

Zur Diskussion / A discuter

Zur Fallgruppe der Behinderung und beschreibenden Domainnamen: Der «tax-info»-Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt

DAVID VASELLA*

Das Zivilgericht Basel-Stadt hat am 10. März 2005 ein Urteil gefällt, das in mehrfacher Hinsicht beachtenswert ist. Zum einen handelt es sich um einen der bedauerlicherweise seltenen Fälle, in denen ein Gericht seinen Entscheid direkt auf die Generalklausel des UWG (Art. 2) stützt. Zum anderen liegen nur wenige Entscheide vor, die sich mit der Fallgruppe der Behinderung auseinandersetzen. Der folgende Beitrag versucht, die Gemeinsamkeit behindernder Verhaltensweisen zu bestimmen, und kritisiert den Entscheid des Gerichts, einen beschreibenden Domainnamen gestützt auf einen älteren, ähnlichen und ebenfalls beschreibenden Domainnamen zu verbieten.

Le Tribunal civil de Bâle-Ville a rendu le 10 mars 2005 une décision intéressante à maints égards. Il s'agit d'une part malheureusement de l'un des rares cas dans lesquels le Tribunal fonde sa décision en appliquant directement la clause générale de la LCD (art. 2). D'autre part, il n'existe que peu de décisions qui ont pour objet les actes d'entrave. L'article qui suit se propose de mettre en évidence les éléments caractéristiques de tels actes et jette un regard critique sur la décision du Tribunal qui interdit l'usage d'un nom de domaine descriptif en se référant à un nom de domaine antérieur semblable, également descriptif.

- I. Einleitung**
 - II. Zum Begriff der Behinderung**
 - 1. Der herkömmliche Begriff und seine Schwächen
 - 2. Präzisierung
 - III. Gattungsbegriffe in Domainnamen**
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Zulässigkeit
 - 3. Konflikte beschreibender Domainnamen
 - IV. Schlussfolgerung**
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Einleitung

Das Zivilgericht Basel-Stadt hat sich in einem am 10. März 2005 ergangenen Urteil (sic! 2005, 821 ff., «www.tax-info.ch/www.info-tax.ch») mit der Frage beschäftigt, ob sich der Inhaber eines solchen aus gemeinfreien Begriffen gebildeten Domainnamens gegen die Verwendung ähnlicher Domainnamen zur Wehr setzen könne. Der Kläger, ein auf dem Gebiet des Steuerrechts tätiger Verlag, bietet unter dem Domainnamen www.tax-info.ch die Benutzung einer elektronischen Datenbank zum Steuerrecht an. Der Beklagte ist ein auf dem gleichen Gebiet tätiger Verlag und bot spätestens seit Juli 2003 unter dem Domainnamen www.info-tax.ch ebenfalls eine Datenbank an. Der Kläger verlangte unter anderem, es sei dem Beklagten die Verwendung der Bezeichnung «Info-Tax» im Zusammenhang mit Publikationen und Dienstleistungen, welche das Steuerrecht betreffen, zu verbieten. Das Verbot wurde erst im Massnahme- und dann im ordentlichen Verfahren erlassen.

Es handelt sich hier um eine der wenigen Entscheidungen, die sich direkt auf Art. 2 UWG stützen. Das Gericht sah im klägerischen Verhalten eine unlautere Absatzbehinderung. Zunächst ist näher auf die Fallgruppe der Behinderung einzugehen, dann insbesondere auf Konflikte zwischen ähnlichen beschreibenden Domainnamen.

II. Zum Begriff der Behinderung

1. Der herkömmliche Begriff und seine Schwächen

Nach dem üblichen Verständnis umfasst die Behinderung jedes Verhalten, das geeignet ist, den Mitbewerber in seiner Wettbewerbsposition zu beeinträchtigen. Es ist direkt gegen den Wettbewerber gerichtet¹, ausnahmsweise auch gegen das Funktionieren des Markts als solches (Marktverstopfung, siehe hinten II/2.c).

Diesem Behinderungsbegriff fehlt jede Kontur. Die Beeinträchtigung der fremden Wettbewerbsstellung alleine ist nicht unlauter, sondern eine mögliche Folge jeder Marktteilnahme. Eine Definition, die sich auf diese Beeinträchtigung stützt, umschreibt deshalb nicht einen Anwendungsfall der Generalklausel von Art. 2 UWG, sondern jedes Verhalten, das sich auf den Wettbewerb auswirkt; die «Behinderung» wird so zum Synonym für die Wettbewerbshandlung. Man trägt dieser Weite des Begriffs Rechnung, indem man einschränkt, die unlautere Behinderung sei eine Behinderung, die sich durch ein weiteres Element auszeichnet. Nun ist das Typische an der so verstandenen Behinderung nicht mehr die Beeinträchtigung, sondern gerade das unbestimmte, qualifizierende Element.

2. Präzisierung

a) Gezielte Behinderung

Man kann sich fragen, ob eine präzise Definition von Begriffen wie demjenigen der Behinderung möglich und erforderlich sei, von Begriffen also, die Fallgruppen mit ohnehin offenem Charakter bezeichnen. Man wird sehen, dass sie es ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Behinderung ein Verhalten, das bestimmt und geeignet ist, die eigene Marktposition durch direkte, gezielte Einwirkung auf einen Mitbewerber zu verbessern. Näher zu bestimmen bleibt, worin diese Gezieltheit des Verhaltens besteht.

b) Rechtsprechung

Die Praxis stellt bei der Mehrzahl der Behinderungssachverhalte auf die Absicht ab:

Die Personalabwerbung ist an sich erlaubt, also nur unter besonderen Umständen unlauter. Als solche Umstände hat die Rechtsprechung bisher insbesondere das Vorgehen mit Behinderungsabsicht betrachtet². Ähnlich bei der Schutzrechtsverwarnung: Selbst wenn sie unzutreffend ist, ist sie nicht notwendigerweise unlauter³. Eine unlautere Behinderung liegt aber bei erpresserischer oder nötigen-der Absicht vor⁴ oder bei einer Verwarnung wider besseres Wissen oder entgegen ernsthafter Zweifel mit der Absicht, den Betrieb des Konkurrenten einzuschränken⁵. Der Aufruf zum Boykott ohne Behinderungsabsicht ist nicht denkbar. Anders die Preisunterbietung: Weil die Preisgestaltung dem Anbieter im Grundsatz freisteht (vgl. aber Art. 3 lit. f UWG), ist die Unterbietung nur unlauter, wenn besondere Umstände vorliegen. Dazu gehört nach der Rechtsprechung insbesondere die Absicht, den unterbotenen Mitbewerber auf kürzere oder längere Sicht auszuschalten⁶. Ähnlich bei der Hinterlegung von Marken, der Eintragung von Firmen und der Registrierung von Domainnamen: Die Hinterlegung von Sperr- oder Defensivmarken wird meist auf der Grundlage von Art. 2 ZGB mangels Gebrauchsabsicht als systemwidrig und deshalb nichtig betrachtet⁷. Die Registrierung von Domainnamen ist unlauter, wenn sie in der Absicht erfolgt, einen Mitbewerber zur Zahlung eines «Lösegelds» zu veranlassen oder an einem eigenen Internetangebot zu hindern. Für diese Absicht spricht u.a. eine

¹ M. Streuli-Youssef, SIWR V/1, Basel 1998, 119; ähnlich C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel u.a. 2001, UWG 2 N 116.

² Obergericht Zug vom 16. April 1996, sic! 1997, 323, «Berater-Vertriebsnetz».

³ Ch. Willi, Die Schutzrechtsverwarnung als immaterialgüterrechtliches Rechtsinstitut, AJP 1999, 1384.

⁴ Vgl. M. Pedrazzini / F. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 2002, Rz. 4.74.

⁵ Cour de Justice GE vom 24. November 1995, SMI 1996, 386, «RITVIK»

⁶ Cour de Justice GE vom 27. Januar 1989, SMI 1990, 183, «Alexia»; BGE 85 II 450, «de Boer»; KGer VS vom 14. Januar 1981, RVJ 1981 454 f., «Montana Stahl».

⁷ Obergericht Thurgau vom 27. März 2003, sic! 2005, 195, «Limmi I»; BGE 127 III 164, «Securitas»; BGE 116 II 467, «Coca-Cola»; BGE 98 Ib 185, «Bayer»; Bundesgericht vom 1. Mai 2003, sic! 2004, 326, «Integra / Wintegra»; Bundesgericht vom 22. August 1984, SMI 1983, 98, «Golden Lights II». Zur Firmeneintragung ohne Gebrauchsabsicht s. BGE 93 II 258, «Teppich-Discount».

grosse Anzahl registrierter Domainnamen und vor allem das Fehlen eines sachlichen Interesses an der Verwendung des Domainnamens⁸.

Zur Massenverteilung von Originalware (die unentgeltliche Abgabe von Waren bzw. Erbringung von Dienstleistungen) existiert soweit ersichtlich kaum Rechtsprechung; die Lehre betrachtet sie u.a. dann als unlauter, wenn sie mit Behinderungsabsicht erfolgt⁹. Dasselbe gilt für die Lieferverweigerung (ein Lieferant knapper Ressourcen verweigert die Belieferung eines Anbieters) und das Aufkaufen knapper Ressourcen (Leerkaufen des Beschaffungsmarkts)¹⁰. Solche Sachverhalte sind allerdings nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Behinderungsabsicht, sondern namentlich auch unter Berücksichtigung der Marktfolgen zu beurteilen; siehe hinten II/2.c.

c) *Folgerung: Erfordernis der Behinderungsabsicht*

Nach der hier vertretenen Auffassung ist aus dem Gesagten zu schliessen, dass nur eine entsprechende Absicht – die Behinderungsabsicht – aus der (erlaubten) Beeinträchtigung eine (unlautere) Behinderung macht. Sogenanntes behinderndes Verhalten ohne Behinderungsabsicht ist deshalb nicht notwendigerweise erlaubt; es kann allenfalls von einer anderen Fallgruppe erfasst werden. Die Personalabwerbung z.B. gilt auch ohne Behinderungsabsicht als unlauter, wenn sie bezweckt, vertrauliche Kenntnisse über den Arbeitgeber zu erlangen, doch handelt es sich dann nicht um eine Behinderung, sondern um einen Ausbeutungstatbestand¹¹.

Das Kriterium der Behinderungsabsicht verträgt sich durchaus mit dem Postulat einer funktionalen Auslegung, die auf die Auswirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb abstellt. Eine Handlung ist nämlich nicht erst unlauter, wenn sie den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt; vielmehr genügt bereits die entsprechende Eignung. Nun besitzt eine Handlung grundsätzlich eine grössere Eignung, den Wettbewerb zu verfälschen, wenn sie statt auf die Förderung des eigenen Absatzes auf die Beschädigung einer fremden Wettbewerbsstellung gerichtet ist¹². Zwar fliesst die Bedeutung der Behinderungsabsicht eher aus dem Kriterium der Geschäftsmoral als aus jenem des unverzerrten Wettbewerbs, doch reicht die Verletzung der Geschäftsmoral zur Begründung der Unlauterkeit bereits aus¹³.

Die Lehre subsumiert durchaus auch Sachverhalte unter den Begriff der Behinderung, deren Gemeinsamkeit nicht in der gezielten Behinderung eines Mitbewerbers besteht, sondern in der Beeinträchtigung des Funktionierens des Wettbewerbs. Dazu gehört die Ausübung von Nachfragemacht (ein Grossverteiler verlangt etwa von einem Lieferanten Vorzugskonditionen und droht, dessen Waren andernfalls aus dem Sortiment zu entfernen; ein Anbieter verlangt Prämien als Schaufenster- oder Regalmiete usw.), ebenso jede Art von Untereisabgabe (Preisunterbietung; unentgeltliche Warenabgabe). Im Unterschied zur individuellen Behinderung wird hier allein oder vorwiegend auf die Marktfolgen abgestellt. Ist die individuelle Behinderung Ausdruck des Konkurrentenschutzes und einer auch moralischen Sichtweise, so zeigt sich gerade bei der Marktstörung die funktionale Ausrichtung des UWG. Dieser Unterschied ist bedeutend genug, um die Marktstörung als eigene Fallgruppe zu erfassen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher zwischen der Fallgruppe der gezielten Behinderung und jener der Marktstörung zu unterscheiden.

Was gilt, wenn die Behinderungsabsicht bei einem objektiv unter die Fallgruppe der gezielten Behinderung fallenden Verhalten zu fehlen scheint, etwa bei möglicherweise versehentlichem Überleben fremder Werbung? Hier handelt es sich v.a. um ein Beweisproblem. Der Wahrnehmung zugänglich sind nur äussere Umstände, aus denen allenfalls auf innere Tatsachen wie die Absicht geschlossen werden kann. Liegen solche Umstände vor, obliegt es dem Urheber der fraglichen Handlung, die

⁸ Obergericht Thurgau vom 6. Juni 2002, sic! 2002, 688, «eMarket.ch»; Obergericht Thurgau vom 19. Februar 2002, sic! 2002, 613, «Automarken-Domain-Grabbing»; Handelsgericht Zürich vom 18. Dezember 2001, ZR 101 (2002), Nr. 51, «Volvo»; BGE 126 III 247, «Berner Oberland»; Gerichtskreis III Bern-Laupen vom 15. März 1999, sic! 2000, 26, «artprotect.ch»; Handelsgericht St. Gallen vom 25. Juni 2002, SGGVP 2002, Nr. 57, 171, «breco.ch».

⁹ Baudenbacher (Fn. 1), UWG 2 Rn. 166; L. David / R. Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2005, Rn. 124; ähnlich Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 4), Rz. 4.49.

¹⁰ Baudenbacher (Fn. 1), UWG 2 N 117.

¹¹ Baudenbacher (Fn. 1), UWG 2 N 271.

¹² Baudenbacher (Fn. 1), UWG 1 N 39 f; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 4), Rz. 1.41; M. Berger, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Zürich 1997, 209: «Amoralisches Verhalten wirkt sich immer auf den Austauschprozess aus».

¹³ Das ist nicht unbestritten. Für die Gleichwertigkeit beider Kriterien J. Müller, SIWR V/1, Basel 1998, 25; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 4), Rz. 1.41; im Grundsatz auch Baudenbacher (Fn. 1), UWG 1 N 40 (vgl. aber UWG 1 N 41).

Beweiskraft der Indizien zu entkräften, z.B. durch den Nachweis eines sachlichen Interesses. Misslingt dies (wie es beim Überkleben fremder Plakate wahrscheinlich der Fall ist), ist von einer entsprechenden Absicht auszugehen. Gelingt ihm aber der Nachweis, ist seine Handlung nur unlauter, wenn sich dies aus ihren Marktfolgen ergibt. Als Beispiel dient die Registrierung von Domainnamen: Ist sie behindernd, hat der Inhaber des Domainnamens ein sachlich gerechtfertigtes Interesse nachzuweisen. Misslingt dies, ist von der Behinderungsabsicht auszugehen (siehe vorne II/2.b); gelingt es ihm, ist die Verwendung des Domainnamens zulässig. Man darf Fragen des Beweises nicht mit solchen der Lauterkeitsrechtlichen Wertung vermengen¹⁴.

Dieser engere Behinderungsbegriff entspricht demjenigen des deutschen Rechts. Nach § 4 Nr. 10 des deutschen UWG ist insbesondere die «gezielte Behinderung» unlauter. Nach Omsels ist das Element der Gezieltheit stets ein subjektives Element. Diese Ansicht ist nicht unbestritten, anderer Ansicht ist insbesondere Köhler, doch dies gerade aufgrund einer fehlenden Unterscheidung zwischen beweis- und lauterkeitsrechtlichen Fragen¹⁵.

III. Gattungsbegriffe in Domainnamen

1. Ausgangslage

Das Zivilgericht Basel-Stadt hatte zu beurteilen, ob der Kläger seinen Unterlassungsanspruch auf das UWG stützen könne (ob der aus Gattungsbegriffen gebildete Domainname des Klägers zulässig sei, war nicht Gegenstand des Entscheids; vgl. E. 2.b). In Frage kamen die Generalklausel (Art. 2 UWG) und Art. 3 lit. d UWG (Verwechslungsgefahr). Das Vorliegen einer solchen verneinte das Gericht, denn das klägerische Zeichen «Tax-Info» sei aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise beschreibend und also schutzunfähig («Die Zusammensetzungen «Info-Tax» und «Tax-Info» bedeuten [...] schlicht dasselbe wie Steuerinformation»). Für eine Datenbank zum Steuerrecht sind sie offensichtlich beschreibend und daher kennzeichen- und schutzunfähig, E. 2.b).

In Bezug auf Art. 2 UWG stützte sich das Zivilgericht unter anderem auf die Erwägung, die Verwendung der Begriffe «tax» und «info» im Domainnamen des Beklagten sei geeignet, Internetnutzer vom Angebot des Klägers ab- und zum eigenen Angebot hinzulenken. Dies sei dem Abfangen von Kunden vergleichbar und stelle eine unlautere Absatzbehinderung dar (E. 2.c).

Die Behinderungswirkung, die von einem gemeinfreien Domainnamen ausgeht, ist tatsächlicher Natur – ein Domainname kann aus technischen Gründen nicht nochmals in identischer Form registriert werden, und Kunden mögen aufgrund des Gattungsbegriffs schneller zur betreffenden Internetseite finden. Ein rechtlicher Ausschliesslichkeitsanspruch besteht an gemeinfreien Begriffen dagegen nicht¹⁶. Eine Behinderung, die ihn aufgrund der Ähnlichkeit der Domainnamen besonders treffen mag, verletzt deshalb keine rechtlich geschützten Interessen. Es ist also verfehlt, die Behinderungswirkung des Domainnamens des Beklagten spezifisch gegenüber dem Kläger zu prüfen, solange dem Beklagten kein direkt gegen den Kläger gerichtetes Vorgehen vorgeworfen werden kann. Darauf finden sich im Sachverhalt aber keine Hinweise, soweit die beiden Domainnamen zur Debatte stehen¹⁷. Zu fragen ist daher erstens, ob gemeinfreie Domainnamen überhaupt zulässig sind, und zweitens, ob eine spezifisch gegen den Kläger gerichtete Behinderung vorliege.

2. Zulässigkeit

In der Regel wird die Frage, ob die Verwendung gemeinfreier Begriffe in Domainnamen lauterkeitsrechtlich zulässig sei, unter dem Aspekt der Kanalisierung von Kundenströmen untersucht: Der Rang, in welchem Internetseiten bei Suchmaschinen angezeigt werden, wird u.a. davon beeinflusst, ob der Suchbegriff in der Adresse (der URL) der Internetseite verwendet wird. Insofern ist es von Vorteil, Gattungsbegriffe zu verwenden. Ferner suchen Internetnutzer häufig nach Gattungsbegriffen und geben Gattungsbegriffe möglicherweise direkt als URL ein (nach dem Muster www.suchbegriff.ch). Kunden gelangen so eher auf die betreffende Internetseite und verzichten möglicherweise auf eine

¹⁴ Illustrativ ist das Urteil des Obergerichts Thurgau vom 27. März 2005, sic! 2005, 195, «Limmi I».

¹⁵ H.-J. Omsels, in: H. Harte-Bavendamm / F. Henning-Bodewig (Hg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, München 2004, § 4 Nr. 10 Rn. 7; H. Köhler, in: A. Baumbach / W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, München 2004, § 4 Rz. 10.7.

¹⁶ Anders allenfalls bei Verkehrsdurchsetzung.

¹⁷ Das Gericht wirft der Beklagten zwar auch eine unlautere systematische Anlehnung vor, doch nur im Hinblick auf Werbeunterlagen und einen Artikel im «Treuhand» (E. 2.c).

weitere Suche. Ein aus solchen Begriffen gebildeter Domainname bietet deshalb einen Wettbewerbsvorteil. Eine Wettbewerbsverfälschung ist aber nicht auszumachen. Die Generalklausel bietet gegen solche Sachverhalte i.d.R. keine Handhabe¹⁸. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn ein Thema durch eine Vielzahl beschreibender Domainnamen systematisch – also mit Behinderungsabsicht – besetzt würde¹⁹.

Im Einzelfall ist es denkbar, dass beschreibende Domainnamen gegen das Irreführungsverbot verstossen, wenn sie eine Alleinstellungsbehauptung enthalten, doch dürfte das nur selten der Fall sein. Der durchschnittliche Internetnutzer ist sich bewusst, dass hinter einem Domainnamen wie etwa «www.beton.ch» nicht der einzige Betonhersteller oder -anbieter der Schweiz steckt²⁰.

3. Konflikte beschreibender Domainnamen

Wie erwähnt, kann sich die Inhaberin eines aus Gattungsbegriffen gebildeten Domainnamens nicht auf Art. 3 lit. d UWG berufen, um sich gegen einen ähnlichen, ebenfalls beschreibenden Domainnamen zu schützen. Das gilt jedenfalls solange, als sich ihr Domainname nicht im Verkehr durchgesetzt hat.

In Frage kommt aber der Schutz aus Art. 2 UWG. Die einschlägige Erwägung des Zivilgerichts: «Unlauter ist namentlich die Absatzbehinderung, die darin liegen kann, dass Kunden in Nähe des Geschäfts der Konkurrenz angesprochen und mit dem eigenen Angebot konfrontiert werden; diese Art des Umlenkens von Kunden kann auch im virtuellen Raum des Internets stattfinden. [...] Vorliegend verwendet die Beklagte mit dem Begriff «Info-Tax» für ihr Produkt eine gemeinfreie Bezeichnung, die von derjenigen der Klägerin kaum zu unterscheiden ist. Hinzu kommt, dass bei der Recherche im Internet mittels einschlägiger Suchmaschinen wie z.B. «Google» die Reihenfolge der Begriffe keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielt, so dass die Suche nach der klägerischen Bezeichnung «Tax-Info» auch zu den Seiten der Beklagten führt. Das Vorgehen der Klägerin war dadurch geeignet, die Kunden der Klägerin abzufangen und auf ihr eigenes Angebot umzuleiten; es ist daher unlauter im Sinne der Absatzbehinderung» (E. 2.c).

Eine Absatzbehinderung liegt aber nur vor, wenn das unmittelbare Ziel des Abfangens jenes ist, den Absatz des Mitbewerbers zu verringern. Ist die Beeinträchtigung des Absatzes blosser Nebenwirkung, ist es verfehlt, von Behinderung zu sprechen (siehe vorne II/2.). Hier ging es dem Beklagten wohl darum, für sich selbst Kunden zu werben bzw. durch eine Internetsuche mit den beschreibenden Begriffen «info» und «tax» auffindbar zu werden.

Dagegen wird unter dem Abfangen von Kunden in der «analogen» Welt das Abfangen in der Nähe des fremden Ladenlokals und das Hinlenken auf das eigene Ladenlokal verstanden. Die Unlauterkeit soll nach einer in der Lehre vertretenen Ansicht – Rechtsprechung existiert soweit ersichtlich nicht – darin liegen, dass ein «bereits gefasster Kaufentschluss unmittelbar auf das eigene Angebot umgeleitet wird»²¹. Es ist aber durchaus zulässig, sich auch dann an Kunden zu wenden, wenn sie sich direkt vor dem Ladenlokal eines Mitbewerbers befinden. Der Kunde wird zu einem sachlichen Leistungsvergleich nicht unfähig, weil er sich in der Nähe eines Konkurrenten befindet. In der Lehre findet sich denn auch kaum ein Hinweis darauf, aus welchen Gründen ein solches «Abfangen» unlauter sein oder wie das Umleiten eines fremden Kaufentschlusses tatsächlich vor sich gehen soll. Wenn ein Kaufentschluss durch zulässige Mittel «umgelenkt wird», ist das im Gegenteil so zu verstehen, dass der Kunde eben nicht entschlossen war. Entscheidend ist daher nicht, ob sich der Absatz des Mitbewerbers möglicherweise verringert, sondern einerseits das Mittel der Beeinflussung – Belästigung, unsachliche Werbung und dergleichen können das Abwerben unlauter machen –, andererseits eine allfällige Behinderungsabsicht²².

¹⁸ G. Joller, Gemeinfreie Begriffe in Domainnamen?!, AJP 2002, 954; ähnlich R. H. Weber, E-Commerce und Recht, 165.

¹⁹ Dasselbe gilt im deutschen Recht; der BGH hielt im mitwohnerzentrale.de-Urteil (17. Mai 2001, I ZR 216/99) fest, aus beschreibenden Begriffen gebildete Domainnamen stellen keine unlautere Behinderung dar, solange sie nicht irreführend seien und ihr Inhaber keine gezielte Behinderung beabsichtige (E. 1.b.bb.3).

²⁰ Joller (Fn. 20), 956. Besteht dennoch eine Irreführungsgefahr, kann ihr mit einem aufklärenden Hinweis begegnet werden. Ein Verbot der Benutzung des Domainnamens wäre unverhältnismässig.

²¹ Baudenbacher (Fn. 1), UWG 2 N 119.

²² Ebenso für das deutsche Recht Köhler (Fn. 15), § 4 Rz. 10.25. Selbst wenn man annimmt, im blossen Umlenken des Kaufentschlusses liege eine Behinderung, wäre nachzuweisen, dass ein solcher Kaufentschluss besteht. Wer beschreibende Begriffe in eine Suchmaske z.B. bei Google eingibt, ist jedenfalls noch kein Kunde eines Anbieters, dessen Domainname diese – gemeinfreien! – Begriffe enthält.

IV. Schlussfolgerung

Der Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt läuft darauf hinaus, alle potenziellen Kunden dem Inhaber des ersten entsprechenden Domainnamens zuzuordnen, die Zulässigkeit dieses Domainnamens aber darauf zu stützen, dass er Kundenströme nicht übermässig kanalisieren. Der Inhaber des älteren Domainnamens hat sich deshalb, in den Worten des Zivilgerichts Basel-Stadt, «die Verwirrung, die aus der kennzeichenmässigen Verwendung von Begriffen des Gemeinguts entstehen kann, [...] selbst zuzuschreiben» (E. 2.b).

Ein rechtlicher Schutz beschreibender Domainnamen gegen ähnliche Domainnamen besteht daher nur ausnahmsweise: Erstens bei Verkehrsdurchsetzung des älteren Domainnamens, zweitens bei gezielter Behinderung durch den Inhaber des jüngeren. Eine solche Behinderung liegt nicht schon darin, dass der jüngere Domainname ähnliche beschreibende Begriffe enthält, sondern setzt ein Handeln in Behinderungsabsicht voraus.

Dieses Abstellen auf die Behinderungsabsicht und damit die Betonung der geschäftsmoralischen Komponente des Begriffs von Treu und Glauben dient gerade nicht dazu, ein unspezifisches Gefühl von «Das tut man nicht» zu verstärken, sondern dazu, es, falls vorhanden, offenzulegen. Das Kriterium der Geschäftsmoral erlaubt dem Richter daher nicht, seine persönlichen Empfindungen zum Massstab des lautereren Handelns zu machen, sondern zwingt ihn zu sorgfältiger Begründung seines Entscheids und allenfalls zur Verneinung einer unlauteren Behinderung, wenn keine Behinderungsabsicht nachgewiesen werden kann.

Zusammenfassung

Mit der Fallgruppe der Behinderung werden nach herkömmlichem Verständnis Verhaltensweisen zusammengefasst, denen die Eignung gemeinsam ist, einen Mitbewerber in seiner Wettbewerbsposition zu beeinträchtigen. Dieser Behinderungsbegriff ist nach der hier vertretenen Auffassung unbrauchbar, denn die Eignung zur Beeinträchtigung wird bereits für die Anwendung des UWG überhaupt vorausgesetzt (nur Wettbewerbshandlungen fallen unter das UWG). Behindernd ist vielmehr jedes Wettbewerbsverhalten, das nach der Absicht seines Urhebers dazu bestimmt ist, den Mitbewerber direkt (und nicht indirekt auf dem Umweg über die Abnehmerseite) zu beeinträchtigen («gezielte Behinderung»). Eine Untersuchung der Gerichtspraxis zeigt, dass dieser engere Behinderungsbegriff mit der Rechtsprechung vereinbar ist. Auch die funktionale Auslegung verträgt sich mit dem Abstellen auf die Behinderungsabsicht.

Die Verwendung von Gattungsbegriffen ist in Domainnamen auch nach schweizerischem Recht zulässig. Da Gattungsbegriffe aber gemeinfrei sind – jedenfalls solange sie sich nicht im Verkehr durchgesetzt haben –, kann sich der Inhaber eines entsprechenden Domainnamens nicht gegen die Verwendung eines ähnlichen beschreibenden Domainnamens zur Wehr setzen; jedenfalls solange nicht, als der Mitbewerber nicht mit Behinderungsabsicht handelt: Die Verwendung gemeinfreier Begriffe in Domainnamen ist nur zulässig, weil damit noch keine wettbewerbsverfälschende Kanalisierung von Kundenströmen verbunden ist. Die Zulässigkeit ähnlicher beschreibender Domainnamen verzerrt daher nicht den Wettbewerb, sondern ist vielmehr dessen Voraussetzung.

Résumé

Par acte d'entrave, on entend généralement les comportements qui ont pour effet de porter atteinte à la position d'un concurrent sur le marché. Selon l'opinion défendue ici, cette définition est inutilisable, car la capacité d'être en mesure de porter une atteinte constitue de toute manière une exigence pour que la LCD soit applicable (seuls les actes de concurrence entrent dans le champ d'application de la LCD). Constitue au contraire une entrave tout acte de concurrence qui, selon l'intention de son auteur, est destiné à porter directement («entrave ciblée») atteinte au concurrent (et non pas indirectement en agissant sur les acheteurs). Un examen de la pratique des tribunaux montre que cette notion restrictive d'entrave est compatible avec jurisprudence. Une interprétation fonctionnelle est également conciliable avec le fait de se baser sur l'intention de l'auteur de l'acte.

L'utilisation de termes génériques dans les noms de domaine est également admissibles en droit suisse. Mais puisque les termes génériques sont à la disposition de tous – sauf s'ils se sont imposés –

le titulaire d'un tel nom de domaine ne peut pas s'opposer à l'usage d'un nom de domaine semblable, du moins tant que le concurrent n'agit pas dans l'intention d'entraver la concurrence. L'utilisation de notions génériques dans les noms de domaine n'est admissible que parce qu'elle n'a pas pour effet de détourner la clientèle d'une façon qui perturberait le marché. L'admissibilité de tels noms de domaine descriptifs ne porte donc pas atteinte à la concurrence, mais au contraire la stimule.

* Rechtsanwalt, Zürich, und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich.