots am besten anhand von konkreten Gerichtsurteilen erläutern. Hinzugezogen werden der erste und ein jüngerer Entscheid dazu.

*International News Service v. The Associated Press*⁸²

Die Nachrichtenagentur Associated Press (AP) sammelte unter Kostenaufwand Meldungen über den ersten Weltkrieg in Europa und verkaufte diese an zahlreiche Zeitungen in den USA⁸³. International News Service (INS) war ebenfalls eine Nachrichtenagentur in den USA, die jedoch selber keine Informationen direkt in Europa besorgte. Um eigene Kunden an der Westküste dennoch mit Nachrichten zum ersten Weltkrieg bedienen zu können, kaufte INS an der Ostküste Zeitungen mit AP-Nachrichten, formulierte eigene Depeschen und sandte diese per Telegramm zur Westküste. Die dort ansässigen Kunden von INS erhielten dadurch die Nachrichten zum ersten Weltkrieg gleichzeitig oder bisweilen noch schneller die Kunden von AP.

Der Supreme Court verbot als letzte Instanz diese Vorgehensweise von INS. Er entwickelte dazu einen neuen Tatbestand von „unfair competition“⁸⁴: Trotz mangelndem Schutz der AP-Nachrichten durch das Immaterialgüterrecht müsse INS von der Übernahme absehen, bis die Nachrichten aufgrund schwindender Aktualität an Wert verloren hätten. AP habe Investitionen getätigt, deren Ertrag ihr zustehe. Wenn INS die Nachrichten in der streitbaren Weise übernehme, ernte er, wo er nicht gesät habe⁸⁵.

*National Basketball Association v. Motorola, Inc.*⁸⁶

Die National Basketball Association (NBA) klagte gegen Motorola, weil diese kleine, mobile Geräte herstellte und verkaufte, mit denen man aktuelle Daten über Basketballspiele empfangen konnte. Motorola bezog diese Daten von einem dritten Unternehmen⁸⁷, dessen Mitarbeiter die Spiele über den Fernseher oder über das Radio verfolgten⁸⁸.

⁸² *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

⁸³ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 238 f. (1918).

⁸⁴ *McCarthy (Unfair Competition)*, 10-92 (§ 10:48).

⁸⁵ *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 241 (1918).

⁸⁶ *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

⁸⁷ *Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc. (STATS)*.

⁸⁸ *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 844 (2d Cir. 1997).

Die NBA machte geltend, Motorola begehe eine Misappropriation, wenn sie aktuelle Resultate übernehme. Die Klage wurde abgewiesen. Das Gericht entwickelte dabei in Anlehnung an *International News Service* von 1918 fünf Voraussetzungen für das Vorliegen von Misappropriation⁸⁹:

Der Kläger hat erstens unter Kostenaufwand Informationen gesammelt. Diese Informationen sind zweitens zeitsensitiv, d.h. ihr Wert sinkt mit der Zeit. Drittens fährt der Beklagte mit dem Gebrauch der Information auf den Aufwendungen des Klägers Trittbrett. Viertens steht die Leistung, welche der Beklagte im Zusammenhang mit der Information anbietet, in direkter Konkurrenz mit dem Angebot des Klägers. Und fünftens wird der Anreiz des Klägers zum Aufbereiten der Information durch einen oder mehrere Trittbrettfahrer dermassen vermindert, dass die Produktion der Information aufgegeben oder deren Qualität merklich schlechter zu werden droht.

Weiter wies das Gericht in *Motorola* in seinen Erläuterungen zu *International News Service* darauf hin, dass es damals nicht um Geschäftsethik ging⁹⁰. Vielmehr strebe besagter Entscheid den Schutz von schnellebiger Information an, damit diese von der Privatwirtschaft überhaupt produziert werde. Ohne solchen Schutz würden Trittbrettfahrer die aktuellen Informationen einfach übernehmen und billiger anbieten, weil sie keine Beschaffungskosten zu decken hätten. Zur Beschaffung aktueller Nachrichten gäbe es gar keinen Anreiz mehr.

Nach Feststellung des Gerichts fährt die beklagte Motorola nicht auf der Leistung der NBA Trittbrett⁹¹. Motorola sammelt über ihre Vertragspartner auf eigene Kosten Informationen zu Tatsachen, welche sich in NBA-Basketballspielen zutragen.

3.3 Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (Preemption)

Die jeweils einzelstaatliche Misappropriation-Regel erfordert eine Abgrenzung v.a. zum Urheberrecht des Bundes⁹². Der Supreme Court der USA entschied in den sog. „Sears-

⁸⁹ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 852 (2d Cir. 1997).

⁹⁰ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 853 (2d Cir. 1997).

⁹¹ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 854 (2d Cir. 1997).

⁹² *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215, insb. dissenting opinion Brandeis, 248 ff.; *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997); *Kregos v. Associated Press*, 3 F.3d 656, 666 (2d Cir. 1993); *McCarthy (Unfair Competition)*, 10-123 (§ 10:62); *Bernstein/Keller/Cunard*, 302.

Compro“-Urteilen⁹³, dass einzelstaatliches Common Law im Anwendungsbereich von Bundespatent- und -urheberrecht nicht greifen kann. Und nach § 301⁹⁴ des Urheberrechtsgesetzes⁹⁵, das als Bundeserlass das Misappropriation-Verbot derogiert, ist eine einzelstaatliche Regel hinfällig, wenn sie äquivalent ist zum Urheberrecht oder in den Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes eindringt⁹⁶.

Weder § 301 des Urheberrechtsgesetzes noch die Urteile in *Sears* und *Compro* konnten die Unsicherheit über den Geltungsbereich der einzelstaatlichen Misappropriation-Regel von 1918 vermindern⁹⁷.

Damit das Misappropriation-Verbot Anwendung findet, muss nach jüngerer Rechtsprechung eine Besonderheit im Sachverhalt den Fall aus dem ausschliesslichen Anwendungsbereich des Urheberrechts herauslösen⁹⁸. Ohne diese Besonderheit verbleibt der Sachverhalt im Regelungsbereich des Urheberrechts, welches keine Konkurrenz mit einzelstaatlichen Regeln duldet.

Eine solche Besonderheit ist beispielsweise die Schnellebigkeit gewisser Arten von Information. Kann eine bestimmte Information aufgrund mangelnder Originalität keinen urheberrechtlichen Schutz erlangen, verdient sie grundsätzlich auch keinen Schutz auf dem Umweg des Wettbewerbsrechts. Ist die betreffende Information jedoch sehr zeitsensitiv, können wettbewerbsrechtliche Erwägungen, die ausserhalb der Ziel- und Zwecksetzung des Urheberrechts stehen, einen Schutz rechtfertigen⁹⁹.

Weitere Besonderheiten, welche den Sachverhalt aus dem Spektrum des Urheberrechts herauslösen und damit dem Wettbewerbsrecht zugänglich machen, sind der Bruch

⁹³ *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964); *Compro Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (1964).

⁹⁴ 17 U.S.C.A. § 301 (a).

⁹⁵ Copyright Act of 1976.

⁹⁶ Gomez (Washington Post), 25.

⁹⁷ McCarthy (Unfair Competition), 10-103 ff. (§ 10:55 ff.).

⁹⁸ *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 848 ff. (2d Cir. 1997); *Kregos v. Associated Press*, 3 F.3d 656, 666 (2d Cir. 1993); *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 717 (2d Cir. 1992); Roarty (Argument), 1044; Gomez (Washington Post), 28.

⁹⁹ In *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 853 (2d Cir. 1997), werden die Folgen für den Wettbewerb aufgezeigt, wenn in *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918), die schnellebigen, aber urheberrechtlich an sich nicht schützbaeren Informationen über das Verbot der Misappropriation nicht geschützt worden wären. Danach wäre die Produktion solcher Informationen ausgeblieben.

von vertraulichen Beziehungen, das Nichterfüllen fiduziarischer Pflichten sowie die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen¹⁰⁰.

3.4 Anwendung auf das Internet

Zahlreiche U.S.-Autoren überprüfen Linking- und Framingsachverhalte unter dem Aspekt des Misappropriation-Verbots¹⁰¹. Die Vorgehensweise wird im folgenden anhand des TotalNews-Sachverhalts dargelegt¹⁰². Darin verknüpfte der beklagte Seitenbetreiber seine Website mit den Websites der Washington Post und weiteren bekannten Nachrichtenmedien, die im Internet aktuelle Informationen veröffentlichen. Technisch betrachtet, erfolgte die Verknüpfung mit Frames, d.h. die fremde Information erschien in einem Rahmen auf der Website des beklagten Seitenbetreibers¹⁰³.

Die Anwendbarkeit der Misappropriation-Regel hängt zunächst davon ab, ob der Sachverhalt eine Besonderheit aufweist, welche die Anwendung von Wettbewerbsrecht in Konkurrenz zum Urheberrecht rechtfertigt¹⁰⁴. Eine mögliche Besonderheit ist die Zeitsensitivität der Information, für die Schutz beansprucht wird¹⁰⁵.

Die Nachrichten der Washington Post sind zeitsensitiv¹⁰⁶. Sie beinhalten die neuesten Entwicklungen im In- und Ausland. Die Washington Post aktualisiert ihre Website mehr als 30 Mal pro Tag.

¹⁰⁰ Kregos v. Associated Press, 3 F.3d 656, 666 (2d Cir. 1993); Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 717 (2d Cir. 1992).

¹⁰¹ Anstelle vieler: Keller (Misappropriation), 401 ff.; Roarty (Argument), 1031 ff.

¹⁰² Anwendungsbeispiel nach Roarty (Argument), 1056 f., und Gomez (Washington Post), 28 ff.

¹⁰³ Vgl. die Darstellung des Sachverhalts bereits weiter vorne, VII.A.1. (S. 266).

¹⁰⁴ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 848 ff. (2d Cir. 1997); Kregos v. Associated Press, 3 F.3d 656, 666 (2d Cir. 1993); Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, 717 (2d Cir. 1992).

¹⁰⁵ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 853 (2d Cir. 1997).

¹⁰⁶ Gomez (Washington Post), 29. Danach bleibt dennoch unklar, wie oft und zu welchem Anteil eine Website auf den neuesten Stand gestellt werden muss, um als zeitsensitiv zu gelten. Roarty (Argument), 1044 ff., erkennt Zeitsensitivität im TotalNews- (1057) sowie im Shetland-Fall (1044), nicht jedoch im Sachverhalt, wo es um die Dilbert Comic Figur ging (1050) (vgl. zu diesen Sachverhalten weiter vorne, VII.A.1., S. 266, 262 f. bzw. 265). Ihrer Ansicht nach ist die Zeitsensitivität überhaupt die bislang einzige erkennbare Besonderheit, welche eine Anwendung des Misappropriation-Verbots rechtfertige.

In *Motorola* werden für das Vorliegen von Misappropriation neben der Zeitsensitivität vier weitere Voraussetzungen genannt¹⁰⁷: (1) Der Kläger hat die Informationen unter Kostenaufwand gesammelt, (2) der Beklagte fährt durch den Gebrauch der Information auf den Aufwendungen des Klägers Trittbrett, (3) die Leistung des Beklagten steht mit jener des Klägers in Konkurrenz und (4) das Verhalten des Beklagten vermindert den Anreiz des Klägers zur Produktion der Information in gegebener Qualität.

Die Klägerin sammelte die Nachricht unter Kostenaufwand. Ebenso profitierte TotalNews durch das Plazieren eigener Werbung neben der fremden Information und den daraus erwirtschafteten eigenen Einkünften von den Aufwendungen der Washington Post¹⁰⁸. Die Angebote der Parteien standen in Konkurrenz zueinander. Beide Parteien richteten sich an Nutzer, die sich für aktuelle Nachrichten interessieren.

Unklar ist letztlich, ob durch das Verhalten von TotalNews die Produktion von aktuellen Nachrichten gefährdet oder deren Qualität stark verschlechtert wird. TotalNews konnte seine Werbefläche günstiger als die Washington Post und die übrigen Nachrichtenmedien anbieten, weil keine Kosten für die Aufbereitung der Nachrichten anfielen. Total News lenkte dadurch die Nachfrage nach Werbefläche auf sich, weshalb die Washington Post und die anderen Nachrichtenanbieter möglicherweise Umsatzeinbussen erlitten. Bei geringerem Umsatz haben die Nachrichtenanbieter weniger Mittel für die Nachrichtenbeschaffung zur Verfügung. Damit sinkt die Qualität der Nachrichten, oder deren Beschaffung wird im Extremfall gänzlich eingestellt. Offen bleibt das Ausmass dieses Effekts. In der U.S.-Lehre gehen die Meinungen darüber auseinander, ob durch das beschriebene Verhalten von TotalNews und die möglichen gesamtwirtschaftlichen Folgen die Nachrichtenbeschaffung in ihrer Qualität oder ihrem Bestand gefährdet wird¹⁰⁹.

¹⁰⁷ National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841, 852 (2d Cir. 1997).

¹⁰⁸ Keller (Misappropriation), 422, m.H.a. die Klageschrift in Washington Post Co. v. Total News, Inc., 97 Civ. 1190 (PKL), 39 (S.D.N.Y. filed Feb. 28, 1997). Nach Gomez (Washington Post), 29 f. liegt kein Fall von Trittbrettfahren vor, weil Total News keine fremde Leistung zur eigenen mache, sondern lediglich Nutzer zu bestimmten Websites im Internet führe.

¹⁰⁹ Keine Gefährdung sieht Morris (Hyperlinking and Framing), 274 f. Nach Gomez (Washington Post), 31, erleiden Nachrichtenanbieter zwar Einbussen beim Werbeumsatz aufgrund von Handlungen wie jener von TotalNews. Das Ausmass sei jedoch gering, weshalb die Produktion von Nachrichten nicht beeinträchtigt werde. Eine Gefährdung der Nachrichtenbeschaffung erkennt dagegen Roarty (Argument), 1054.

Damit bleibt unentschieden, ob der TotalNews-Sachverhalt alle Voraussetzungen in *Motorola* erfüllt¹¹⁰. Weil sich die Parteien aussergerichtlich einigten, liegt kein gerichtlicher Entscheid zu diesem Sachverhalt vor¹¹¹.

4. Schutz vor Verwechslungsgefahr

Das U.S.-amerikanische Recht verbietet das Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr in zweierlei Hinsicht. Erstens sind Vorkehrungen verboten, aufgrund derer ein Abnehmer die eine Leistung für eine andere halten könnte. Zweitens darf ein Anbieter keine geschäftliche Verbindung zu einem anderen Anbieter oder Hersteller vortäuschen. Rechtsgrundlage ist Sec. 43 (a) Lanham Act¹¹².

Bei Verknüpfungen von Websites wird eine Leistung nicht als eine andere ausgegeben¹¹³. Dargestellt wird eine Kombination von Informationen (Leistungen). Allenfalls vorhandene Quellenangaben sind korrekt. Der Nutzer wird darüber nicht irregeführt. Hingegen kann eine Verknüpfung unter Umständen den Eindruck einer geschäftlichen Verbindung unter den betroffenen Seitenbetreibern erwecken¹¹⁴.

Die Anwendung von Sec. 43 (a) Lanham Act ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft.

Zunächst muss die vorgetäuschte Verbindung zu einem individualisierbaren Anbieter führen. Ist der mutmassliche Partner nicht bezeichnet, so kann sich der Abnehmer auch

¹¹⁰ Frage offengelassen bei Sableman (Hyperlinks), 574 und Keller (Misappropriation), 422. Nach Roarty (Argument), 1057, sind alle fünf Voraussetzungen erfüllt. Clark (Unfair Competition), 1351, kommt zum selben Ergebnis, wendet aber nicht den Test aus *Motorola* an, sondern denjenigen aus *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918). Nach Morris (Hyperlinking and Framing), 274 f., konnte die Klägerin nicht darlegen, dass die letzte der fünf Voraussetzungen erfüllt sei. Nach Clark (Unfair Competition), 1351, verliert der Kläger den Anreiz zur Produktion von Nachrichten nur, wenn die Werbung aus der geframten Website entfernt wird. Nach Gomez (Washington Post), 29 f., ist das Kriterium des Trittbrettfahrens nicht erfüllt.

¹¹¹ Keller (Misappropriation), 422.

¹¹² 15 U.S.C.A. § 1127. Ist ein registriertes Kennzeichen betroffen, kann auch Sec. 32 (1) (a) Lanham Act (15 U.S.C.A. § 1114 (1) (a)) angewendet werden. Verboten ist nach Sec. 43 (a) Lanham Act eine Vorkehrung „(...) which (1) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, (...)“.

¹¹³ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 681 f., über den TotalNews-Fall.

¹¹⁴ Morris (Hyperlinking and Framing), 259 f.

keine geschäftliche Verbindung zwischen zwei Anbietern vorstellen. Mit Blick auf die Verknüpfungsproblematik ist erforderlich, dass im Frame oder auf der verlinkten Seite der dahinterstehende Seitenbetreiber direkt oder über ein Logo erkennbar ist. Bei Links ist die Kenntnissnahme auch durch den sich ändernden URL möglich.

Als zweite Voraussetzung hat die Täuschung im Geschäftsverkehr stattzufinden¹¹⁵. Die Website mit der Verknüpfung muss also entweder eine Leistung zum Kauf anbieten oder bewerben.

Drittens muss aufgrund der begrenzten Gesetzgebungskompetenz des Kongresses für die Anwendung von Sec. 43 (a) Lanham Act als Bundeserlass der zwischenstaatliche oder internationale Handel betroffen sein. Weil man davon bei einer Betätigung im Internet üblicherweise ausgeht¹¹⁶, ist diese Voraussetzung bei Streitigkeiten um Verknüpfungen von Websites erfüllt.

Und nach der vierten Voraussetzung hat die tatsächliche Gefahr vorzuliegen, dass die Abnehmer irrtümlich eine geschäftliche Verbindung zwischen den betroffenen zwei Unternehmen annehmen. Die Rechtsprechung hat Kriterien entwickelt, die bei der Prognose möglicher Verwechslungen von *Kennzeichen* hilfreich sind¹¹⁷. Dazu gehören die Kennzeichenkraft der älteren Bezeichnung, die sachliche Nähe der betroffenen Güter oder Dienstleistungen, die Ähnlichkeit der Kennzeichen, Hinweise auf tatsächlich erfolgte Verwechslungen, die Verkaufskanäle, Art, Qualität oder Preis der Güter oder Dienstleistungen und die damit zusammenhängende Aufmerksamkeit der Käufer, der Beweggrund sowie die Wahrscheinlichkeit, dass der Inhaber des älteren Kennzeichens in den sachlichen oder geographischen Markt mit dem jüngeren Kennzeichen eindringt. Die Liste ist nicht abschliessend¹¹⁸. Gerichte fügen bisweilen noch weitere Kriterien hinzu,

¹¹⁵ Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp., 55 F.Supp.2d 1070, 1073 (C.D.Cal. 1999). Nach Game Power Headquarters, Inc. v. Owens, 37 USPQ2d 1427, 1431 (E.D.Pa. 1995), genügt bereits der Gebrauch beispielsweise in einem Testmarkt. Vgl. auch McCarthy (Unfair Competition), 19-198 (§ 19:110).

¹¹⁶ In Juno Online Services, L.P. v. Juno Lighting, Inc., 979 F.Supp. 684, 691 (N.D.Ill. 1997), findet man die Bemerkung: „(...), the ‚use in commerce‘ requirement would only be fulfilled if defendant were to use the Internet.“

¹¹⁷ AMF Inc. v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341, 348 ff. (9th Cir. 1979). Man spricht von den sog. Sleekcraft-Kriterien, wobei diese Bezeichnung je nach Gerichtskreis unterschiedlich ist, vgl. Jews for Jesus v. Brodsky, 993 F.Supp. 282, 301 (D. N.J. 1998), worin von den „Scott Factors“ die Rede ist, oder Cardservice International, Inc. v. McGee, 950 F.Supp. 737, 740 (E.D.Va. 1997), worin m.H.a. Pizzeria Uno Corp. v. Temple, 747 F.2d 1522, 1527 (4th Cir. 1984), die „Pizzeria Uno Factors“ angewendet werden.

wie z.B. die Dauer, während der das jüngere Kennzeichen bereits ohne Verwechslungen mit dem älteren gebraucht wurde¹¹⁹.

Im Gegensatz zum klassischen Fall der Kennzeichenverwechslung lassen sich bei der untersuchten Problematik nicht zwei Zeichen mit je einer dazugehörigen Leistung vergleichen. Die aufgezählten Kriterien erfordern deshalb eine *Anpassung*, wenn die Gefahr einer falschen Vorstellung beim Publikum über *geschäftliche Verbindungen* aufgrund von Verknüpfungen im Internet untersucht wird¹²⁰. Die modifizierten Kriterien ermöglichen eine differenzierte Entscheidung im Einzelfall. Falsch wäre es, Verknüpfungen mit bestimmten Techniken per se als unzulässig zu betrachten¹²¹. Im folgenden werden die einzelnen Faktoren kurz untersucht.

Mit der Kennzeichenkraft geht die Bekanntheit des dahinterstehenden Unternehmens einher. Je bekannter ein Unternehmen ist, desto häufiger wird es Gegenstand einer Assoziation. Wird die Website eines bekannten Seitenbetreibers verknüpft, werden mehr Nutzer überhaupt merken, dass die zunächst besuchte Internet-Seite mit der Website eines weiteren Seitenbetreibers in Verbindung gebracht wird.

Weiter macht die Ähnlichkeit oder Gleichheit der Leistung im Angebot der zwei betroffenen Unternehmen die Annahme einer geschäftlichen Verbindung wahrscheinlicher. Das trifft auch zu, wenn sich die irrtümlich vermutete Verbindung in einer Verknüpfung der Websites manifestiert¹²².

Bei der Überprüfung von Kennzeichenverwechslung hat die Ähnlichkeit des jüngeren mit dem älteren Zeichen eine grosse Bedeutung. Werden Verknüpfungen im Internet auf den Anschein einer geschäftlichen Verbindung der dahinterstehenden Seitenbetreiber untersucht, spielt dieser Punkt eine geringfügige Rolle. Denn die Websites mit den Kennzeichen der betroffenen Seitenbetreiber erscheinen nebeneinander oder kurz nacheinander, weshalb bereits geringfügige Abweichungen eine Unterscheidung ermöglichen. Wichtiger ist in diesem Zusammenhang, in welcher Weise der beklagte Seitenbetreiber

¹¹⁸ AMF Inc. v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341, 348 (9th Cir. 1979).

¹¹⁹ Scott Paper Co. v. Scott's Liquid Gold, Inc., 589 F.2d 1225, 1229 (3d Cir. 1978).

¹²⁰ Der Gedankengang über die Anpassung der Prüfungskriterien entstammt einem Gespräch mit Prof. Mark A. Lemley an der University of California at Berkeley am 15.5.2000.

¹²¹ Tsilas (Linking and Framing), 94, betreffend Framing.

sich mit dem klägerischen Unternehmen auf dem Internet in Verbindung bringt. Anstelle der Zeichenähnlichkeit wird die Annäherung bzw. die Abgrenzung der verknüpfenden Website zur verknüpften geprüft.

Verschiedene Verknüpfungsweisen vermitteln einen unterschiedlichen Eindruck hinsichtlich der geschäftlichen Verbindung zwischen den Parteien. Ein Frame oder ein In-line Link mit Inhalten des Klägers auf der Website des Beklagten zeugt eher von einer geschäftlichen Verbindung als ein Link auf die Homepage des Klägers in Form eines unterstrichenen URL¹²³. Für eine klarere Abgrenzung sorgt auch die Sichtbarkeit des URL der verknüpften Website, weil eine eigenständige Internet-Seite in der Regel allein über einen Domain Namen verfügt¹²⁴. Von Websites innerhalb eines Frames findet man den URL nur unter Anwendung eines zusätzlichen Befehls heraus, weshalb der Nutzer im Regelfall davon keine Kenntnis nehmen wird¹²⁵. Bedeutend ist weiter der Umgang mit klägerischen Logos. Im TotalNews-Fall beanstandeten die Kläger, die Beklagte täusche durch den Gebrauch der klägerischen Logos als Links eine Geschäftsverbindung vor¹²⁶.

Weitere Hinweise für die Gefahr einer fälschlichen Annahme über eine geschäftliche Verbindung der Parteien sind diesbezüglich bereits aufgetretene tatsächliche Irrtümer. Daneben weist auch die Täuschungsabsicht des Beklagten auf das Vorliegen einer Gefahr einer falschen Annahme beim Publikum hin. Sowohl Absicht als auch bereits eingetretene Irrtümer werfen mit Blick auf die Beurteilung von Verknüpfungen im Internet keine

¹²² Nach Tsilas (Linking and Framing), 94, ist für den Verbraucher unklar, welcher Quelle die Werbung auf einer Website mit Frames entstammt. Diese Unklarheit entstehe insbesondere, weil in Fällen von Framing die Parteien oftmals eine ähnliche Leistung anbieten würden. Er weist auf BellSouth Adver. & Publ'g Corp. v. Real Color Pages, Inc., 792 F.Supp. 775 (M.D. Fla. 1991), hin.

besonderen Fragen auf¹²⁷. Dasselbe gilt für das Kriterium, wonach eine geschäftliche Verbindung eher vermutet wird, wenn grundsätzlich mit einer Ausweitung der klägerischen Tätigkeit ins sachliche oder geographische Gebiet der Beklagten zu rechnen ist.

Weiter ist die Verwendung gleicher Vertriebskanäle durch die Streitparteien Hinweis für eine geschäftliche Verbindung. Die Vertriebskanäle sind in Fällen der Verknüpfung von Websites zumindest teilweise die gleichen, benutzen doch Kläger und Beklagter das Internet.

Aufmerksamkeit und Vorwissen der Nutzer sind wichtige Kriterien bei der Beurteilung der Gefahr einer Täuschung über die geschäftlichen Verbindungen unter den Parteien. Inwieweit sind die Nutzer mit den Darstellungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten des Internets vertraut? Die Meinungen zu Vorwissen und Auffassungsgabe von Internet-Nutzern gehen auseinander. Einerseits wird von den Nutzern Kenntnis darüber erwartet, dass der Seitenbetreiber der linkenden Seite keinen Einfluss auf die Qualität der gelinkten Seite hat¹²⁸. Andererseits wird vorgebracht, der durchschnittliche Nutzer vermute eine geschäftliche Verbindung, wenn er durch einen Link von der einen Website direkt auf eine hierarchisch tiefliegende Website eines anderen Anbieters gelange¹²⁹.

Beachtenswert ist zunächst die Neuartigkeit des Internets. Die Nutzer erweitern ihr Wissen über die verschiedenen Darstellungsmöglichkeiten im Internet im Verlaufe der Zeit und mit zunehmenden Gebrauch¹³⁰. Darüber hinaus wird im Einzelfall die Aufmerksamkeit des Nutzers geschärft, wenn er zur Verbindung zweier Websites einen eigenen Beitrag leistet. Betätigt der Nutzer selbst einen Link, bemerkt er den Wechsel zu einem weiteren Anbieter¹³¹. Dagegen glaubt er sich eher noch auf der gleichen Website, wenn Inhalte anderer Seitenbetreiber nur als Bild oder unsichtbares Frame dargestellt sind. Und selbst wenn wegen der Sichtbarkeit eines Kennzeichens die zusätzliche

¹²³ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 679 ff., schlägt vor, bei der Frage nach der zulässigen Darstellungsart von Links auf geschäftlich nicht verbundene Dritte den Test aus *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992), anzuwenden. Danach ist die Zulässigkeit der Verwendung des Kennzeichens eines Dritten zur Bezeichnung der Produkte dieses Dritten von drei Voraussetzungen abhängig. Erstens muss die Kennzeichnung zum unmittelbaren Erkennen des Produkts – an dieser Stelle die Website des Dritten – erforderlich sein. Zweitens darf nur soviel vom Kennzeichen verwendet werden, wie zur Identifizierung der Leistung notwendig ist. Und drittens darf derjenige, der das Kennzeichen verwendet, nichts tun, was eine Verbindung mit dem Kennzeicheninhaber vermuten lassen könnte. Diese Bedingungen sind nach O'Rourke (Fencing Cyberspace), 680, erfüllt, wenn als Link der URL selbst verwendet wird. Damit sei das Kennzeichenrecht des betroffenen Unternehmens weniger beeinträchtigt, als wenn man dessen Logo zum Link machen würde. *McCarthy (Unfair Competition)*, § 25:70, sowie *Clark (Unfair Competition)*, 1356, erachten die Verwendung von Logos als zulässig.

Informationsquelle erkennbar ist, bleibt dennoch ein Anschein von Zusammenarbeit der betroffenen Seitenbetreiber.

Die Gefahr einer Täuschung über geschäftliche Verbindungen zwischen den Betreibern verknüpfter Websites lässt sich mit klaren und deutlichen Disclaimern ausräumen¹³².

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass nach U.S.-amerikanischem Recht eine Verknüpfung im Internet grundsätzlich dazu geeignet ist, eine falsche Vorstellung über die geschäftlichen Verbindungen der betroffenen Seitenbetreiber zu vermitteln. Das tatsächliche Vorliegen einer Täuschungsgefahr hängt jedoch von den Umständen im Einzelfall ab. Aufgrund der Neuartigkeit des Phänomens ist dabei in erster Linie entscheidend, wie die Nutzer die verschiedenen Erscheinungsformen von Verknüpfungen im Internet auffassen.

5. Schutz vor Kennzeichenverwässerung (Dilution)

In den Klageschriften im Ticketmaster- und im TotalNews-Fall wurde geltend gemacht, die Links bzw. Frames würden die klägerischen Kennzeichen verwässern¹³³.

Verwässerung kennt vorrangig zwei Erscheinungsformen¹³⁴. Entweder wird das Kennzeichen in ein unschickliches Umfeld gesetzt, oder das beanstandete Verhalten mindert die Stärke der gedanklichen Verbindung zwischen dem Kennzeichen und der Leistung.

Im Ticketmaster-Fall argumentierte die klagende Ticketmaster Corp., sie benötige die Kontrolle über den Gebrauch ihres Kennzeichens, um dessen Kraft zu wahren¹³⁵. Unkontrollierte Verwendung wie jene durch Microsoft Corp. schwäche die Kennzeichenkraft.

¹²⁴ Morris (Hyperlinking and Framing), 260.

¹²⁵ Roarty (Argument), 1018.

¹²⁶ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 638.

¹²⁷ Nach O'Rourke (Fencing Cyberspace), 654, ist das Verwenden von Frames nicht aus sich selbst heraus boshaft. Zwar werde die Darstellung der klägerischen Information verändert, nicht jedoch der Inhalt als solcher.

¹²⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 679.

¹²⁹ Tontodonato (Deep Linking), 202, 210.

Als Folge sinke die Nachfrage nach der Werbefläche auf Ticketmaster¹³⁶. Ähnlich klangen die Vorbringen gegen TotalNews, wonach die unauthorisierte Verwendung fremder Kennzeichen deren Kraft vermindere¹³⁷.

In ihren knappen Ausführungen dazu verwirft die Lehre in den USA die Anwendung der Regeln zum Schutze von Kennzeichen vor Verwässerung bei der Beurteilung von Linking und Framing¹³⁸. Infolge Vergleichs haben Gerichte bei beiden Streitigkeiten keine Entscheide gefällt.

Dennoch ist eine künftige Anwendung der betrachteten Regeln im Zusammenhang mit Links und Frames nicht ausgeschlossen. Denkbar sind Situationen, in denen eine dieser Techniken zu einer Assoziation zwischen dem Kennzeichen und einem verwerflichen Inhalt führt¹³⁹. Schutz vor Verwässerung – daran sei kurz erinnert – geniessen nur berühmte Marken¹⁴⁰.

F. Rechtslage in der Schweiz

1. Fragestellung und Übersicht

Das Verknüpfen von Inhalten im Internet wird an dieser Stelle ausschliesslich unter dem Aspekt des UWG betrachtet, weil dieser Erlass Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist. Dass bei der Darstellung des U.S.-amerikanischen Rechts das Urheberrecht kurz betrachtet wurde¹⁴¹, steht dazu nicht im Widerspruch, sondern entspricht vielmehr der

¹³⁰ Sableman (Hyperlinks), 598; Chan (Internet Framing), 610. Nach Morris (Hyperlinking and Framing), 259 f., weiss der Nutzer, dass Links beliebige Websites verbinden. Der Nutzer werde deshalb dahinter kaum eine geschäftliche Verbindung zwischen den Betreibern der betroffenen Seiten vermuten.

¹³¹ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 634. Nach Gomez (Washington Post), 33, nimmt ein aktiver Nutzer des Internets von einem Link nicht an, die damit verbundene Seite werde vom gleichen Seitenbetreiber kontrolliert wie die Website mit dem Link.

¹³² Sableman (Hyperlinks), 592.

¹³³ Bond (Linking and Framing), 209, m.H.a. die Klageschrift in Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp., No. 97-3055 (C.D.Cal. filed May 9, 1997); O'Rourke (Fencing Cyberspace), 673, m.H.a. Washington Post Co. v. Total News, Inc., No. 97 Civ. 119 (PKL), 46-47 (S.D.N.Y. filed Feb. 28, 1997). Vgl. die Sachverhalte der erwähnten Fälle weiter vorne, VII.A.1. (S. 263 bzw. 266).

Vorgehensweise bei der Rechtsvergleichung¹⁴². Denn eine Verhaltenssteuerung, die das hiesige Recht mit dem UWG unternimmt, kann andernorts Aufgabe eines ganz anderen Regelungsmechanismus‘ sein.

Die Schweizer Lehre hat die Anwendbarkeit des Urheberrechts auf die Verknüpfungproblematik untersucht¹⁴³. Grundsätzlich erwartet man die Lösung jedoch im Wettbewerbsrecht¹⁴⁴.

Ebenfalls keine besonderen Fragen wirft nach der hier vertretenen Auffassung die Anwendung des Herabsetzungsverbots im UWG auf Verknüpfungssachverhalte auf, weshalb im Rahmen dieser Arbeit darauf nicht näher einzugehen ist¹⁴⁵. Schliesslich wird auch der gesamte Fragenkomplex über die Verantwortlichkeit für den verknüpften Inhalt ausgeklammert.

Untersucht werden an dieser Stelle die Gesichtspunkte des Leistungsschutzes und der Täuschung über geschäftliche Verbindungen der betroffenen Seitenbetreiber. Hierzu ist die Anwendbarkeit von Art. 5 lit. c sowie Art. 3 lit. d UWG auf Verknüpfungen im Internet zu überprüfen.

2. Leistungsschutz (Art. 5 lit. c UWG)

2.1 Einleitung

Der Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG verbietet die Übernahme und Verwertung eines marktreifen Arbeitsergebnisses als solches, wenn die Übernahme ohne angemessenen Aufwand und mit Hilfe eines technischen Reproduktionsverfahrens erfolgt. Die zahlreichen Tatbestandselemente der Bestimmung engen deren Anwendungsbereich ein¹⁴⁶. Im folgenden werden die Tatbestandselemente in Art. 5 lit. c UWG einzeln dargelegt und der untersuchten Verknüpfungs-Problematik gegenübergestellt.

¹³⁴ McCarthy (Unfair Competition), 24-115 (§ 24:68); Schwartz/Morfesi (Dilution), 45. Zwischenzeitlich wurde das Cybersquatting als dritte Form von Verwässerung anerkannt, McCarthy (Unfair Competition), 24-117 (§ 24:69.1), 25-153 (§ 25:77), m.H.a. Panavision Int’l, L.P. v. Toepfen, 141 F.3d 1316 (9th Cir. 1998). Vgl. dazu weiter vorne, V.D.2.5 (S. 136 ff.).

¹³⁵ Bond (Linking and Framing), 209, m.H.a. die Klageschrift in Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp., No. 97-3055 (C.D.Cal. filed May 9, 1997). Vgl. zum Sachverhalt weiter vorne, VII.A.1. (S. 263).

¹³⁶ Vgl. O’Rourke (Fencing Cyberspace), 672, m.H.a. Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp., No. 97-3055 DDP, 18 (C.D.Cal. filed May 9, 1997).

2.2 Konkurrenzverhältnis

Grundsätzlich erfordert das geltende UWG im Gegensatz zu seinem Vorgänger kein Konkurrenzverhältnis unter den Streitparteien¹⁴⁷. Art. 5 lit. c UWG bildet dazu eine Ausnahme, wie die grammatikalische und die teleologische Auslegung zeigen.

Die Anwendbarkeit der untersuchten Bestimmung setzt die Übernahme und Verwertung der fremden Leistung *als solche* voraus¹⁴⁸. Die Leistung des Ersthersellers muss dazu mehr oder weniger unverändert vom Zweitherseller übernommen und zu Markte getragen werden. Die Produkte der Streitparteien sind folglich in den wesentlichen Punkten gleich und austauschbar und dienen der Befriedigung derselben Bedürfnisse¹⁴⁹. Hinsichtlich der beanstandeten Produkte steht der Zweitproduzent deshalb gezwungenermassen in Konkurrenz zum Erstproduzenten, soll er den Tatbestand in Art. 5 lit. c UWG erfüllen.

Ziel und Zweck von Art. 5 lit. c UWG ist die Vermeidung eines Wettbewerbsvorteils eines Mitbewerbers durch Ausnutzung einer Leistung des Konkurrenten¹⁵⁰. Ohne das Verbot in Art. 5 lit. c UWG kann ein Zweitproduzent mit einer Übernahme Entwicklungskosten sparen, weshalb er dasselbe Produkt preisgünstiger oder mit höheren Margen als der Erstproduzent anbieten kann¹⁵¹. Bei tieferen Preisen wandert die Nachfrage zum Zweitproduzenten. Der Erstproduzent verliert wegen der Leistungsübernahme und den damit verbundenen Konsequenzen für ihn auf dem Markt den Anreiz zur Produktion¹⁵². Weil es jedem Erstproduzenten so ergeht, wird die betreffende Leistung letztlich gar nicht mehr hergestellt, was einen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsverlust bedeutet.

Der beschriebene Mechanismus bleibt jedoch aus, wenn der Übernehmer ein Produkt herstellt, das nicht in Konkurrenz steht mit dem Produkt des Ersthersellers. Dieser bleibt unbehelligt und hat unverminderten Anreiz zur Produktion. Gesamtwirtschaftlich sind

¹³⁷ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 673, m.H.a. *Washington Post Co. v. Total News, Inc.*, No. 97 Civ. 119 (PKL), 46-47 (S.D.N.Y. filed Feb. 28, 1997).

¹³⁸ O'Rourke (Fencing Cyberspace), 676. Frage offengelassen bei Bond (Linking and Framing), 209.

¹³⁹ Sableman (Hyperlinks), 585 f., nennt als Beispiel die Einstiegsseite (Homepage) zu einem pornographischen Angebot, worin der Nutzer mittels Anklicken eines Links seine Volljährigkeit erklären müsse. Gelange man beim Klicken auf den Link für Minderjährige auf die Website z.B. von Walt Disney, könne das Kennzeichen „Walt Disney“ durch die ungünstige Assoziation an Unterscheidungskraft einbüßen. Ein weiteres Beispiel findet sich bei Bond (Linking and Framing), 208 f.

¹⁴⁰ Sec. 43 (c) (1) Lanham Act.

¹⁴¹ Weiter vorne, VII.E.2. (S. 277 f.).

unter diesen Umständen Übernahmen sogar sinnvoll, weil der Übernehmer sein neues Produkt auf den Schultern des Erstproduzenten günstig herstellen und anbieten kann. Möglicherweise wird ein Produkt überhaupt erst hergestellt, wenn bei der Produktion derartige Einsparungen möglich sind. Aus diesem Blickwinkel wäre ein Verbot der Leistungsübernahme ohne Konkurrenzverhältnis zwischen den betroffenen Parteien unklug.

Nach teleologischer und grammatikalischer Betrachtung ist deshalb für die Anwendung Art. 5 lit. c UWG eine weitgehende Substituierbarkeit der Erstleistung mit der Leistung des Zweitproduzenten oder mit anderen Worten ein Konkurrenzverhältnis der beiden Parteien im Hinblick auf die betroffenen Produkte erforderlich¹⁵³.

Bei der Verknüpfung von Inhalten im Internet steht die Leistung des Erstproduzenten in Konkurrenz mit der Leistung des Zweitproduzenten. Denn das streitbare Produkt des Zweitproduzenten ist eigentlich das Produkt des Erstproduzenten, weshalb es sachlich gleich ist und der Befriedigung derselben Bedürfnisse dient.

Von diesem Grundsatz sind jedoch Abweichungen möglich. Verwendet der Zweitproduzent den fremden Inhalt ausserhalb des üblichen sachlichen Kontexts, leitet er keine Besucher vom Erstproduzenten zu sich um. Sein Gesamtprodukt tritt nicht in Konkurrenz mit der Leistung des Erstproduzenten. Ob dies zutrifft, ist im Einzelfall zu entscheiden. Z.B. befriedigt nach der hier vertretenen Auffassung eine fortlaufend aktualisierte Zusammenstellung von Verknüpfungen zu aktuellen Nachrichten verschiedener Quellen dieselben Bedürfnisse wie die Nachrichtenseiten selber. Die betroffenen Parteien stehen deshalb zueinander in Konkurrenz. Dagegen steht eine themenbezogene Sammlung von Verknüpfungen mit mehr oder weniger statischen Internet-Seiten verschiedenster Herkunft nicht in Konkurrenz zu den verknüpften Seiten selbst. Die Sammlung von Verknüpfungen wird den aufgeführten Seiten viel eher zusätzliche Besucher bringen. Ein noch deutlicheres Beispiel für Verknüpfung ohne Konkurrenzverhältnis ist die Suchmaschine. Auch sie veröffentlicht Links zu einem bestimmten Thema, ohne damit die betreffenden Seiten zu konkurrieren. Denn Suchmaschine und gelinkte Seiten gehen auf unterschiedliche Bedürfnisse ein. Nutzer nehmen die Leistung von Suchmaschinen in Anspruch, um sich im Internet besser zurechtzufinden. Eine damit gefundene Website

¹⁴² vgl. weiter vorne, IV.E.3.3 (S. 108 ff.).

¹⁴³ Bühler (Internet), 227 ff. (Links), 231 f. (Frames und Inline-Links), 220 (Werkintegrität und Links), 161 ff. (urheberrechtliche Beurteilung der verschiedenen Arten der Zwischenspeicherung bei der Benutzung des Internets); Gilliéron (liens hypertextes), 763 ff.; Rosenthal (Projekt), 186; Weber (E-Commerce), 247 f. (Links), 251 f. (Frames und Inline-Links).

wird dagegen aus einem Bedürfnis nach Informationen über ein spezifisches Thema heruntergeladen.

2.3 Arbeitsergebnis

Schutzgegenstand der untersuchten Bestimmung ist ein Arbeitsergebnis. Darunter versteht man alle Bemühungen des Erstproduzenten, die sich in einem materialisierten Ergebnis niederschlagen¹⁴⁴. Dazu gehören einerseits körperliche Objekte wie technische Erzeugnisse, analoge Ton- und Bildaufnahmen und Druckerzeugnisse¹⁴⁵. Andererseits zählt man auch physisch nicht wahrnehmbare Errungenschaften dazu¹⁴⁶, insbesondere digitale Daten¹⁴⁷. Das Arbeitsergebnis muss aber dennoch materialisiert sein¹⁴⁸, z.B. in Form digitaler Speicherung. Denn der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz umfasst keine reinen Ideen, Verfahren oder Methoden¹⁴⁹.

Eine Internet-Seite bzw. ein Teil davon ist ein materialisiertes, unkörperliches Arbeitsergebnis. Ergebnis ist die visuelle oder auditive Darbietung, die in einem digital gespeicherten Quellcode materialisiert ist.

2.4 Marktreife

Das übernommene Arbeitsergebnis muss marktreif sein. Zunächst erfüllen Endprodukte dieses Kriterium¹⁵⁰. Ebenso besitzen Zwischenprodukte diese Eigenschaft¹⁶¹, weil Märkte für Ergebnisse jeglicher Produktionsstufe existieren.

Das Kriterium der Marktreife beinhaltet darüber hinaus die Marktbestimmung¹⁶². Ist ein Arbeitsergebnis nicht für den Markt bestimmt, genießt es keinen Schutz gestützt auf

¹⁴⁴ Widmer/Bähler, 132; Gilliéron (liens hypertextes), 768.

¹⁴⁵ Vgl. dazu Gilliéron (liens hypertextes), 765; Rosenthal (Projekt), 184.

¹⁴⁶ Botschaft UWG, 62. Eine enge Auslegung von Art. 5 lit. c UWG befürworten auch SIWR-Guyet, 216, sowie Weber (Datenbanken), 19.

¹⁴⁷ BGE 117 IV 193, 195 ff. (Bernina); David (Wettbewerbsrecht), Rz. 4.

¹⁴⁸ Art. 5 lit. c UWG: „(...) als solches übernimmt und verwertet.“ Vgl. auch Homburger/Rauber (Bemerkungen Eurotax), 113. Ob Software als solche übernommen wurde, ergibt sich aus einem Vergleich der Quellcodes und nicht der Benutzeroberflächen, vgl. OGer BL, 3.4.1990 (Quell-Codes); SMI 1990, 441.

¹⁴⁹ Homburger/Rauber (Bemerkungen Eurotax), 113. Rauber relativiert diese Ansicht in (Softwareschutz), 78. Erforderliche sachliche Gleichheit verneint in BezGer Affoltern, 20.6.1989 (Eurotax); SMI 1990, 429, 437 = ZR 1989, 187, 191.

¹⁵⁰ NR Cotti (Berichterstatter), Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 842; Rauber (Bemerkungen Eurotax), 440.

die untersuchte Regel¹⁶³. Eine Übernahme des Ergebnisses hat unter diesen Umständen keine verfälschende Wirkung auf den Wettbewerb; der Inhaber der übernommenen Leistung kann im Wettbewerb nicht benachteiligt werden, wenn er gar nicht daran teilnimmt¹⁶⁴.

Publizierte Websites oder Teile davon sind sowohl marktreif wie auch marktbestimmt. Ihre Abrufbarkeit über das Internet macht sie zu einem vollendeten Produkt im Markt¹⁶⁵. Ausnahmen dazu sind denkbar, aber eher selten. Keine Marktreife haben abrufbare Internet-Angebote, die noch in Bearbeitung sind. Nicht für den Markt bestimmt sind klar erkennbare private Websites. Der private Betreiber kann jedoch nach der hier vertretenen Auffassung jederzeit die gewerbliche Ausrichtung seiner Website erklären.

2.5 Angemessener Aufwand

Die Übernahme einer fremden Leistung ist nur unlauter, wenn der Übernehmer dabei keinen angemessenen Aufwand tätigt¹⁶⁶. Die Angemessenheit des Aufwandes beurteilt sich im Einzelfall aus drei unterschiedlichen Blickwinkeln. Betrachtet wird erstens das Verhältnis zwischen Aufwand zur Erstproduktion¹⁶⁷ und Übernahmeaufwand und zweitens zwischen Übernahmeaufwand und mutmasslichem Aufwand zur selbständigen Nachschaffung¹⁶⁸. Ist der Aufwand zur Erstproduktion und zur selbständigen Nachschaffung gleich, ergibt sich zweimal dasselbe Verhältnis. Als dritten Aspekt erlaubt der Gesetzestext laut Botschaft zum UWG den Einbezug der Amortisierung der Erstleistung¹⁶⁹.

¹⁵¹ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 952; Rauber (Bemerkungen Eurotax), 440.

¹⁵² Baudenbacher (Revision), 167 f.

¹⁵³ A.M.: Rauber (Softwareschutz), 82 f., wonach jede unlautere Übernahme zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Denn selbst wenn der Erstproduzent mangels Konkurrenzverhältnis durch die Übernahme nicht geschädigt werde, so würden dennoch die Hersteller von Leistungen gleicher Gattung im Wettbewerb benachteiligt. NR Lüchinger (Berichterstatter), Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 842, verneint ein Konkurrenzverhältnis zwischen vervielfältigter Presseschau aus Zeitungskopien und den betreffenden Zeitungen selbst.

¹⁵⁴ Fiechter (Leistungsschutz), 148.

¹⁵⁵ Botschaft UWG, 63; A. Troller (Gedanken), 96 f.; HGer ZH, 9.7.1991 (Schuttmulde); SMI 1992, 122, 123 (Zeichnung einer Schuttmulde als Arbeitsergebnis).

¹⁵⁶ Fiechter (Leistungsschutz), 148 f. A.M.: A. Troller (Immaterialgüterrecht), 955.

¹⁵⁷ Z.B. ein Computerprogramm, KGer ZG, 30.8.1988 (Auto-CAD I); SMI 1989, 58, 61; KGer NW, 7.10.1988 (Auto-CAD II); SMI 1989, 205, 206. Vgl. auch Rauber (Softwareschutz), 69 f.

¹⁵⁸ Botschaft UWG, 62.

Das Verknüpfen der eigenen Website mit einer fremden Website oder Teilen davon verursacht, verglichen mit der Eigenproduktion, einen unangemessenen Aufwand¹⁷⁰. Zu beachten ist das Verhältnis zwischen dem Programmieraufwand für die einzelne Verknüpfung und dem Aufwand zur Herstellung der verbundenen Website oder dem betroffenen Teil davon. Insbesondere besteht das Missverhältnis auch bei aufwendig recherchierten Linksammlungen, denn im Streitfall steht dem Aufwand zur Erstellung der gelinkten Website nur der vergleichsweise geringe Aufwand zur Recherche und Programmierung des einzelnen Links gegenüber¹⁷¹.

Die Amortisierung der Aufwendungen des Erstproduzenten zur Erstellung der Website ist nach der hier vertretenen Ansicht unbeachtlich. Viele Websites entstehen mit der Absicht zur Eroberung eines neuen Marktes unter hohen Kosten, die erst in ein paar Jahren mit Hilfe von anderen Websites amortisieren werden sollen. Auf dem Weg dahin werden zahlreiche Websites gar nie kostendeckende Erträge generieren. Ihnen deswegen einen weitergehenden Schutz zu gewähren als rentablen Internet-Seiten, wäre nicht sachgerecht.

2.6 Technisches Reproduktionsverfahren

Eine Übernahme ist nur unlauter, wenn sie unter Anwendung eines technischen Reproduktionsverfahrens stattfindet.

Technik ist die „Kunst, mit den zweckmässigsten und sparsamsten Mitteln ein bestimmtes Ziel oder die beste Leistung zu erreichen; (...)“¹⁷². Technische Reproduktionsverfahren entstammen damit nach streng grammatikalischem Verständnis *nicht ausschliesslich* dem Ingenieur-, Informatik- oder Elektronikwesen. In den meisten Fällen wird es aber so sein. Beispiele sind Scannen, Nachgiessen oder -fräsen von Warenformen, Photokopieren von Druckerzeugnissen, Überspielen von Ton- und Bildträgern,

¹⁵⁹ Pedrazzini (UWG), 177; SIWR-Guyet, 215.

¹⁶⁰ Fiechter (Leistungsschutz), 150.

¹⁶¹ Fiechter (Leistungsschutz), 150. Nach Pedrazzini (UWG), 177, und SIWR-Guyet, 215, ist entscheidend, ob das Produkt einen selbständigen Marktwert hat.

¹⁶² David (Wettbewerbsrecht), Rz. 379; Fiechter (Leistungsschutz), 150.

¹⁶³ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 379; SIWR-Guyet, 215.

Computerprogrammen und anderen Datenträgern sowie das Nachpressen von Schallplatten¹⁷³.

Das Verknüpfen von mehreren Internet-Seiten ist nach der hier vertretenen Ansicht ein technisches Verfahren. Nicht nur entstammt es als Vorgehensweise den Computerwissenschaften, die der Technik zuzurechnen sind. Frames, Links usw. stellen zudem ein ausgesprochen sparsames und zweckmässiges Mittel zur Verbindung von Informationen dar und entsprechen damit auch dem weiteren Technikbegriff.

Ein *Reproduktionsverfahren* ist nach einem engen grammatikalischen Verständnis ein bestimmtes drucktechnisches Verfahren zur Wiedergabe von Druckvorlagen¹⁷⁴. Aber wie die bereits genannten Beispiele des Scannens, Nachgiessens, Photokopierens usw. zeigen, hat Art. 5 lit. c UWG einen weiteren Anwendungsbereich als nur die Drucktechnik. Ein weiteres grammatikalisches Verständnis ist möglich, wenn man den Begriff der Reproduktion isoliert betrachtet. Unter *Reproduktion* versteht man die Nachbildung eines Originals¹⁷⁵. Weiter beinhaltet der Begriff die Wiedergabe, z.B. im Sinne einer verbalen Wiederholung¹⁷⁶. Nach Verständnis des Verfassers schwingt dabei der Charakter einer originären Schaffung mit. Reproduktion ist demnach die Herstellung bzw. Darbietung einer Sache, eines Gedankengangs oder einer Äusserung zusätzlich zu einem bereits oder einstmals existierenden identischen Gegenstück. Im Kontext von Art. 5 lit. c UWG betrachtet, wird eine bestehende materialisierte Erscheinungsform eines Arbeitsergebnisses vervielfältigt¹⁷⁷.

Mit der Darstellung des fremden Inhalts durch eine Verknüpfung im Internet führt der betreffende Seitenbetreiber keine Reproduktion durch. Er selbst schafft keine Vervielfältigung.

¹⁶⁴ Fiechter (Leistungsschutz), 150.

¹⁶⁵ Gilliéron (liens hypertextes), 766.

¹⁶⁶ KGer SZ, 31.12.1996 (Luftdrucktabellen); sic! 1997, 143, 145 (angemessener Aufwand bejaht, weil übernommene Daten abgetippt wurden); OGer AG, 31.7.1990 (Bliss); SMI 1991, 79, 87 (angemessener Aufwand bejaht aufgrund genügend eigenständiger Programmierleistung); HGer BE, 19.12.1990 (Branchenregister); SMI 1991, 410, 414 (angemessener Aufwand bejaht, da zur streitigen Übernahme verschiedene Logos von Drittfirmen ausgeschnitten, im Format geändert, aufgeklebt usw. werden mussten).

¹⁶⁷ Beachtet wird nicht der konkrete Aufwand des betroffenen Erstproduzenten, sondern der abstrakte Aufwand bei der Erstproduktion. Der Erstproduzent kann sich mangelnde Effizienz nicht anrechnen lassen, vgl. Fiechter (Leistungsschutz), 154; Rauber (Softwareschutz), 75.

¹⁶⁸ Botschaft UWG, 63; OGer ZH, 1.9.1992 (Eurotax II); SMI 1993, 331, 337.

fältigung des verknüpften Inhalts¹⁷⁸. In keinem Zeitpunkt verfügt der Seitenbetreiber mit seinem Frame oder seinem Link über die Nachschaffung der fremden Website oder des betroffenen Teils davon.

Der Wortlaut von Art. 5 lit. c UWG verlangt jedoch nicht, dass der Übernehmer des fremden Arbeitsergebnisses und der Anwender des technischen Reproduktionsverfahrens identisch sind. Der Übernehmer braucht lediglich „(...) durch technische Reproduktionsverfahren (...)“¹⁷⁹ zu einem Vorteil zu gelangen. Die Reproduktion muss nicht zwingend in seiner Sphäre stattfinden. Es genügt, wenn im untersuchten Sachverhalt überhaupt eine technische Reproduktion stattfindet, welche dem Übernehmer einen ungebührlichen Wettbewerbsvorteil verschafft.

Der Betreiber einer Website mit einer Verknüpfung veranlasst eine Reproduktion durch den Nutzer. Er weist mit seinem Quellcode das Browserprogramm des Nutzers an, eine Kopie der fremden Website oder des betroffenen Teils davon herunterzuladen, in den Arbeitsspeicher zu legen und auf dem Bildschirm darzustellen. Dieser Ablauf stellt eine technische Reproduktion dar¹⁸⁰, auch wenn sie beim Nutzer und nicht beim Seitenbetreiber stattfindet. Verknüpfungen erfüllen deshalb nach der hier vertretenen Ansicht das Tatbestandselement des technischen Reproduktionsverfahrens.

2.7 Übernahme

Unlauter nach Art. 5 lit. c UWG kann nur handeln, wer ein fremdes Arbeitsergebnis *übernimmt*. Die Bedeutung des Begriffs „übernehmen“ ist mannigfaltig. Von den mindestens fünf grundsätzlichen Verständnismöglichkeiten¹⁸¹ verdienen an dieser Stelle zwei eine nähere Betrachtung. Zum einen bedeutet „übernehmen“ „von einer anderen Stelle zu sich nehmen und (...) eingliedern“. Zum Beispiel werden die Angestellten einer Firma übernommen. Verknüpfungen im Internet führen zwar zu einer Eingliederung eines fremden Erzeugnisses, hingegen in ungleich schwächerer Form als es dieser Bedeutung des Übernahmebegriffs entspricht. Insbesondere ist die Übernahme durch eine Verknüpfung im Gegensatz zur untersuchten linguistischen Bedeutung nicht rivalisierend, d.h. hat nicht den Ausschluss des vorgängigen Inhabers zur Folge.

¹⁶⁹ Botschaft UWG, 63. Ablehnend: HGer ZH, 20.12.1991 (Just Elvis); ZR 1992, 83, 85. Kritisch: A. Troller (Immaterialgüterrecht), 958. Probleme mit diesem Kriterium werden auch festgestellt in OGer ZH, 1.9.1992 (Eurotax II); SMI 1993, 331, 337. Amortisationszeit als Frist des wettbewerbsrechtlichen Lei-

Zum anderen bedeutet „übernehmen“ „etwas von jemand anderem verwenden“, z.B. Gedanken, Ideen, Methoden, eine Sendung oder eine Textstelle¹⁸². Erforderlich ist nach dem Verständnis des Verfassers die Identifikation des Übernehmers mit dem Übernahmegegenstand in einem bestimmten Ausmass. Nach der hier vertretenen Auffassung kann diese Bedeutung des Übernahmebegriffs die Verknüpfungstätigkeit im Internet grundsätzlich beinhalten. Mit der so verstandenen Übernahme wird der Inhaber des Übernahmegegenstandes wie bei Verknüpfungen im Internet nicht ausgeschlossen. Weiter ist diesem begrifflichen Verständnis der Übernahme und der Internet-Verknüpfungstechnik gemeinsam, dass der Übernahmegegenstand vom Übernehmer nicht entscheidend verändert wird. Läge eine einschneidende Veränderung vor, könnte man gar nicht mehr von einer Übernahme im wörtlichen Sinn sprechen.

Ob die Verknüpfung im Internet im Einzelfall als Übernahme im genannten Sinn zu werten ist, hängt von der Intensität der Identifikation mit dem Übernahmegegenstand, d.h. mit dem verknüpften Inhalt zusammen. Eine fremde Website oder der betroffene Teil davon wird übernommen, wenn der durchschnittliche Nutzer nicht erkennt, dass der verlinkte Inhalt anderswoher stammt¹⁸³. Der Seitenbetreiber integriert dadurch den fremden Inhalt und macht ihn sich nützlich. Das trifft zunächst zu, wenn der Nutzer die Verknüpfung nicht wahrnimmt, wie etwa bei Inline Links oder unauffälligen Frames. Umgekehrt wird der Inhalt in einem klar erkennbaren Frame nicht übernommen. Insbesondere die Erkennbarkeit der tatsächlichen Informationsquelle schafft eine Abgrenzung zur Website mit der Verknüpfung. Seiten, auf die mittels Deep Link verwiesen wird, werden durch einen veränderten URL oder einen Quellenhinweis im oder nahe beim Link abgegrenzt. Eingangsseiten (sog. Homepages) wirken in der Regel aus sich heraus autonom gegenüber anderen Websites, weil sie klare Quellenangaben machen und zumeist unter einem einfachen und aussagekräftigen URL erscheinen. Sie lassen sich deshalb nicht im Sinne von Art. 5 lit. c UWG mit einem Link übernehmen.

2.8 Verwertung

Nur wer die übernommene Leistung verwertet, kann nach Art. 5 lit. c UWG unlauter handeln. Verwerten bedeutet in freier Anlehnung an das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht „zu Geld machen“¹⁸⁴. Eine Leistung wird verwertet, wenn damit mittelbar oder

stungsschutzes im aUWG bejaht in: HGer ZH, 19.9.1969; SJZ 1970, 326, 328 (photomechanischer Nachdruck eines gemeinfreien Werkes).

¹⁷⁰ Gilliéron (liens hypertextes), 766.

unmittelbar geldwerte Vorteile erzielt werden¹⁸⁵. Das geschieht im Rahmen jeglicher gewerblicher Tätigkeit¹⁸⁶, insbesondere bei der Berufsausübung¹⁸⁷. Gewinnabsicht ist nicht erforderlich¹⁸⁸.

Keine Verwertung ist die Verwendung der übernommenen Leistung zu nichtgewerblichen, privaten Zwecken sowie die Weitergabe an Verwandte und Bekannte¹⁸⁹. Deren zulässiger Anwendungsumfang ist mit jenem des Übernehmers identisch¹⁹⁰.

Damit ist aus qualitativer Sicht jede Leistungsübernahme verboten, wenn sie zu gewerblichen Zwecken erfolgt. Quantitativ betrachtet ist sie zulässig, wenn sie nur im privaten Rahmen stattfindet. Ungeklärt bleibt die Zulässigkeit einer *nichtgewerblichen öffentlichen* Nutzung.

Verknüpfungen von Internet-Seiten erfolgen in unterschiedlichen Umfeldern. Gewerblich handelt, wer finanzielle Umsätze erzielt mit Hilfe der Website, auf welcher sich die untersuchte Verknüpfung befindet. Hinweise dazu sind z.B. Werbebanner oder Abonnementsgebühren. Eine Verwertung der fremden Website findet damit über die eigene Website statt. Umgekehrt können eine private Linksammlung in Form von Lesezeichen („bookmarks“) oder das Versenden von Links mit Hilfe von Email aufgrund der fehlenden Gewerbsmässigkeit nicht als Verwertung qualifiziert werden. Dazwischen liegt jedoch der ungeklärte Bereich der öffentlichen nichtgewerblichen Nutzung fremder Websites durch deren Verknüpfung mit der eigenen privaten Website.

Diese Ausgangslage ist neu. Ohne die Hilfe des Internets war es kostspielig, übernommene Arbeitsergebnisse an breitere Empfängerkreise weiterzugeben. Man tat dies deshalb nur gegen Entschädigung, was die Handlung gewerblich und damit unzulässig machte. Umsonst und damit nichtgewerblich erfolgte die Weitergabe fremder Arbeitsergebnisse ausschliesslich im privaten Kreis. Mit Hilfe des World Wide Web können fremde Arbeitsergebnisse in Form von fremden Websites oder Teilen davon praktisch umsonst verbreitet werden. Viele Privatpersonen veröffentlichen eine eigene Website, die mitunter über Links oder Frames eine fremde Website oder Teile davon in das eigene Angebot

¹⁷¹ Vgl. dagegen NR Lüchinger (Berichterstatter), Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 842, wonach das Kopieren von Zeitungsausschnitten zur Herstellung einer Presseschau verglichen mit Recherche und Verfassen der betreffenden Zeitungsberichte eine angemessene Eigenleistung darstellt.

¹⁷² Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 6. A., Gütersloh 1997, 1215.

einbezieht. Hergestellt sind solche Seiten von passionierten Freizeitprogrammierern, deren Lohn nicht Geld, sondern Dankeschreiben von Nutzern und steigende Besucherzahlen sind. Liegt eine Verwertung der fremden Website im Sinne des Art. 5 lit. c UWG vor?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu verneinen¹⁹¹. Gegen eine Klassifizierung als Verwertung spricht der nichtgewerbliche Charakter der verknüpfenden Website. Dafür spricht jedoch das grosse Ausmass der privaten Verbreitung. Von den zwei Kriterien, Gewerbsmässigkeit und Verbreitungsumfang, wiegt ersteres schwerer¹⁹². Der Begriff der Verwertung enthält nach grammatikalischem Verständnis den Aspekt der Gewerbsmässigkeit. Dagegen bezieht er sich nicht auf den Kreis und die Anzahl allfälliger Empfänger oder Nutzniesser der übernommenen Leistung. Eine Auslegung nahe am Wortlaut drängt sich auf, weil die untersuchte Bestimmung nicht nur dem Zivil-, sondern auch dem Strafrecht angehört¹⁹³. Bei der Auslegung von Strafrecht darf man zuungunsten des Angeschuldigten vom Wortlaut nur abweichen, wenn andernfalls keine Lösung gefunden werden kann, die der Logik und dem Zweck der untersuchten Bestimmung entspricht¹⁹⁴. Die Auslegung des Verwertungsbegriffes allein nach dem Gesichtspunkt der Gewerbsmässigkeit ist nahe beim Wortlaut und widerspricht nicht der Logik und dem Zweck des Gesetzes¹⁹⁵.

2.9 Schlussfolgerung

Frames, Links und Inline Links sind grundsätzlich einer Subsumption unter Art. 5 lit. c UWG zugänglich. Jedoch muss der untersuchte Sachverhalt alle Tatbestandsmerkmale vorweisen. Bei der Beurteilung des Einzelfalles gibt es nach der hier vertretenen Ansicht

¹⁷³ Beispiele aus Fiechter (Leistungsschutz), 151. Vgl. auch Cour de justice de Genève, 19.11.1993 (Sartoris); SMI 1994, 183, 189 (Unlautere Übernahme mittels photomechanischem Nachdruck); HGer BE, 19.12.1990 (Branchenregister); SMI 1991, 410; 414 (Ausschneiden und Aufkleben von Firmenlogos ist kein technisches Reproduktionsverfahren); BezGer Affoltern, 20.6.1989 (Eurotax), SMI 1990, 429, 437 (Abtippen einer fremden Liste mit ungeschützten Daten oder das Scannen davon ist im Gegensatz zum Überspielen von digitalen Daten auf Diskette kein technisches Reproduktionsverfahren). Kritisch betreffend Scannen: Pedrazzini (UWG), 178.

¹⁷⁴ Duden, 3. A., Mannheim 1999, Bd. 7, 3177.

¹⁷⁵ Duden, 3. A., Mannheim 1999, Bd. 7, 3176, mit den Beispielen „Reproduktionen aus der Frühzeit Picasos“, „die Möbel sind keine Reproduktionen“ oder „eine Reproduktion nach der Sixtinischen Madonna“.

¹⁷⁶ Duden, 3. A., Mannheim 1999, Bd. 7, 3176, nennt beispielhaft die Reproduktion von Redewendungen oder fremder Gedanken.

¹⁷⁷ Botschaft UWG, 62.

keine einfache Patentlösung, nach der die Verknüpfung z.B. mit bestimmten Techniken (Links, Frames oder Inline Links) oder zu bestimmten hierarchischen Ebenen der verknüpften Website (Einstiegsseite, tieferliegende Seite) aus sich heraus zulässig oder unzulässig ist. Die Art der Darstellung des verknüpften Inhalts allein ist nicht ausschlaggebend. Sie hat lediglich im Tatbestandselement der *Übernahme* Bedeutung. Weitere entscheidende Tatbestandselemente sind das *Konkurrenzverhältnis* und die *Verwertung*. Von diesen drei Kriterien hängt nach den Erwartungen des Verfassers im Einzelfall die Anwendbarkeit der untersuchten Bestimmung ab.

3. Verwechslungsgefahr (Art. 3 lit. d UWG)

3.1 Einleitung

Art. 3 lit. d UWG verbietet Massnahmen, die geeignet sind, eine Verwechslungsgefahr herbeizuführen. Diese Bestimmung ist beim Verknüpfen von Inhalten im Internet beachtenswert. Denn Verknüpfungen können je nach Umständen des Einzelfalles bei den Nutzern einen Irrtum über die geschäftlichen Verbindungen zwischen den Betreibern der zwei betroffenen Websites hervorrufen.

Wichtigste Elemente bei der Anwendung von Art. 3 lit. d UWG sind erstens die Unterscheidungskraft des älteren Vergleichsobjekts und zweitens die Verwechslungsgefahr, die anhand verschiedener Faktoren zu prüfen ist. Anhand dieser zwei Elemente erfolgt die Untersuchung, ob im Internet aufgrund einer Verknüpfung von Websites oder Teilen davon eine Verwechslungsgefahr in Form einer möglichen Täuschung über geschäftliche Verbindungen der Parteien entsteht. Die Besonderheit der Materie macht jedoch leichte Anpassungen notwendig.

3.2 Unterscheidungskraft

Jede Verwechslungsgefahr setzt die Unterscheidungskraft des älteren Vergleichsobjekts voraus¹⁹⁶. Nur wenn dieses zur Individualisierung einer Leistung oder eines Herstellers dient, lässt sich das jüngere Vergleichsobjekt überhaupt fehlerhaft zuordnen. Besitzt das ältere Vergleichsobjekt dagegen keine Unterscheidungskraft, fehlt der Massstab für die Beurteilung der Zuordnung des jüngeren Vergleichsobjekts als richtig oder falsch.

¹⁷⁸ Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. e, Rz. 119.

Bei Verknüpfungen im Internet ist das ältere Vergleichsobjekt jene Website bzw. jener Teil davon, zu der eine Internet-Seite einen Bezug herstellt. Bei herkömmlichen Links ist die ganze verwiesene Seite Vergleichsgegenstand, während bei Frames oder Inline Links nur der sichtbare Teil Beachtung findet.

Ob die verknüpfte Website oder der sichtbare Teil davon unterscheidungskräftig ist, hängt von den Umständen im Einzelfall ab. Unterscheidungskraft vermitteln nach der hier vertretenen Auffassung sichtbare verbale oder graphische Kennzeichen oder ein typisches Design. Im Internet ist insbesondere der allenfalls ersichtliche Domain Name der verwiesenen Website beachtenswert. Enthält der verknüpfte Inhalt selbst Verknüpfungen, kann die Betätigung oder Betrachtung derselben im Einzelfall eine Individualisierung ermöglichen. Dazu ist jedoch eine gewisse Nähe zwischen Unterscheidungsinformation und der streitig verknüpften Website erforderlich. Enthält z.B. eine verlinkte Seite selbst kein Unterscheidungsmerkmal, ist sie dennoch unterscheidungskräftig, wenn die Betätigung eines weiteren Links auf der verlinkten Seite dem Nutzer die erforderlichen Informationen liefert.

3.3 Verwechslungsgefahr

Die Verwechslungsgefahr kennt eine unmittelbare und eine mittelbare Erscheinungsform¹⁷⁹. Bei einer unmittelbaren Verwechslung hält der Abnehmer die eine Leistung für eine andere. Mittelbar ist eine Verwechslung, wenn der Abnehmer über geschäftliche Beziehungen, Besitzverhältnisse oder Zusammengehörigkeit von Anbietern bzw. Produkten irreführt wird¹⁸⁰.

Bei Verknüpfungen im Internet kann eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht auftreten. Wenn der verknüpfte Inhalt das Erfordernis der Unterscheidungskraft erfüllt, ordnet man ihn auch der richtigen Herkunftsquelle zu. Verknüpfungen im Internet können aber eine mittelbare Verwechslungsgefahr herbeiführen. Wegen der Nähe zwischen verknüpfender und verknüpfter Website vermutet der Nutzer möglicherweise eine geschäftliche Beziehung zwischen den zwei betroffenen Betreibern oder er geht gar von der Identität derselben aus. Die Umstände des Einzelfalls sind ausschlaggebend.

¹⁷⁹ Art. 5 lit. c UWG.

¹⁸⁰ Nach Rauber (Softwareschutz), 72, genügt die Speicherung im Arbeitsspeicher.

Entscheidend für die Feststellung einer Verwechslungsgefahr oder einer Gefahr der Täuschung über eine geschäftliche Verbindung ist der Gesamteindruck¹⁹⁹. Dieser setzt sich aus verschiedenen Gesichtspunkten zusammen, die vor allem aus Kennzeichenstreitigkeiten bekannt sind. Dazu gehören die Ähnlichkeit von Kennzeichen oder von anderen unterscheidungskräftigen Elementen, die sachliche Nähe der Leistungen oder Betätigungsfelder, die Aufmerksamkeit der Abnehmer sowie die Art der Leistung²⁰⁰.

Bei der konkreten Anwendung auf Streitigkeiten um Internet-Verknüpfungen ist jedoch zu prüfen, ob einige der herkömmlichen Gesichtspunkte einer leichten Modifikation bedürfen.

Bei Verknüpfungen im Internet erscheinen die unterscheidungskräftigen Vergleichsobjekte nebeneinander oder unmittelbar nacheinander, während bei herkömmlichen Kennzeichenstreitigkeiten die Konfrontation des Betrachters mit dem jüngeren Zeichen zeitlich völlig losgelöst von jener mit dem älteren Zeichen stattfindet. Deshalb wird an dieser Stelle vertreten, dass bei der Überprüfung einer mittelbaren Verwechslungsgefahr im Zusammenhang mit Verknüpfungen von Websites nicht, wie bei Kennzeichenstreitigkeiten üblich, das Erinnerungsbild²⁰¹ des älteren Zeichens als Massstab für die Feststellung der Ähnlichkeit gilt, sondern, je nach Nähe der unterscheidungskräftigen Teile der Websites, das Bild im Kurzzeitgedächtnis oder sogar die tatsächliche Gegenüberstellung.

Ein weiterer wichtiger Aspekt des Gesamteindrucks einer Verknüpfung im Internet ist nach der hier vertretenen Auffassung die Qualität der Abgrenzung zwischen verknüpfender und verknüpfter Website. Die Art der Abgrenzung hat einen grossen Einfluss darauf, ob der Nutzer die zwei betroffenen Internet-Seiten als unabhängig oder zusammengehörend empfindet.

Gängige Verknüpfungsformen im Internet sind herkömmliche Links, Frames und Inline Links. Tendenziell erschwert sich die Abgrenzung zwischen den betroffenen Inhalten in dieser Reihenfolge. Entscheidend sind aber die Umstände im Einzelfall. So kann z.B. ein klarer Frame Inhalte deutlicher trennen als ein Link mit unklarer Bezeichnung und Destination. Links, Frames und Inline Links grenzen Websites in unterschiedlicher Art und Weise voneinander ab, weshalb ihre Bedeutung bei der Beurteilung der Gefahr einer mittelbaren Verwechslungsgefahr nachfolgend gesondert untersucht wird.

¹⁸¹ Duden, 3. A., Mannheim 1999, Bd. 9, 4027.

¹⁸² Duden, 3. A., Mannheim 1999, Bd. 9, 4027.

¹⁸³ Rosenthal (Projekt), 187.

Ob ein herkömmlicher Link zwischen Inhalten eine klare Grenze zieht, hängt von seiner Destination und Darstellung sowie vom Kontext ab, in dem er steht. Ein Nutzer bemerkt den Sprung zu einer weiteren Website, wenn er nach Betätigung des Links auf einer Einstiegsseite landet. Wenn dagegen eine hierarchisch tieferliegende Seite (deep link) Ziel des Links ist, neigt der Nutzer möglicherweise zur Annahme, er befände sich nach wie vor beim gleichen Seitenbetreiber oder einem Geschäftspartner desselben. Immerhin dient in der Regel ein neuer Domain Name in einem mehr oder weniger langen URL dem Nutzer als deutlicher Hinweis für eine neue Website. Die Darstellung eines Links kann z.B. als Logo der Zieldestination, als Beschreibung oder als URL erfolgen. In dieser Reihenfolge wird die Abgrenzung von der linkenden zur verlinkten Seite stärker. Und auch der Kontext, in welchem der Link auf der verknüpfenden Website steht, macht dem Nutzer den Wechsel zu einer anderen Website ersichtlich oder kann im Gegenteil den Eindruck des Verbleibs beim gleichen Seitenbetreiber hervorrufen.

Bei Frames ist wie bei den herkömmlichen Links zunächst die Aufmachung der verknüpften Website relevant. Beim Framing einer Einstiegsseite erkennt der Nutzer deren übliche Alleinstellung. Dagegen fasst er eine hierarchisch tieferliegende Seite in einem Frame möglicherweise nicht als Bestandteil eines unabhängigen Internet-Angebots auf. Ein Indiz für Unabhängigkeit liegt vor, wenn die verknüpfte Website technisch nicht einwandfrei ins Frame passt. Besonders wichtig für die Erkennbarkeit einer Grenze zwischen den betroffenen Websites ist die Rahmendicke. Ist der Rahmen des Frames gar nicht ersichtlich, erscheint die verknüpfte Website ohne weiteres als Bestandteil der Ursprungsseite. Demgegenüber führt ein dicker Rahmen dem Nutzer zumindest visuell eine Abgrenzung der dargestellten Websites vor Augen. Diese Abgrenzung spinnt der Nutzer gedanklich auf die Frage der Herkunft der Websites weiter.

Inline Links sind sehr stark in die verknüpfende Website integriert. Für den Nutzer ist nur bei weiteren Nachforschungen im Quellcode ersichtlich, dass der Inhalt einer weiteren Website entstammt. Zwischen Inhalt des Inline Links und der verknüpfenden Website ist daher keine Grenze ersichtlich.

Eine mittelbare Verwechslungsgefahr setzt die Ähnlichkeit oder Gleichheit der Produkte oder Betätigungsfelder der Parteien und damit in sachlicher Hinsicht ein konkurrenzähnliches Verhältnis voraus. In geographischer Hinsicht wird bei wirtschaftlicher Betätigung im Internet wegen der universalen Abrufbarkeit ohnehin zumeist ein Konkurrenzverhältnis bestehen. Das trifft insbesondere dann zu, wenn Informationen und keine auszuliefernden Gegenstände angeboten werden.

Allen drei Erscheinungsformen von Verknüpfungen ist nach der hier vertretenen Meinung gemeinsam, dass dem Nutzer mit Disclaimern, Erklärungen, Herkunftsangaben oder aussagekräftigem Website-Design das Vorliegen unterschiedlicher und unabhängiger Quellen für die dargestellten Inhalte mitgeteilt werden kann. Damit lässt sich eine mittelbare Verwechslungsgefahr ausräumen²⁰².

Ausschliesslich Betreiber kommerzieller Websites können eine Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 3 lit. d UWG herbeiführen. Diese Bestimmung vermindert Fehlkäufe der Abnehmer, indem sie Verwechslungen von Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsbetrieben verhindert. Drohende oder bereits eingetretene Verluste bilden das erforderliche Rechtsschutzinteresse des Klägers²⁰³.

Fehlkäufe aufgrund einer Verwechslung sind nur möglich, wenn auf der falsch zugeordneten Website etwas angeboten oder beworben wird. Eine nichtgewerbliche Website kann dagegen keine Fehlkäufe der Nutzer verursachen, weil darauf weder Angebote noch Werbung plazierte sind. Auf sie ist Art. 3 lit. d UWG nicht anwendbar, selbst wenn sie erkennbar Inhalte von einer anderen Website verknüpft. Der Betreiber der verknüpften Website erleidet keine Verluste aufgrund einer allfälligen mittelbaren Verwechslung, weshalb ihm das Rechtsschutzinteresse zur Anwendung von Art. 3 lit. d UWG fehlt.

Schlussfolgernd ist eine grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 3 lit. d UWG bei Verknüpfungen im Internet zu bejahen. Jedoch ist im Einzelfall unter Beachtung der dargelegten Aspekte zu prüfen, ob die untersuchte Verknüpfung tatsächlich eine Gefahr der Täuschung über geschäftliche Beziehungen der betreffenden Seitenbetreiber auslöst.

¹⁸⁴ Eine Verwertung ist zumeist eine Versteigerung gegen Barzahlung, vgl. Art. 116 ff., insb. 129 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) (SR 281.1).

¹⁸⁵ Fiechter (Leistungsschutz), 155.

¹⁸⁶ Botschaft UWG, 61.

G. Ergebnis

1. Gegenüberstellung der untersuchten Rechtsordnungen

Verknüpfungen im Internet unterstehen im Rahmen des untersuchten Problemkreises sowohl im U.S.-amerikanischen wie auch im Schweizer Recht jeweils zwei Regelungsmechanismen: dem Leistungsschutz einerseits und dem Schutz vor Täuschung über geschäftliche Verbindungen andererseits.

Die U.S.-amerikanische und die Schweizer Regel betreffend den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz sind sich sehr ähnlich. Beide Regelwerke verhindern einen Wettbewerbsvorteil durch ungebührliche Leistungsübernahme. Die U.S.-Regel besitzt dabei einen erhöhten Abstraktionsgrad, wenn sie auf den Erhalt des Produktionsanreizes abstellt. Die Regelung sowohl in den USA wie auch in der Schweiz enthalten ein besonderes Tatbestandselement, um nicht mit dem Anwendungsbereich der Gesetze betreffend das geistige Eigentum zu kollidieren. Nach der Schweizer Bestimmung ist eine Übernahme nur unlauter, wenn sie mit Hilfe eines technischen Reproduktionsverfahrens erfolgt. Das U.S.-amerikanische Recht setzt den schnellen Wertzerfall der übernommenen Leistung voraus. Beide Regeln erfordern eine gewerbliche Nutzung der übernommenen Leistung und sind deshalb auf private Handlungen nicht anwendbar.

Verknüpfungen im Internet werden nach Ansicht von Autoren in den USA sowie nach der hier vertretenen Auffassung durch das Misappropriation-Verbot bzw. Art. 5 lit. c UWG grundsätzlich reguliert²⁰⁴. Jede einzelne Verknüpfung ist jedoch gesondert darauf zu untersuchen, ob sie die zahlreichen Tatbestandselemente erfüllt. Weder in den USA noch in der Schweiz kam es bislang, soweit ersichtlich, zu einer gerichtlichen Beurteilung von Verknüpfungen im Internet gestützt auf die Prinzipien des Leistungsschutzes.

Auch der Schutz vor Täuschung über geschäftliche Verbindungen ist in beiden Rechtsordnungen in den wesentlichen Punkten vergleichbar. Ein jüngeres Zeichen oder Objekt ist einem älteren unterscheidungskräftigen Zeichen oder Objekt ähnlich. Daraus entsteht die Gefahr falscher Schlüsse durch die Abnehmer hinsichtlich der geschäftlichen Verbindungen der betroffenen Unternehmen. Ergebnis einer entsprechenden Täuschung ist ein verändertes Nachfrageverhalten der Abnehmer.

¹⁸⁷ Fiechter (Leistungsschutz), 155.

¹⁸⁸ Fiechter (Leistungsschutz), 155.

Der Täuschungsschutz in beiden Rechtsordnungen greift ausschliesslich im gewerblichen Bereich. Nur da kann die falsche Vorstellung über geschäftliche Verbindungen eine Fehlleitung von Geldströmen verursachen, worauf eine Partei Schaden erleidet.

Beide Rechtsordnungen kennen eine Anzahl von Indizien für die Feststellung einer Täuschungsgefahr. Die jeweils beachtenswerten Gesichtspunkte sind teilweise identisch, teilweise unterschiedlich. Die Konkretisierungen dieser Gesichtspunkte auf Verknüpfungen im Internet können deshalb häufig direkt in die jeweils andere Rechtsordnung übernommen werden oder dienen dort zumindest als Inspiration.

Eine Verknüpfung im Internet ist nach Ansicht von Autoren in den USA und in der Schweiz grundsätzlich geeignet, eine falsche Vorstellung über geschäftliche Verbindungen zu vermitteln²⁰⁵. Jedoch sind die Umstände des Einzelfalls massgeblich. Gerichtliche Entscheide sind zu dieser Frage, soweit ersichtlich, sowohl in der Schweiz als auch in den USA noch nicht ergangen.

Die Kombination aus Leistungs- und Täuschungsschutz bestimmt nicht abschliessend über Verknüpfungen im Internet. Empfinden einzelne Seitenbetreiber den rechtlichen Schutz als unzureichend, können sie technische Schutzmassnahmen ergreifen²⁰⁶. Diese sind aber nur wirkungsvoll bei der Blockierung sämtlicher Verknüpfungen mit einer Website. Dagegen kann ein Betreiber eine einzelne unerwünschte Verknüpfung mit seiner Website beim gegebenen Wissensstand nicht zuverlässig unterbinden. Eine Lockerung der rechtlichen Regel ist möglich, wenn sich die Parteien vertraglich einigen.

2. Würdigung

Der Regelungsmechanismus, eine Kombination aus Täuschungs- und Leistungsschutz, ist nach Auffassung des Verfassers eine gute Handhabe von Verknüpfungen im Internet.

Die Anwendung des Täuschungsverbots wie auch des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes setzt in beiden Rechtsordnungen voraus, dass die Streitparteien entweder Konkurrenten sind oder durch die Verknüpfung zu Konkurrenten werden. Zumindest aber müssen sie sich in derselben Branche betätigen. Umgekehrt geniessen Seitenbetreiber beinahe unbegrenzte Verknüpfungsfreiheit, wenn ihre Website einem gänzlich

¹⁸⁹ Fiechter (Leistungsschutz), 155 f.; Weber (Datenbanken), 20; Hilti (Leistungsschutz), 76 f.

¹⁹⁰ Nach A. Troller (Immaterialgüterrecht), 958, und Fiechter (Leistungsschutz), 157, müssen Übernehmer und Verwerter für die Anwendung von Art. 5 lit. c nicht identisch sein.

anderen Markt zugeordnet wird als die verknüpfte Website. Dies ist aus mehreren Gründen zu begrüssen.

Diese Regelung, die Verknüpfungen in vielen Fällen erlaubt, trägt den Interessen der Seitenbetreiber und der Nutzer Rechnung. Sowohl die Nutzer als auch die Seitenbetreiber können mit Hilfe von Verknüpfungen ihre Transaktionskosten senken²⁰⁷. Die Nutzer gelangen leichter von einer Informationsquelle zur nächsten. Thematisch geordnete Verknüpfungen vermitteln direkten Zugang zu ausführlichen Informationen über Leistungen und Anbieter, aber auch zu nichtgewerblichen Themen. Beachtenswert sind insbesondere jene Websites, die dem Nutzer einen Preisvergleich für dasselbe Produkt mit Links zu den verschiedenen Anbietern zur Verfügung stellen. Gut informierte Abnehmer können Angebote leichter mit ihren Bedürfnissen vergleichen und intensivieren zudem den Wettbewerb. Seitenbetreiber gelangen dank Verknüpfungen zu zusätzlichen Besuchern, wodurch sie Werbekosten einsparen.

Zugleich schützt die vorgestellte Regulierung in beschränktem Umfang Inhalte von Websites und sorgt für Klarheit im Markt. Stehen die Parteien einer Verknüpfung miteinander im Wettbewerb, greifen die Regeln zum Leistungsschutz. Denn bei einem Wettbewerbsverhältnis kann eine Verknüpfung zu einem Wettbewerbsvorteil führen, der dem Betreiber der verknüpften Website den Anreiz zur Produktion nimmt. Weiter verhindern die Regeln zum Täuschungsschutz, dass der Nutzer aufgrund unklarer Verbindung von Inhalten im Internet eine falsche Vorstellung über geschäftliche Verbindung oder Identität der betroffenen Seitenbetreiber bekommt.

Die geltende Regelung dient weiter der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit. Die Anknüpfung mit dem Konkurrenzverhältnis bzw. mit der Branchenähnlichkeit sowohl im Leistungs- wie auch im Täuschungsschutz macht die Anwendung der untersuchten Regeln von einem klar erkennbaren Kriterium abhängig. Rechtliche Risiken beim Setzen von Verknüpfungen lassen sich besser abschätzen. Ein weiterer Bereich von Verknüpfungsanwendungen ist von der untersuchten wettbewerbsrechtlichen Regulierung ausgespart. Dadurch können sich neue Geschäftsmodelle, welche Verknüpfungen im Internet einbeziehen, ungestört entwickeln²⁰⁸.

Unbehelligt vom wettbewerbsrechtlichen Leistungs- oder Täuschungsschutz bleiben nichtgewerbliche Websites von Privatpersonen, weil beide Regeln sowohl in der Schwei-

zer wie auch in der U.S.-amerikanischen Ausführung das gewerbsmässige Vorgehen des Beklagten voraussetzen. Für die Entwicklung des Internets als Forum für den Gedanken-, Meinungs- und Ideenaustausch ist diese Rechtslage von hervorragender Bedeutung.

Betreiber von privaten Websites verfügen meistens weder über das Wissen noch über die finanziellen Mittel, um die Zulässigkeit ihrer Verknüpfungen mit anderen Websites zu überprüfen. Würde eine schwer durchschaubare Rechtslage herrschen, bedeutete jedes Setzen einer Verknüpfung auf einer privaten Website für deren Betreiber ein rechtliches Risiko. Um dieses Risiko zu vermeiden, würden viele Betreiber privater Websites gänzlich auf die Verknüpfung mit anderen Websites verzichten. Dadurch verminderte sich die Qualität der privaten Websites, worauf diese von weniger Nutzern besucht würden. Einige Betreiber von privaten Websites gäben ihr Steckenpferd wohl ganz auf. Gründe dafür wären die rückläufigen Besucherzahlen und die Frustration über die eingeschränkten Verwendungsmöglichkeiten von Verknüpfungen. Von den privaten Betreibern, die weiterhin Verknüpfungen setzten, würden einige von Betreibern kommerzieller Websites unter Androhung juristischer Schritte zur Einstellung der Verknüpfungen aufgefordert. Aus Angst vor den Kosten eines Rechtsstreits leisten Privatpersonen solchen Aufforderungen in der Regel unabhängig von der Rechtslage Folge.

Nur eine klare und einfache Regel, wonach die nichtgewerbliche Verwendung von Verknüpfungen im Internet aus wettbewerbsrechtlichem Blickwinkel *immer* zulässig ist, gibt den zahlreichen privaten Seitenbetreibern jene rechtliche Sicherheit, die eine risikofreie und vielfältige Gestaltung privater Internet-Seiten ermöglicht.

Schliesslich bieten technische Vorkehrungen den Seitenbetreibern die Möglichkeit, sich unabhängig vom rechtlichen Schutz gegen eine Verknüpfung zu wehren. Solche Massnahmen sind für den Verknüpfenden unmissverständlich und erfordern auch keine Durchsetzung durch den Rechtsapparat.

3. Ergänzender Schutz durch die Generalklausel

Für die Schweiz bleibt zu prüfen, ob Verknüpfungen im Internet nebst den Bestimmungen zum Täuschungs- und Leistungsschutz weiteren Regeln unterworfen sind, die der UWG-Generalklausel zu entnehmen sind.

Um den Aktionsradius der Generalklausel bei der Beurteilung von Verknüpfungen im Internet abzuschätzen, sind zunächst die Regelungsmaterien des UWG und der Gesetze zum Schutze geistigen Eigentums (Immaterialgüterrecht) gegeneinander abzugrenzen.

Immaterialgüterrecht verleiht an bestimmten geistigen Errungenschaften eine eigentümerähnliche Stellung, woraus die Inhaber eine Reihe von Rechten schöpfen²⁰⁹. Die Gesetze betreffend das geistige Eigentum bestimmen den Inhalt dieser Rechte und deren Entstehung. Das UWG dagegen regelt das Verhalten der Marktakteure²¹⁰. UWG und Gesetze des Immaterialgüterrechts entfalten ihre Wirkung unabhängig voneinander²¹¹.

Dadurch kann eine geistige Leistung trotz fehlender immaterialgüterrechtlicher Anerkennung vor Übernahmen geschützt sein, wenn das UWG die Art und Weise der Übernahme verbietet²¹². Man spricht von einem reflexiven Schutz²¹³. Dabei entsteht an der geistigen Leistung kein eigentümerähnliches Recht²¹⁴. Lediglich bestimmte Übernahmemethoden werden verboten. Eine lautere Übernahme ist möglich. Sie ist jedoch in der Regel kostspieliger als die unlautere Vorgehensweise. Wegen der abschreckenden Wirkung der hohen Übernahmekosten bleibt die geistige Leistung trotz fehlender immaterialgüterrechtlicher Anerkennung häufig unangetastet²¹⁵.

Soll nun die Generalklausel neben dem Leistungsschutz und dem Täuschungsverbot einen weiteren wettbewerbsrechtlichen Regelungsgesichtspunkt bei der Beurteilung von Verknüpfungen im Internet einbringen, so hat sich dieser am *Verknüpfungsverhalten* auszurichten und nicht an Umfang oder Qualität des verknüpften Inhalts.

Das UWG gibt in seinen Spezialtatbeständen zahlreiche Beispiele unzulässiger Verhaltensweisen. Dazu gehören Herabsetzung²¹⁶, Irreführung²¹⁷ und Täuschung²¹⁸, Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Abnehmers²¹⁹, Verleitung zur Vertrags-

¹⁹¹ In diese Richtung tendiert auch Gilliéron (liens hypertextes), 765, wonach die Zulässigkeit von Verknüpfungen durch unkommerzielle Seiten nicht auch generell für kommerzielle Seiten gilt. Vgl. auch allgemein Pedrazzini (UWG), 33, wonach eine Tätigkeit zu ideellen Zwecken ohne jeglichen Bezug zu einer wirtschaftlichen Betätigung nicht nach Massgabe des UWG überprüft werden darf.

¹⁹² Gl. M.: Rosenthal (Projekt), 186, wonach ein Link nur der Verwertung der gelinkten Seite dient, wenn er direkt oder indirekt materielle Vorteile bringt.

¹⁹³ Art. 23 i.V.m. Art. 5 lit. c UWG.

¹⁹⁴ BGE 103 IV 129; 96 IV 82, 85; 90 IV 180, 187 f.; Stratenwerth (Strafrecht AT), § 3 Rz. 31 ff. Zum Grundsatz „nulla poena sine lege“, Art. 1 StGB und dem Bestimmtheitsgebot in Erlassen des Strafrechts, vgl. Trechsel/Noll (Strafrecht AT), 52 f. Danach sind Strafbarkeitslücken aufgrund technischer Entwicklungen bis zur Reaktion des Gesetzgebers hinzunehmen.

¹⁹⁵ Vgl. auch Rauber (Softwareschutz), 82, wonach die Verwertung von Software die Kopie auf einen weiteren Datenträger voraussetzt. Die Speicherung im Arbeitsspeicher ist danach keine Verwertung.

¹⁹⁶ BGE 87 II 54, 56 f. (ANUBA-Bänder); 109 II 483, 488 (Computerland); P. Troller (Kollisionen), 202 ff.; Pedrazzini (UWG), 98 (Nachahmung), 106 (Ausstattungsschutz).

verletzung oder -auflösung²²⁰, Vertrauensbruch²²¹, Verletzung von Geschäftsgeheimnissen²²² oder die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen²²³. Darüber hinaus erkannte die Rechtsprechung zur Generalklausel weitere unlautere Verhaltensweisen wie das planmässige Heranschleichen an eine fremde Ausstattung, die systematische Häufung raffinierter Nachahmungen „bis an die Grenze des Unzulässigen“ oder die einmalige genaue Nachahmung zur schmarotzerischen Ausbeutung des guten Rufes eines Konkurrenzzeugnisses²²⁴. Beim weiter vorne genauer untersuchten lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz nach Art. 5 lit. c UWG liegt der Unwert in der Übernahme durch ein technisches Reproduktionsverfahren ohne angemessenen Aufwand und dem damit einhergehenden Wettbewerbsvorteil des Übernehmers gegenüber dem Erstproduzenten²²⁵.

Um unter die Generalklausel subsumiert werden zu können, muss die Verknüpfung im Internet einen der genannten Verhaltensunwerte widerspiegeln oder einen bislang unentdeckten Verhaltensunwert darstellen.

Aus Sicht des Verfassers sind neben dem Verbot der Täuschung und der unlauteren Leistungsübernahme keine weiteren Verhaltensregeln bei der Beurteilung von Verknüpfungen im Internet einschlägig. Weder die Spezialtatbestände noch das Richterrecht enthalten ein weiteres beachtenswertes Beispiel für Verhaltensunrecht²²⁶. Ebensovienig ist eine bei der Anwendung des UWG bislang unentdeckte Form von Verhaltensunrecht erkennbar, die sich für die untersuchte Problematik anbietet.

Eine ergänzende Anwendung der Generalklausel im Zusammenhang mit Verknüpfungen im Internet kommt deshalb nur in den Bereichen der Täuschung und der Leistungsübernahme in Frage.

Art. 3 lit. d UWG, welcher das Element der Täuschung beinhaltet, ist sehr weit gefasst. Er beinhaltet praktisch jede Erscheinungsform von Verwechslungsgefahr. Eine ergänzende Anwendung der Generalklausel in diesem Bereich ist nicht vorstellbar. Dagegen hat Art. 5 lit. c UWG zur Regulierung der Leistungsübernahme wegen der

¹⁹⁷ SIWR-Streuli-Youssef, 143. Markenrecht: SIWR-Marbach, 112, m.H.a. BGE 102 II 122, 126 (Annabelle/Annette).

¹⁹⁸ BGE 126 III 315, 320 (Rivella/Apiella); 96 II 257, 259; 87 II 107, 108 f. (Narok); Pedrazzini (UWG), 86.

¹⁹⁹ BGE 112 II 362, 363 f.; 108 II 69, 75 (Rubik); SIWR-Streuli-Youssef, 144.

²⁰⁰ 126 III 315, 320 (Rivella/Apiella); SIWR-Streuli-Youssef, 145. Markenrecht: SIWR-Marbach, 95 ff., 117 ff.

²⁰¹ Vgl. dazu SIWR-Marbach, 116.