

IX. Zusammenfassung und Würdigung

A. Rechtslage in den USA und in der Schweiz

1. Einleitung

Im Rahmen dieser Arbeit wurden vier Problemkreise untersucht: Cybersquatting, Werbe-Email, Verknüpfungen im Internet und Meta Tags. Bei sämtlichen Problemkreisen geht es um eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Tätigkeit, weshalb in der Schweiz durchwegs das UWG Anwendung findet. Das zum Vergleich hinzugezogene U.S.-Recht verfügt diesbezüglich über keine einheitliche Kodifizierung. Gerichte in den USA entnehmen die einschlägigen Regeln zumeist dem Gesetz betreffend den Kennzeichenschutz (Lanham Act) oder dem Common Law. Wie in dieser Arbeit festgestellt werden konnte, verfügen die Schweiz und die USA für manche Problemkreise über einen ähnlichen Regelungsmechanismus.

2. Cybersquatting

Gerichte in den USA haben das Cybersquatting, bei welchem jemand arglistig und aus Profitgier ein fremdes Kennzeichen als Domain Name registriert, zunächst gestützt auf Sec. 43 (c) (1) Lanham Act zum Schutz von Kennzeichen vor Verwässerung beurteilt. Diese Regel wird jedoch der Cybersquatting-Problematik nicht vollumfänglich gerecht, weil sie nur berühmten Kennzeichen Schutz verleiht und einen kommerziellen Gebrauch des Kennzeichens voraussetzt. Der U.S.-Gesetzgeber erliess deshalb am 29. November 1999 den Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA), der ausschliesslich auf Cybersquatting-Sachverhalte anwendbar ist. Im gleichen Zeitraum erliess die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) die Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), die eine Beurteilung von Domain Namen Streitigkeiten durch Schiedsgerichte vorsieht. Gegen ACPA oder UDRP verstösst, wer bösgläubig aus Gewinnstreben einen Domain Namen registriert, der mit einem Kennzeichen identisch oder zum Verwechseln ähnlich ist. Beide Erlasse enthalten einen Katalog mit Indizien für und wider den bösen Glauben des Domain Namen Halters. Rechtsfolgen sind u.a. die Verpflichtung zur Übertragung oder zur Aufgabe der Domain.

Nach Schweizer Lehre ist Cybersquatting rechtswidrig, weil es betroffene Kennzeicheninhaber bei der Ausweitung ihrer Tätigkeit in den virtuellen Markt behindert. Das Registrieren eines fremden Kennzeichens als Domain Name ist nur zulässig, wenn der betreffende Halter ein eigenes rechtfertigendes Interesse hat. Diesen Beweggrund des Domain Namen Halters erörtert die Schweizer Lehre anhand von Hinweisen, die auch in den Indizienkatalogen von ACPA und UDRP enthalten sind. Stellt die Registrierung eines Domain Namens eine unlautere Behinderung dar, ist als erforderliche Rechtsfolge die Domain aufzugeben. Art. 3 lit. d UWG zum Schutz vor einer Verwechslungsgefahr eignet sich dagegen nicht für die Beurteilung von Cybersquatting. Diese Bestimmung setzt zwingend eine Verbindung des Domain Namens mit einer Website voraus, damit das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr überhaupt nach den üblichen Kriterien überprüft werden kann. Ein Cybersquatter verbindet jedoch zumeist gar keine oder nur eine belanglose Website mit dem Domain Namen. Zudem ist bei Vorliegen einer Verwechslungsgefahr die erforderliche Rechtsfolge nicht die Aufgabe der Domain, sondern lediglich das Verbot einer bestimmten Handlung.

ACPA, UDRP und das Behinderungsverbot im UWG sind im gegebenen Zeitpunkt in den USA bzw. in der Schweiz die einschlägigen Regeln für die Beurteilung von Cybersquatting. Obwohl die Regeln sehr effektiv sind, werden sie in der vorliegenden Arbeit kritisiert. Sie knüpfen praktisch ausschliesslich mit dem Beweggrund des Domain Namen Halters an. Dabei bleibt ein beachtliches Risiko für eine Fehleinschätzung. Sich dabei einschleichende Fehler wirken sich direkt auf das Endurteil aus. Anstelle der verbreiteten Regelung wird deshalb im Rahmen dieser Arbeit eine umfassende Interessenabwägung vorgeschlagen, die neben dem Motiv des Domain Namen Halters zahlreiche weitere Aspekte berücksichtigt.

3. Werbe-Email

Werbe-Email ist in der U.S.-Rechtsprechung und -Literatur zunächst gestützt auf Common Law-Regeln zum Eigentumsschutz oder zum Schutz vor Beeinträchtigungen von Geschäftsbeziehungen beurteilt worden. Zwischenzeitlich haben zahlreiche Einzelstaaten Gesetze betreffend das Versenden von Werbe-Email erlassen. Weitere Einzelstaaten sowie der Bund haben Gesetzesentwürfe vorgelegt. Die Erlasse aus den USA enthalten eine Vielzahl von Instrumenten, die allein oder in Kombination eine differenzierte rechtliche Handhabung des Versands von Werbe-Email ermöglichen. Die einzelnen Erlasse sind

unterschiedlich streng, wobei kein Regelwerk ein umfassendes Verbot von Werbe-Email vorsieht.

In der Schweizer Literatur gibt es unterschiedliche Auffassungen über die Zulässigkeit von Werbe-Email. Das Spektrum möglicher Auslegungen des geltenden Rechts reicht je nach Lehrmeinung von einem generellen Verbot von Werbe-Email bis hin zur grundsätzlichen Zulässigkeit vorbehaltlich einem Widerspruch durch den Empfänger. Anfänglich vertrat die Schweizer Lehre eine restriktive Haltung gegenüber Werbe-Email. Nun ist eine Tendenz hin zu einer differenzierten Betrachtung zu spüren.

Die vorliegende Arbeit kritisiert verschiedene Standpunkte in der Schweizer Lehre. Die vorgeschlagenen Straftatbestände sind zu wenig konkret und setzen darüber hinaus eine intensivere Beeinträchtigung als jene durch ein Email voraus. Ebenso wenig greifen das Verbot aggressiver Verkaufsmethoden nach Art. 3 lit. h UWG oder das auf die Generalklausel gestützte Verbot aggressiver Werbemethoden. Werbe-Email verursacht die dazu erforderliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit nicht.

Nach der hier vorgeschlagenen Regulierung müssen Versender von Werbe-Email bestimmte Punkte berücksichtigen. Dadurch kann der Nutzer individuell und nach seinen Präferenzen Werbe-Email empfangen oder blockieren. Rechtsgrundlage ist die Generalklausel.

4. Verknüpfungen im Internet

Die Lehre in den USA und in der Schweiz untersucht Verknüpfungen im Internet (Links, Frames etc.) unter denselben Gesichtspunkten. Sie berücksichtigt die Regeln einerseits zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz und andererseits zum Schutz vor Verwechslungsgefahr. Gerichte beider Länder hatten bis anhin noch nicht die Gelegenheit zur konkreten Anwendung der vorgeschlagenen Regeln.

Der Leistungsschutz verbietet die Verknüpfung des Inhalts einer Website, wenn deren Betreiber wegen Art, Umfang und Gegenstand der Verknüpfung den Anreiz zur Produktion des Inhalts zu verlieren droht. Der Täuschungsschutz sorgt dafür, dass Verknüpfungen im Internet die Klarheit über geschäftliche Verbindungen unter den Seitenbetreibern nicht trüben. Die zwei Regeln halten eine ausgewogene Balance zwischen der grundsätzlichen Freiheit zum Verknüpfen öffentlich zugänglicher Websites auf der einen Seite und dem Schutz von Arbeitsergebnissen sowie der Sicherung der Klarheit im Geschäftsverkehr auf der anderen Seite.

5. Meta Tags

Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags wird sowohl in der Schweiz wie auch in den USA zunächst darauf geprüft, ob sie eine Verwechslungsgefahr verursacht. Diese Gefahr besteht nicht, weil der Nutzer das Meta Tag mit dem Kennzeichen nicht direkt sieht und deshalb keinen Anhaltspunkt für eine falsche Zuordnung erhält. Ebenso wenig ist der Nutzer aus Schweizer Sicht Opfer einer Irreführung nach Art. 3 lit. b UWG, weil er in keinem Zeitpunkt falschen Vorstellungen unterliegt, die ihn zur Inanspruchnahme einer Leistung bewegen.

Das U.S.-Recht verbietet fremde Kennzeichen in Meta Tags unter dem Aspekt der sog. „initial interest confusion“. Aufgrund unzutreffender Suchergebnisse – verursacht durch Manipulation der Suchmaschine mit fremden Kennzeichen in Meta Tags – unterliegt der Nutzer für kurze Zeit einer Fehlvorstellung, die ihn auf eine Website lockt. Da er spätestens nach Herunterladen der betreffenden Website die Täuschung erkennt, hat diese keinen Einfluss auf eine allfällige Erwerbsentscheidung. Derartiges Setzen von Meta Tags ist dennoch verboten, weil eine Website Aufmerksamkeit erlangt, die ihr eigentlich nicht zusteht. Eine Reihe von Autoren erkennt im Schweizer Recht unabhängig von der Meta Tag-Problematik ebenfalls ein Verbot des Herbeiführens einer zeitweiligen Täuschung ohne direkte Wirkung auf die Erwerbsentscheidung. Dieser Auffassung folgt das Schweizer Bundesgericht jedoch nicht, wenn es die Verwechslungsgefahr am „kaufenden Publikum“ abschätzt.

Nichtsdestotrotz enthält das Schweizer Lauterkeitsrecht Regeln, die die Verwendung fremder Kennzeichen oder Ausstattungen auch ohne Täuschung über die Herkunft verbieten. Unlauter sind das Anlehnen und das durchtriebene Heranschleichen an ein fremdes Kennzeichen oder eine fremde Ausstattung, unabhängig von einer allfälligen Verwechslungsgefahr. Das kostenlose Ausnutzen des guten Rufes eines Mitbewerbers ermöglicht eine ungerechtfertigte Trittbrettfahrt. Auch der Verwender missbräuchlicher Meta Tags profitiert in durchtriebener Weise von der Bekanntheit fremder Kennzeichen, ohne damit eine Verwechslungsgefahr zu verursachen. Er erhält die Gelegenheit, seine Website Nutzern zu präsentieren, die auf der Suche nach dem Produkt mit dem fremden Kennzeichen oder nach Informationen darüber sind. Fremde Kennzeichen in Meta Tags sind deshalb grundsätzlich unlauter.

Jedoch lockert sowohl in den USA wie auch in der Schweiz ein langer Ausnahmekatalog das grundsätzliche Verbot von fremden Kennzeichen in Meta Tags. Fremde Kenn-

zeichen in Meta Tags sind zulässig, wenn sie notwendig sind zur schlanken Beschreibung der eigenen Leistung, z.B. als Ersatz oder Zubehör. Ebenso erfordert die wirtschaftliche Betätigung von nichtautorisierten Zwischenhändlern oder Gebrauchtwarenhändlern die Nennung fremder Kennzeichen. Weiter muss eine ungehinderte Berichterstattung über die betroffenen Produkte oder Unternehmen möglich sein. Und auch Private sollen sich in eigenen Websites über Leistungen oder Unternehmen unter Zuhilfenahme des entsprechenden Kennzeichens ungehindert äussern können. Unter diesen und weiteren Umständen ist die Verwendung fremder Zeichen gleichsam im sichtbaren Text wie in den Meta Tags zulässig.

Weder die aufgezeigte Regel aus der Schweiz noch jene aus den USA gilt als gefestigt. Während sich aber in den USA bereits Gerichte entsprechend geäußert haben, entspringt die Schweizer Regel fast ausschliesslich der Interpretation bestehenden Rechts durch den Verfasser. Nach der hier vertretenen Auffassung berücksichtigen die Regeln in den USA und in der Schweiz gleichermaßen die Aspekte des Kennzeichenschutzes und der Äusserungsfreiheit. Die vorgeschlagene Regelung, die ökonomische Überlegungen miteinbezieht, führt nicht zu einem anderen Ergebnis, sondern lediglich zu einer alternativen Betrachtungsweise.

B. Einbezug des Transaktionskostenansatzes ins UWG

1. Gegenstand

Im Rahmen dieser Arbeit wird die These vertreten, bei der Anwendung des UWG die Höhe der Transaktionskosten im Markt zu berücksichtigen. Unter verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten verdient jene den Vorzug, die im Markt die geringsten Transaktionskosten verursacht.

Grundlage für diesen Transaktionskostenansatz bildet eine Darstellung von Zielsetzung und Methode im UWG sowie in der ökonomischen Analyse des Rechts im theoretischen Teil dieser Arbeit¹. Aus der weitgehend identischen Zielsetzung (Wohlfstandsmaximierung) und der ähnlichen Methodik (Folgenorientierung) resultiert der Vorschlag, das Postulat aus der Ökonomischen Analyse nach tiefen Transaktionskosten auch bei der Anwendung des UWG zu berücksichtigen.

¹ Vgl. weiter vorne IV. (S. 17 ff.), insb. IV.D. (S. 82 ff.).

Andere Instrumente aus der ökonomischen Analyse des Rechts, insbesondere die Schaffung klarer und damit leicht handelbarer Rechte sowie die autoritäre Verteilung von Rechten und Pflichten nach Effizienzkriterien, lassen sich dagegen aus praktischen Gründen nicht in die UWG-Anwendung einbringen.

Der Transaktionskostenansatz harmoniert mit den geltenden Rechtsprinzipien im UWG, wonach der Wettbewerb zu fördern und die Geschäftsmoral zu erhalten ist. Tiefe Transaktionskosten wirken sich positiv auf den Wettbewerb aus. Der Abnehmer prüft mit geringem Aufwand zahlreiche Angebote und intensiviert damit den Wettbewerb. Auf der Marktgegenseite übermittelt der Anbieter dem Abnehmer kostengünstig und gezielt Informationen und Angebote. Aus geschäftsmoralischer Sicht verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass die Anbieter die Abnehmer nicht mit unnötigen Transaktionskosten belasten.

Jedoch gibt es Vorbehalte für die Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG. Zunächst ist nicht jeder Sachverhalt einer Beurteilung nach diesem Ansatz zugänglich. Weiter ist zu beachten, dass der Transaktionskostenansatz ausschliesslich die Wohlfstandsmaximierung bezweckt, währenddem die Zielsetzung des UWG weitere Aspekte beinhaltet. Diese sind im Einzelfall gesondert aufzuzeigen und zu berücksichtigen, selbst wenn damit gesamtwirtschaftliche Einbussen einhergehen.

Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Tätigkeit im Internet sind einer Beurteilung unter dem Transaktionskostenansatz häufig zugänglich. Streitgegenstand ist immer ein Informationsfluss. Dessen Qualität und Quantität wirkt sich auf die Transaktionskosten aus, da diese grösstenteils bei der Beschaffung von Informationen über die Marktteilnehmer und deren Leistungen entstehen.

Informationsflüsse im Internet wirken sich störend aus, wenn sie manipuliert oder inhaltlich falsch sind. Dasselbe gilt für an sich nützliche Information, deren Verbreitung verhindert wird oder ungezielt und im Übermass erfolgt. Weil unter diesen Umständen die Suche und Verbreitung von Informationen erschwert sind, erhöhen sich die Transaktionskosten sowohl bei Anbietern wie auch Abnehmern. Die Wettbewerbsqualität sinkt, weil die Abnehmer weniger gut über die Anbieter und ihre Leistungen informiert sind und deshalb ihre Rolle als Schiedsrichter schlechter wahrnehmen können. Zudem sind gesamtwirtschaftliche Einbussen die Folge, weil die Abnehmer schwieriger oder gar nicht mehr jene Angebote finden, die mit ihren Bedürfnissen übereinstimmen.

Die konkrete Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG auf das Internet sieht vor, bei der Beurteilung wirtschaftsbezogener Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Informationsflüssen die Auswirkungen auf die Transaktionskosten zu berücksichtigen. UWG-Regeln sollen auf tiefe Transaktionskosten im Markt hinwirken. Die Störung eines Informationsflusses ist unlauter, wenn sie die Transaktionskosten unnötig erhöht bzw. eine Senkung derselben ungerechtfertigt verhindert. Auf diese Weise leistet das UWG einen Beitrag zur Intensivierung des Wettbewerbs unter den Anbietern im Internet und zur einfacheren Bedürfnisbefriedigung der Abnehmer. Konkurrierende Ziele des UWG bleiben vorbehalten; vorgeschlagene Lösungen stützen sich deshalb häufig nicht ausschliesslich auf den Transaktionskostenansatz, sondern beinhalten diesen als einen Orientierungsgesichtspunkt neben anderen.

Vier Problemkreise wurden im Rahmen dieser Arbeit näher untersucht: Cybersquatting, Werbe-Email, Verknüpfungen im Internet (Links, Frames etc.) sowie Meta Tags. Die Untersuchung enthält jeweils eine Darstellung der Rechtslage in der Schweiz und in den USA, die im Rahmen der Schlussbetrachtung bereits rekapituliert wurden. Es folgt nun eine Zusammenfassung der ökonomischen Betrachtung der vier Problemkreise unter besonderer Berücksichtigung der Transaktionskosten. Ebenso werden die Lösungsvorschläge, die den Transaktionskostenansatz berücksichtigen, noch einmal kurz erläutert. In manchen Problemkreisen erleichtern Hinweise aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur der Vereinigten Staaten die Übertragung ökonomischer Überlegungen in Rechtsregeln.

2. Cybersquatting

Folgt man der ökonomischer Analyse des Rechts, so ist ein Domain Name als knappes Gut so zuzuteilen, dass daraus die am höchsten geschätzte Verbindung zwischen Domain und Website resultiert. Dabei spielen regelmässig die möglichen Einsparungen an Suchkosten bei den Nutzern die wichtigste Rolle². Vereinfacht ausgedrückt ist nach ökonomischen Kriterien die Domain mit der Website jenes Betreibers zu verbinden, den die meisten Nutzer dahinter erwarten. Damit gelangen die Nutzer bereits nach Eingabe des bekannten Kennzeichens auf die gewünschte Website und können sich die Suchkosten sparen, die der Weg über eine Suchmaschine verursacht. Die Transaktionskosten der Nutzer sinken. Cybersquatting ist aus ökonomischer Sicht schädlich, weil dadurch die

² Vgl. dazu die detaillierte ökonomische Begründung weiter vorne, V.C.3. (S. 121 ff.).

Domain nicht bei jenem Domain Namen Halter liegt, wo sie die höchste Wertschätzung genießt.

Domain Namen Streitigkeiten – dabei kann es sich um Cybersquatting oder um eine herkömmliche Kennzeichenstreitigkeit handeln – dürfen aber nicht allein nach ökonomischen Kriterien beurteilt werden. Schweizer Gerichte haben für Kennzeichenkonflikte, die sich nicht mit einem Erlass aus dem Kennzeichenrecht lösen lassen, zahlreiche Orientierungsgesichtspunkte entwickelt, die eine Entscheidung, gestützt auf eine Interessenabwägung, ermöglichen. Das Bundesgericht wendet diese Interessenabwägung auch bei Domain Namen Streitigkeiten an, die von Erlassen aus dem Kennzeichenrecht nicht erfasst werden. An dieser Stelle wird vertreten, für Domain Namen Streitigkeiten die Interessenabwägung um den ökonomischen Gesichtspunkt, der die Suchkosten der Nutzer berücksichtigt, zu erweitern. Dieser Vorschlag trägt den Interessen der Nutzer Rechnung, die unter den bisher berücksichtigten Aspekten lediglich reflexiven Schutz genießen. Weiter wird vorgeschlagen, diesen erweiterten Katalog von Orientierungsgesichtspunkten auch bei der Beurteilung des Cybersquatting anzuwenden. Dabei ist anhand dieser Gesichtspunkte eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Cybersquatters und jenen des Kennzeicheninhabers an der Domain durchzuführen. Diese Interessenabwägung führt zum Verbot des Cybersquatting. Sie bedeutet aber eine Abkehr von der Beurteilung nach dem lauterkeitsrechtlichen Behinderungsverbot. Dieses wird im Rahmen dieser Arbeit kritisiert, weil es fast ausschliesslich auf die mitunter unklaren Beweggründe des Domain Namen Halters abstützt.

3. Werbe-Email

Werbe-Email ist aus ökonomischer Sicht grundsätzlich wünschenswert. Sie ermöglicht eine preisgünstige Kommunikation vom Anbieter zum Abnehmer. Gut informierte Abnehmer sind sensibel hinsichtlich Preis und Qualität von Angeboten und intensivieren den Wettbewerb, weil sie die ihnen zugedachte Aufgabe als Schiedsrichter besser erfüllen als schlecht informierte Abnehmer. Die Abnehmer profitieren einerseits vom erhöhten Preisdruck als Folge des intensiven Wettbewerbs. Andererseits können sie mit Hilfe der verfügbaren Informationen ihre Bedürfnisse leichter mit den angebotenen Leistungen vergleichen.

Werbe-Email kann aber Nachteile haben. Nutzer empfinden sie abhängig von Umfang, Menge und Inhalt als Belästigung. Sie können in der Informationsflut die nützlichen Mitteilungen nicht mehr erkennen.

Das Versenden von Werbe-Email ist deshalb bis zu jenem Ausmass wünschenswert, in welchem der Grenznutzen in Form nützlicher Information (sinkende Transaktionskosten) grösser ist als die Grenzkosten in Form von Belästigung (steigende Transaktionskosten). Hierzu macht sich jeder Nutzer seine eigene Rechnung.

Im Rahmen dieser Arbeit wird eine Kombination von Regeln vorgeschlagen, bei deren Einhalten Werbe-Email zulässig sein soll. Die Betreffzeile jeder Werbe-Email hat (1) einen Hinweis auf die Werbeeigenschaft und (2) eine knappe Angabe zur beworbenen Leistung zu enthalten. (3) Weiter darf die Werbe-Email nur einen begrenzten Umfang haben. (4) Jeder Nutzer muss die Möglichkeit haben, mit geringem Aufwand einem bestimmten Versender die Zusendung weiterer Werbe-Email zu verbieten. (5) Und schliesslich soll der Versender eine Werbe-Email überhaupt erst dann zusenden, wenn er Anhaltspunkte hat, dass der Empfänger an der beworbenen Leistung interessiert ist.

Dieses Regelwerk ermöglicht zunächst die Anwendung von Filtertechniken. Weiter kann der Nutzer mit wenig Aufwand den Inhalt einer Werbe-Email erkennen und bestimmten Versendern die weitere Zusendung verbieten. Letztlich wird der Nutzer Werbe-Email mit jener Information und in jener Menge empfangen, von der er sich den höchsten Nutzen verspricht. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, leistet Werbe-Email unter diesen Umständen den grösstmöglichen Beitrag zur Wohlstandsverbesserung.

Jedes der fünf Kriterien verkörpert den Grundsatz von Treu und Glauben. Das Regelwerk erfordert weder aus rechtsstaatlichen noch aus organisatorischen Gründen eine Gesetzgebung. Als Rechtsgrundlage genügt die Generalklausel.

4. Verknüpfungen im Internet

Verknüpfungen im Internet wie Links oder Frames senken die Transaktionskosten der Nutzer. Diese können bei der Suche nach Informationen von der vorausgegangenen Sortierleistung anderer profitieren. Verschiedene Inhalte sind nach den Bedürfnissen der Nutzer miteinander kombiniert oder verbunden. Aus Sicht des Nutzers ist eine Verknüpfung lediglich dann unerwünscht, wenn sie ihn über den Schöpfer einer Website oder über die Beziehungen zwischen Seitenbetreibern täuscht. Und selbst täuschende Verknüpfungen werden von den Nutzern nur missbilligt, wenn das Wissen um den Betreiber einer Website oder dessen geschäftliche Beziehungen im Einzelfall eine Rolle spielen. Seitenbetreiber haben, abhängig vom Umfang ihrer Website, ein unterschiedliches Interesse an Verknüpfungen. Abgesehen von Links auf die Einstiegsseite (Homepage) neigen

Betreiber umfangreicher Websites eher dazu, Verknüpfungen zu missbilligen. Sie fürchten um ihre Werbeeinnahmen, weil die Nutzer direkt zu den interessanten Informationen gelangen und deshalb das Angebot nur kurz und punktuell nutzen. Erzielen die Seitenbetreiber aus diesem Grund nicht ausreichend Werbeeinnahmen, so verlieren sie den Anreiz zur Produktion von Inhalten. Die Betreiber kleiner Websites schätzen hingegen Verknüpfungen, weil dadurch gewissermassen „Laufkundschaft“ auf die kleine und zumeist unbekannte Website gelangt. Die Transaktionskosten der Betreiber kleiner Websites sinken, weil preisgünstig Besucher gewonnen werden können. Eine ökonomisch begründete Regel muss Verknüpfungen in jener Art und Weise zulassen, in welcher die Vorteile für die Nutzer und die Betreiber kleiner Websites die Nachteile der Betreiber grosser Websites aufwiegen.

Nach der hier vertretenen Ansicht bietet das geltende Recht – eine Kombination aus Leistungs- und Täuschungsschutz – aus ökonomischer Sicht eine gute Regelung. Zunächst verbietet es die Täuschung über geschäftliche Beziehungen der Seitenbetreiber. Daran sind alle betroffenen Parteien interessiert, d.h. die Betreiber kleiner und umfangreicher Websites sowie die Nutzer. Nur korrekte Informationen können Transaktionskosten senken.

Unterschiedlich sind die Interessen am Leistungsschutz. Während Betreiber kleiner Websites und Nutzer an der weitgehend freien Verknüpfung interessiert sind, leiden darunter die Betreiber umfangreicher Websites. Verlieren Seitenbetreiber ihre Werbeeinnahmen, haben sie keinen Anreiz mehr zur Produktion von Inhalten. Art. 5 lit. c UWG wird diesem Problem gerecht. Er verbietet die Übernahme von fremden Websites oder Teilen davon, wenn der Übernehmer sich mit dem fremden Inhalt an das gleiche Publikum zur Befriedigung der gleichen Bedürfnisse richtet wie der betroffene Seitenbetreiber. Unter diesen Umständen verliert nämlich der betroffene Seitenbetreiber Besucher an den Übernehmer. Seine Werbeeinnahmen sinken und damit sein Anreiz zur Produktion von Inhalten. Gibt der betroffene Seitenbetreiber die Produktion von Inhalten auf, tritt niemand an seine Stelle, weil es jedem gleich erginge. Der Markt wird die betreffenden Inhalte nicht mehr herstellen. Im Konkurrenzverhältnis kann die Übernahme also schädlich sein. Dagegen ist die Übernahme nach Art. 5 lit. c UWG zulässig, wenn Übernehmer und Inhalteproduzent nicht in Konkurrenz stehen. Ökonomisch betrachtet ist unter diesen Umständen die Übernahme sogar wünschenswert. Die Vorleistung erfährt eine breitere Nutzung, ohne dass dabei jemand zu Schaden kommt. Art. 5 lit. c UWG ist mit dem Regelungsmechanismus in den USA sehr ähnlich, knüpft dieser doch auch mit dem Konkurrenzverhältnis an.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Regelungsmechanismus mit den Bestandteilen Täuschungs- und Leistungsschutz ausgewogen. Er wird gleichermassen dem Interesse an tiefen Transaktionskosten wie auch am Schutz von Inhalten gerecht. Der Vorschlag einer alternativen Regel erübrigt sich.

5. Meta Tags

Meta Tags sind genauso nützlich wie sie schädlich sein können. Treffend gesetzt, erleichtern sie den Suchmaschinen die Arbeit und damit dem Nutzer die Suche nach Informationen im Internet. Umgekehrt erschweren unpassende Meta Tags die Suche, weil Suchmaschinen Hinweise hervorbringen, die thematisch nicht im Kontext mit dem Suchbegriff stehen. Meta Tags senken die Suchkosten und damit die Transaktionskosten der Nutzer nur dann, wenn sie zuverlässig den Inhalt der betreffenden Website wiedergeben. Jede Abweichung davon führt entweder zu weniger oder zu mehr Information als für eine effektive Suche notwendig ist.

Im Rahmen dieser Arbeit wird das Prinzip der Relevanz als Regel für die Beurteilung von Meta Tags vorgeschlagen. Danach soll sich der Seitenbetreiber beim Setzen von Meta Tags stets fragen, ob die darin enthaltenen Begriffe durch den Inhalt der betreffenden Website konkretisiert werden. Fremde Kennzeichenrechte schränken ihn dabei grundsätzlich nicht ein. Handelt die Website von einer gekennzeichneten Leistung, darf der Seitenbetreiber die gängige Bezeichnung in die Meta Tags aufnehmen. Denn die Nutzer, die das Kennzeichen als Suchbegriff eingeben, halten nicht nur nach Informationen des Kennzeicheninhabers oder entsprechend autorisierter Anbieter Ausschau. Sie sind desgleichen an Informationen Dritter interessiert, z.B. durch neutrale Berichterstattung oder nichtautorisierte Verkaufsstellen. Missbräuchlich ist die Berufung auf das Relevanzprinzip, wenn der Inhalt der betreffenden Website offensichtlich eine bestimmte gekennzeichnete Leistung nur deswegen umschreibt, damit ein Grund zum Setzen des entsprechenden Kennzeichens in den Meta Tags vorliegt.

In der Darstellung der Schweizer Rechtslage wird eine Regelung als anwendbar erachtet, die auf den Prinzipien des Ausstattungsschutzes und des Anlehungsverbots basiert. Sie ist *im Ergebnis* mit dem hier vorgeschlagenen Relevanzprinzip weitgehend identisch. Hingegen stellt sie den Anbieter ins Zentrum der Betrachtung, währenddem sich das Relevanzprinzip am Nutzer und an der Minimierung seiner Suchkosten als Teil der Transaktionskosten ausrichtet.

Rechtsgrundlage für das Relevanzprinzip ist die Generalklausel. Die Pflicht zum Festlegen der Meta Tags nach den Interessen der Nutzer basiert auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Vernünftig gesetzte Meta Tags verbessern das Verhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer, weil sie den Informationsaustausch vereinfachen. Weiter senken treffende Meta Tags die Transaktionskosten der Abnehmer und führen damit zu einer Wohlstandsverbesserung. Ebenso intensivieren sie den Wettbewerb, weil Abnehmer mit ihrer Hilfe unterschiedliche Angebote leichter finden und vergleichen können.

6. Unterschiedliche Erscheinungsformen des Transaktionskostenansatzes

Die Lösungsvorschläge zu den einzelnen Problemkreisen machen deutlich, dass der Transaktionskostenansatz in den rechtlichen Erwägungen zum UWG unterschiedliche Rollen spielen kann. Bei der Beurteilung des Cybersquatting dient er als *zusätzliches Argument* neben weiteren Orientierungsgesichtspunkten. Bei der vorgeschlagenen Regulierung von Werbe-Email ist der Transaktionskostenansatz *ausschliesslicher Orientierungspunkt*. Die Regelung zu den Verknüpfungen im Internet, die auf den Täuschungs- und Leistungsschutz abstellt, wird den betroffenen ökonomischen Interessen von vornherein gerecht. Unter diesen Umständen dient der Transaktionskostenansatz lediglich als *Kontrollinstrument*. Nachdem für die Beurteilung von Meta Tags im UWG eine befriedigende Lösung, gestützt auf die Prinzipien im Ausstattungsschutz und im Anlehnungsverbot, vorliegt, ermöglicht der Transaktionskostenansatz eine *alternative Beurteilungsweise*. Er stellt die Abnehmerinteressen in den Vordergrund, während die vorgeschlagenen lauterkeitsrechtlichen Instrumente mit den Interessen der Anbieter anknüpfen.

C. Würdigung des Transaktionskostenansatzes

Die Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG – unter verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die im Markt die geringsten Transaktionskosten verursacht – hat Vor- und Nachteile. Vorteile des Transaktionskostenansatzes sind seine Eignung für die Beurteilung von Informationsflüssen, seine Offenheit und überhaupt die Tatsache, dass damit eine weitere Methode zur sachgerechten Konkretisierung des UWG zur Verfügung steht. Insbesondere die Generalklausel gewinnt durch den Transaktionskostenansatz an Griffbarkeit und kann dadurch ihre Aufgabe als umfassendes Regelungsinstrument bei Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Tätigkeit erfüllen. Dadurch

lässt sich voreilige Gesetzgebung gerade im jungen und starken Veränderungen unterworfenen Internet-Bereich vermeiden. Ein Nachteil des Transaktionskostenansatzes ist die bisweilen schwierige Messbarkeit der Transaktionskosten in den unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten. Weiter mag man einen Nachteil darin erkennen, dass der Transaktionskostenansatz sich nicht zur Beurteilung aller UWG-relevanten Sachverhalte eignet. Nachteilig ist auch die eindimensionale Ausrichtung des Transaktionskostenansatzes auf die Wohlstandsmaximierung. Sie wird der vielfältigen Zielsetzung im UWG nur teilweise gerecht. Der Transaktionskostenansatz darf deshalb nur unter dem Vorbehalt der Verwirklichung weiterer Ziele des UWG zur Anwendung gelangen. Die Vor- und Nachteile des Transaktionskostenansatzes werden nachfolgend im einzelnen erläutert.

Der Transaktionskostenansatz eignet sich für die Beurteilung von Informationsflüssen. Im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung dienen Informationsflüsse häufig dazu, den Marktteilnehmern Informationen über Leistungen und deren Anbieter bzw. Nachfrager zu vermitteln. Die Beschaffung solcher Informationen ist wesentlicher Teil der Such-, Verhandlungs- und Durchsetzungskosten, d.h. der Transaktionskosten. Ein Informationsfluss erleichtert den Austausch von Leistungen und fördert damit Wirtschaft und Wettbewerb, wenn er zur Verminderung der Transaktionskosten beiträgt. Dagegen ist ein Informationsfluss in wirtschaftlicher Hinsicht unerwünscht, wenn er die Transaktionskosten erhöht und damit den Leistungsaustausch erschwert. Bei der Beurteilung eines Informationsflusses, gestützt auf den Transaktionskostenansatz, ist jene Entscheidungsvariante zu wählen, welche die tiefsten Transaktionskosten nach sich zieht. Streitigkeiten im Internet betreffen immer Informationsflüsse. Kommt es zur Beurteilung eines wirtschaftsbezogenen Informationsflusses im Internet, lassen sich die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen mit dem Kriterium der Transaktionskosten oftmals feststellen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden die Problemkreise Cybersquatting, Werbe-Email, Verknüpfungen im Internet und Meta Tags unter diesem Gesichtspunkt untersucht; der Transaktionskostenansatz lieferte für alle vier Problemkreise Lösungshinweise.

Weiter hat der Transaktionskostenansatz den Vorteil, dass er offen ist für die Beurteilung neuer Erscheinungsformen wirtschaftlicher Betätigung, wie man sie gerade im Internet häufig antrifft. Wendet das Gericht einen Spezialtatbestand oder die anerkannten Rechtsprinzipien der Geschäftsmoral oder des Leistungsprinzips an, so stellt es das umstrittene Verhalten einer Reihe von Verbotsnormen gegenüber. Ist davon keine einschlägig, gilt das betreffende Verhalten als zulässig. Der Transaktionskostenansatz dagegen fragt nach den gesamtwirtschaftlichen Gewinnen oder Verlusten aufgrund der untersuchten Verhaltensweise und leitet daraus die Entscheidung über die Zulässigkeit eines

Verhaltens ab. In dieser Hinsicht steht der Transaktionskostenansatz der funktionalen Auslegung des UWG nahe, die ebenfalls die ökonomischen Vorteile eines Verhaltens berücksichtigt. Gerade bei der Beurteilung von Verhalten im Internet ist eine offene Fragestellung erforderlich. Ansonsten besteht die Gefahr, dass gesamtwirtschaftlich betrachtet wünschenswerte neue Verhaltensweisen und Geschäftsmodelle wegen Nebenaspekten verboten werden.

Der Transaktionskostenansatz ist ein zusätzlicher Gesichtspunkt bei der Konkretisierung des UWG und leistet damit einen Beitrag zur sachgerechten Anwendung insbesondere der Generalklausel. Im Hinblick auf Internet-Streitigkeiten ist er bei der Anwendung der Generalklausel eine hilfreiche Stütze. Auf eine Internet-Sondergesetzgebung im Anwendungsbereich des UWG kann deshalb weitgehend verzichtet werden. Zumindest für die Lösungsvorschläge im Rahmen dieser Arbeit bot die Generalklausel eine ausreichende gesetzliche Grundlage.

Die Anwendung der Generalklausel ist im Internet-Bereich aufgrund der Neuheit und der schnellen Veränderungen der Gesetzgebung vorzuziehen. Gesetze zur spezifischen Internet-Regulierung müssen zumindest im gegebenen Zeitpunkt *ultima ratio* bleiben. Dafür gibt es zunächst einen praktischen Grund. Für viele Rechtsprobleme im Internet fehlen überzeugende Gesetzesentwürfe. Juristen befassen sich erst seit kurzer Zeit mit dem Internet. Rechtsauffassungen über bestimmte Verhaltensweisen im Internet sind erst im Entstehen begriffen. Zwar gibt es grosse Fortschritte im rechtlichen Umgang mit dem Internet, wie die Entwicklung in den letzten paar Jahren beweist. Doch gerade diese Fortschritte zeigen die Relativität vorausgehender Rechtsansichten und mahnen deshalb zur Vorsicht, was die Würdigung der momentanen Auffassungen angeht. Die Wahrscheinlichkeit ist gross, dass speziell für das Internet erlassene Rechtssätze in ein paar Jahren überholt sind³. Unpassende Rechtssätze sind dabei nicht bloss Ärgernis, sondern vielmehr eine Gefahr für die Entwicklung des Internets. Schlechte Gesetzgebung bringt die Technologie von ihrem natürlichen Entwicklungsverlauf ab und hemmt sie dadurch⁴. Abgesehen von praktischen und entwicklungspolitischen Überlegungen ist spezifische

³ Oder in den unzimperlichen Worten Easterbrooks (*Law of the Horse*), 207: „Beliefs lawyers hold about computers, and predictions they make about new technology, are highly likely to be false. This should make us hesitate to prescribe legal adaptations for cyberspace. The blind are not good trailblazers.“

⁴ Nach Stanford Law Professor Lawrence Lessig soll sich die Internet-Technologie möglichst frei entfalten können. Regulierung sei nur bei zwingenden Gründen statthaft, vgl. Du Bois, Grant: Stanford's Lessig: Shame on Napster opponents, *eWEEK*, February 16, 2001; <<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2687160,00.html>>.

Internet-Gesetzgebung auch deswegen unerwünscht, weil sie zu einem unübersichtlichen Flickwerk von Sondernormen führt, die mitunter von den überlieferten Wertungen abweichen⁵.

Regulierung durch Richterrecht, wozu die UWG-Generalklausel eine Grundlage bietet, vermag dagegen flexibel auf sich ändernde Gegebenheiten zu reagieren. Zwar ist auch das Gericht den Geboten der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes verpflichtet. Dennoch kann es seine Praxis ändern, wenn klar bessere Argumente dafür sprechen. Der hier vorgeschlagene Transaktionskostenansatz gibt dem Gericht ein Instrument in die Hand, um insbesondere Verhaltensweisen im Internet unter Abwägung der Vor- und Nachteile gestützt auf die Generalklausel zu beurteilen.

Nachteilig am Transaktionskostenansatz sind die Schwierigkeiten bei der Messung der Transaktionskosten. Sie werden die konkrete Anwendung des Transaktionskostenansatzes jedoch selten gefährden. Im Rahmen der einzelnen Entscheidung werden nämlich die Transaktionskosten aus den verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten nicht als absolute Werte evaluiert, sondern lediglich relativ zueinander verglichen.

Ebenfalls ist zu beachten, dass bei vielen Störungen der wirtschaftlichen Betätigung die Transaktionskosten keine Rolle spielen. Unter diesen Umständen lässt sich der Transaktionskostenansatz nicht anwenden. Im Einzelfall muss sich der Rechtsanwender deshalb stets die Vorfrage stellen, ob der Transaktionskostenansatz ein geeignetes Instrument zur Beurteilung des vorgelegten Sachverhalts ist.

Ein Nachteil des Transaktionskostenansatzes ist dessen eindimensionale Ausrichtung. Das alleinige Ziel möglichst tiefer Transaktionskosten bedeutet die ausschliessliche Ausrichtung auf die Wohlstandsmaximierung. Zwar zielt auch das UWG auf die Wohlstandsmaximierung ab. Jedoch hat es daneben noch weitere Ziele. Zu denken ist an die Interessen des Landes, an Aspekte der Geschäftsmoral und des Persönlichkeitsschutzes sowie an Partikularinteressen, die in den Spezialtatbeständen zum Ausdruck kommen. Diese Ziele haben im Einzelfall bei der Anwendung des UWG eine unterschiedliche Bedeutung. Der Transaktionskostenansatz wird diesen Zielen nicht gerecht. Sie sind deshalb bei der Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG gesondert zu berücksichtigen.

⁵ Vgl. dazu etwa die Gesetzgebung in den USA zur Cybersquatting-Problematik, worin der Begriff der Verwechslungsgefahr im Zusammenhang mit Domain Namen abweichend vom herkömmlichen Verständnis verwendet wird. Im einzelnen weiter vorne, V.D.3.2 (S. 143 ff.), sowie die Kritik daran, V.G.2. (S. 184 ff.).

Zusammengefasst erfolgt die Beurteilung eines Sachverhalts unter Berücksichtigung des Transaktionskostenansatzes nach der folgenden Methode. Der Rechtsanwender beantwortet zunächst zwei Vorfragen: (1) Eignet sich der Sachverhalt für eine Überprüfung nach dem Transaktionskostenansatz? (2) Welche Ziele des UWG, neben der Wohlfahrtsmaximierung, sind im Rahmen des vorgelegten Sachverhalts ebenfalls von Bedeutung und sind deshalb gesondert zu betrachten? Eignet sich der Sachverhalt für eine Untersuchung nach dem Transaktionskostenansatz, geht der Rechtsanwender dazu über, die Transaktionskosten in den unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten zu vergleichen. Daneben legt er gegebenenfalls die weiteren massgeblichen Ziele des UWG offen. Schliesslich wägt er ab, inwieweit von der Lösung mit den tiefsten Transaktionskosten abgewichen werden soll, um weitere Ziele des UWG zu verwirklichen. Der Rechtsanwender muss sich dabei unweigerlich die Frage stellen, welcher Preis für die Verwirklichung weiterer Ziele des UWG zu bezahlen ist. Abhängig von der Bedeutung der betroffenen Ziele wird er mehr oder weniger stark von der ökonomischen Leitlinie abweichen.

Sachverhalte im Internet sind einer Beurteilung nach der Methode des Transaktionskostenansatzes zugänglich, weil es dabei häufig um Informationsflüsse geht, die einen Einfluss auf die Höhe der Transaktionskosten im Markt haben. Der Transaktionskostenansatz erleichtert die Anwendung der UWG-Generalklausel auf Sachverhalte im Internet. Internet-Sondergesetzgebung im Anwendungsgebiet des UWG ist nicht erforderlich.