

Bundesamt für Kommunikation BAKOM
z.Hd. Herrn Peter Fischer und Herrn Stéphane Bondallaz
Zukunftstrasse 44
2501 Biel

SWITCH
Limmatquai 138
Postfach
CH-8021 Zürich
Telefon +41 44 268 15 15
Fax +41 44 268 15 68
beranek@switch.ch
www.switch.ch

Zürich, 14. September 2006

Stellungnahme zur Revision der Verordnungen zum FMG

Sehr geehrter Herr Fischer,
Sehr geehrter Herr Bondallaz,

Mit Schreiben vom 28. Juni 2006 hat das BAKOM die betroffenen Kreise zur Vernehmlassung der Revision der Ausführungsbestimmungen zum FMG eingeladen.

SWITCH handelnd als Registerbetreiberin im Sinne von Art. 13ff AEFV ist von den Änderungen in der AEFV unmittelbar betroffen. Wir danken Ihnen deshalb für die Möglichkeit zur Stellungnahme des Entwurfes der Revision der AEFV und erlauben uns darüber hinaus einige zusätzliche Änderungsvorschläge im Zuge der vorliegenden Revision zu unterbreiten.

1. Art. 4 Abs. 1 AEFV - Zuteilung begründet Nutzungsrecht?

Entwurf BAKOM: Das Bundesamt teilt auf Gesuch Adressierungselement zu. Die Zuteilung begründet ein Nutzungsrecht für die Inhaber oder die Inhaberin.

Antrag: rev. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 soll für Domain-Namen nicht anwendbar sein

Vorschlag SWITCH: Ausschluss von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 indem dieser in Art. 14f Abs. 3 als Ausnahme eingefügt wird (siehe unseren Kommentar zu Art. 14f Abs. 3).

Begründung:

Die Einführung eines Nutzungsrechtes für Domain-Namen würde zu einer Verwirrung hinsichtlich der bestehenden Rechtslage führen. Dies gilt sowohl für das Verhältnis zur Registerbetreibern wie auch für das Verhältnis zu Dritten bei Kollision mit anderen Kennzeichenrechten. Darüber hinaus ist der Begriff Nutzungsrecht unklar und die Verordnungsstufe keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Nutzungsrecht an Domain-Namen, die aufgrund privatrechtlicher Bestimmungen den Inhabern auf Gesuch hin zugeteilt werden. Denn grundsätzlich können über den Vertrag hinaus am **Domain-Namen selbst keine Rechte bestehen**. Die Domain-Namen stellen eine rein faktische, technisch bedingte Exklusivstellung dar. Diese Qualifikation entspricht auch derjenigen unserer Nachbarnländer und dem grössten Teil der Länder der Europäischen Union, sofern die Zuteilung wie in der Schweiz basierend auf Privatrecht erfolgt.

Eine detaillierte juristische Begründung kann aus Anhang 1 entnommen werden.

Fazit:

SWITCH beantragt die Streichung der Einräumung des Nutzungsrechtes zumindest an Domain-Namen.

2. Art. 12 Abs. 1 und 1bis AEFV Sofortiges Inkrafttreten des Widerrufs

Entwurf BAKOM: Der Widerruf von Adressierungselementen tritt sofort in Kraft.

Das Bundesamt kann ein späteres Inkrafttreten des Widerrufs verfügen, wenn Benutzerinnen und Benutzer von in Betrieb stehenden Adressierungselementen davon betroffen sind oder wichtige technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern.

Antrag: -

Begründung:

Bis anhin wurde die Frist des In-Kraft-tretens von 90 Tagen für Domain-Namen gemäss Ziff. TAV auf 10 Tage verkürzt. SWITCH geht davon aus, dass bei der Umkehr der Regel für Domain-Namen der Widerruf ebenfalls erst nach 10 Tagen in Kraft tritt d.h. die entsprechende Bestimmung der TAV nicht ändert.

Darüber hinaus ist hier festzuhalten, dass ein Widerruf im Bereich des DNS niemals „sofort“ in Kraft treten kann. Zwar kann ein Domain-Name sofort aus der Datenbank gelöscht werden, aber bereits im DNS-Zonenfile kann er erst ausgetragen werden, wenn ein Zonen-Reload erfolgte. Derzeit erfolgt ein solcher Zonenreload 4-mal täglich. Im Übrigen verhindern Cache-Funktionen von Servern privater Nutzer, dass auch noch Tage nach der

Löschung die Domain-Namen erreichbar sind, da sich der Server der Privaten Nutzer die entsprechende IP-Adresse im Speicher gemerkt hat und diese erst nach Ablauf der sog. Time-to-leave löscht. Diese Time-to-leave-Frist kann von mehreren Stunden bis zu mehreren Tagen reichen und ist gänzlich ausserhalb des Einflussbereiches der Registerbetreiberin oder eines ISP's.

Fazit:

SWITCH befürwortet im Rahmen der obigen Erläuterungen die Änderung.

3. Art. 14f Abs. 1 AEFV Eingang des Gesuches

Entwurf BAKOM: -

Antrag: Präzisierung der Formulierung des Grundsatzes First come, first served

Vorschlag SWITCH: „Die Registerbetreiberin teilt die Domain-Namen auf Gesuch und entsprechend der chronologischen Reihenfolge des Eingangs beim Registrierungssystem der Registerbetreiberin zu.“

Begründung:

Die vorgeschlagene Formulierung präzisiert, wo der Grundsatz First come, first served gilt, nämlich beim Eingang des Registrierungssystems der Registerbetreiberin.

Gesuche können auf unterschiedlichen Kanälen bei der Registerbetreiberin eintreffen. Je nach Kanal (Webschnittstelle, elektronische Schnittstellen für Wholesalespartner, Fax, Post) braucht es Vorverarbeitungsschritte, die unterschiedlich aufwändig und zeitintensiv sind. Bei der Übergabe ins Registrierungssystem muss das System bei der Bearbeitung der aufbereiteten Gesuche nach dem First come, first served Prinzip vorgehen.

Auch innerhalb eines Kanals wird bei der Vorbereitung nach der chronologischen Reihenfolge vorgegangen. Das im Detail festzuhalten macht an dieser Stelle für die AEFV jedoch keinen Sinn.

Die vorgeschlagene Präzisierung erlaubt es, zusätzliche oder verbesserte Schnittstellen einzuführen, weil der Übergabepunkt und damit der Geltungsbereich für das First come, first served Prinzip exakt festgehalten ist. Mit der geltenden Regelung wären solche Verbesserungen, von denen insbesondere Wholesalespartner profitieren, deutlich erschwert.

Fazit:

Eine Präzisierung der First come, first served-Regel drängt sich auf.

4. Art. 14f Abs. 2 Satz 2 AEFV Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses

Entwurf BAKOM: -

Antrag: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Registerbetreiberin und Domain-Namen-Halter ist in der Verordnung aufzunehmen.

Vorschlag SWITCH: „Das Vertragsverhältnis zwischen der Registerbetreiberin und den Domain-Namen-Inhabern richtet sich nach den zivilrechtlichen Bestimmungen.“ Streichen: Streitigkeiten über die

Begründung:

Mit Urteil vom 28. Januar 2005 hielt das Bundesgericht (4A.7/2004) fest, dass das Rechtsverhältnis zwischen Domain-Namen-Halter und Registerbetreiberin zivilrechtlicher Natur ist. Die bestehende Formulierung bringt dies nicht klar genug zum Ausdruck, weshalb diese anzupassen ist. Dass in der Folge Streitigkeiten nach Zivilrecht zu beurteilen sind, versteht sich von selbst.

Fazit:

Eine Einführung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes drängt sich auf.

5. Art. 14f Abs. 3 AEFV Ausnahme für die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen

Entwurf BAKOM: -

Vorschlag SWITCH: Artikel 4 Absätze 1 Satz 2, 2, 3 Buchstaben a, a bis und c und 5 sowie die Artikel 5, 7 Absatz 2, 8, 9 und 11 Absatz 1 Buchstabe c gelten nicht für die Verwaltung und Zuteilung der Domain-Namen. Die Verwendung untergeordneter Adressierungselemente durch die Inhaberin im Sinne von Artikel 6 ist von der Bewilligung durch die Registerbetreiberin ausgenommen.

Begründung:

Einfügung von Art. 4 Abs. 1 Satz 2

Siehe die Begründung für Art. 4 Abs. 2 AEFV - Nutzungsrecht für Domain-Namen oben unter Ziff. I.

6. Art. 14f Abs. 2 Satz 1 Keine Überprüfungspflicht der Registerbetreiberin

Entwurf BAKOM: -

Vorschlag SWITCH: Sie überprüft nicht, ob eine Inhaberin ~~Gesuchstellerin~~ ~~berechtigt~~ ist, die alphanumerischen Bezeichnungen des zugeteilten ~~verlangten~~ Domain-Namens zu verwenden.

Begründung:

Insbesondere der Begriff des verlangten Domain-Namens ist unpräzise. Ebenso sollte an dieser Stelle die Inhaberin und nicht die Gesuchstellerin stehen, da letztere mit ersterer allenfalls nicht identisch ist. Verantwortlich für die Berechtigung zur Verwendung des Domain-Namens trägt nicht die Gesuchstellerin, sondern die Inhaberin.

Fazit:

Mit der vorgeschlagenen Formulierung wird festgehalten, dass die Inhaberin des zugeteilten Domain-Namens für ihre Berechtigung zur Registrierung und Nutzung verantwortlich ist.

7. Art. 14f Abs. 4 AEFV Gemeinde- und Städtenamen

Entwurf BAKOM: -

Antrag: Gemeinde- und Städtenamen sind vom BAKOM als Kategorie zu bezeichnen, die reserviert d.h. den Gemeinden und Städten vorbehalten bleiben.

Vorschlag SWITCH: Das Bundesamt kann die Zuteilung einzelner Bezeichnungskategorien reservieren, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse es erfordert oder sich die Anpassung an internationale Empfehlungen als notwendig erweist. Inbesondere sind die Gemeinde- und Städtenamen gemäss der vom Bundesamt für Statistik der Registerbetreiberin bei jeder Änderung zuzustellenden Liste diesen vorbehalten.

Begründung:

Die derzeitige Regelung für die Gemeinden und Städte gemäss Ziff. 12 TAV ist eine Übergangslösung, die keine Priorisierung der Gemeinde- und Städtenamen gegenüber anderen Kennzeicheninhabern vornimmt, sondern vielmehr diese gleichbehandelt. Das heisst, dass ein Kennzeichenrechtsinhaber dessen Kennzeichen gleichlautend mit dem Namen einer Gemeinde oder einer Stadt ist, bei Gesuchstellung um Zuteilung vor der Gemeinde den Domain-Namen zugeteilt erhält. Aufgrund der Rechtsprechung des

Bundesgerichts dürfte sich jedoch eine Priorisierung der Gemeinde und Städtenamen aufdrängen.

Fazit:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes sollte übernommen werden.

8. Art. 14f Abs. 6 AEFV Übertragung von Domain-Namen

Entwurf BAKOM: Die von der Registerbetreiberin verlangte Jahresgebühr für die Verwaltung eines Domain-Namens muss anteilmässig für den noch nicht verstrichenen Abonnementszeitraum zurückerstattet werden, wenn die Inhaberin oder der Inhaber des Namens auf diesen verzichtet und ihn gleichzeitig einem neuen Inhaber zuteilen lässt (Übertragung). Die Rückerstattungsbetrag kann dem neuen Inhaber oder der neuen Inhaberin gutgeschrieben werden.

Antrag: Die neu vorgeschlagene Formulierung des BAKOM ist zu streichen, stattdessen ist einer der Formulierungsvorschläge von SWITCH zu wählen, vorzugsweise die Variante Vertragseintritt.

Vorschlag SWITCH: Variante Vertragseintritt

„Der Inhaber eines Domain-Namens kann diesen auf einen Dritten übertragen. Die Übertragung erfolgt durch Eintritt des Dritten in den Vertrag mit der Registerbetreiberin mit sämtlichen Rechten und Pflichten.“

alternativ

Variante Neuer Vertrag

Domain-Namen können vom aktuellen Inhaber insofern auf einen Dritten als neuen Inhaber übertragen werden, als der aktuelle Inhaber ein Gesuch auf Übertragung stellt und die Registerbetreiberin den Domain-Namen unter gleichzeitiger Löschung zulasten des bisherigen Inhabers dem bezeichneten neuen Inhaber neu zuteilt. Damit wird ein neuer Vertrag mit der Registerbetreiberin abgeschlossen.

Begründung:

8.1. Systeme der Übertragung von Domain-Namen

8.1.1. Im allgemeinen

Domain-Namen werden jeweils unbefristet, aber mit einer Abonnementdauer von einem Jahr zugeteilt, d.h. solange sie bezahlt sind, bleiben sie dem Halter zugeteilt. Erfolgt nun während der Dauer des Abonnements bzw. der Abrechnungsperiode eine Übertragung des Domain-Namens, bestehen grundsätzlich zwei Konzepte für deren Handhabung, nämlich der Vertragseintritt oder ein Abschluss eines neuen Vertrages.

Übertragung

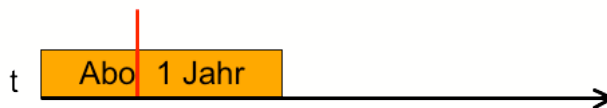


Fig. 1 Variante Vertragseintritt

Übertragung

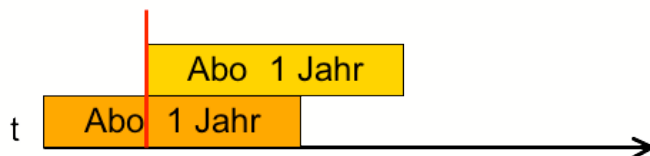


Fig. 2 Variante Neuer Vertrag

8.1.2. Vertragseintritt

Nach dem Konzept des Vertragseintrittes übernimmt der neue Halter den Domain-Namen mit sämtlichen Rechten und Pflichten. Dies bedeutet, dass die Abonnementdauer weiterläuft und allfällige bezahlte Preise dem neuen Halter angerechnet werden, umgekehrt aber auch dass offene Forderungen gegenüber dem alten Haltern von der Registerbetreiberin gegenüber dem neuen Halter geltend gemacht werden können. Letzteres ist i.d.R. im Umfang einer Abonnementsgebühr von einem Jahr.

Der Vorteil dieser Lösung ist, dass ein Domain-Name technisch leichter übertragen werden kann, weil das Benutzerkonto nicht mit diesem untrennbar verknüpft werden muss. Dies ist v.a. bei Heirat, Fusion und Umfirmierungen vorteilhaft und in der Abwicklung auch für die Registerbetreiberin einfacher. Hinzu kommt, dass das Konzept des Vertragseintrittes bereits vor 2001 galt und als bewährt erachtet wird. Es ist auch das übliche Konzept zur Übertragung eines Domain-Namens.

8.1.3. Neuer Vertrag

Nach dem Konzept des Neuen Vertrages, schliesst der neue Halter einen neuen Vertrag mit der Registerbetreiberin ab. Er übernimmt damit einerseits keine Altlasten und auf der anderen Seite aber auch keine Vorteile, wie z.B. bereits bezahlte Gebühren, da die Abonnementdauer neu zu laufen beginnt. Dies bedeutet, dass die Preise neu zu bezahlen sind. Diese Lösung entspricht der geltenden Regelung.

Zu Unrecht wird vom BAKOM der Eindruck erweckt, SWITCH halte an dieser Regelung fest, weil sie damit mehr Gebühren erheben könne. Vielmehr wurde diese Lösung aufgrund der Regelung in der AEFV eingeführt, die eine eigentliche Übertragung bis anhin nicht kannte. Die Variante Neuer Vertrag ist bei Änderungen der Halterangaben ohne Änderung der Rechtspersönlichkeit, wie bei Heirat, Verschmelzung etc. technisch nicht zu lösen und führte zu manuellen Befreiungen von den Preisen. Auch ansonsten wurde die Erhebung neuer Gebühren, insbesondere der Registrierungsgebühren als stossend empfunden. Aus diesem Grund wurde unter anderem auf die Registrierungsgebühr per 1. April 2006 verzichtet. Damit hat sich diese Problematik teilweise entschärft.

SWITCH begrüsst grundsätzlich eine Änderung der Grundlagen für die Übertragung von Domain-Namen und hat die damalige erzwungene Änderung sehr bedauert.

8.2. Problematik des Vorschlages vom BAKOM

Problematisch ist eine allfällige Mischlösung zwischen *Vertragseintritt* (alter Vertrag wird mit sämtlichen Rechten und Pflichten übernommen d.h. die Abonnementsdauer wird, wie auch bezahlte bzw. nicht bezahlte Gebühren, angerechnet.) und *neuem Vertrag* (ein neuer Vertrag wird mit dem neuen Halter abgeschlossen d.h. eine neue Abonnementdauer beginnt zu laufen, Gebühren müssen vom neuen Halter beglichen werden).

Genau dies schlägt aber das BAKOM mit der Änderung vor: Es soll einerseits ein Vertragseintritt möglich sein, andererseits soll aber der alte Halter die Möglichkeit haben, die Gebühren zurückerstattet zu erhalten, für die Dauer, die er nicht mehr benötigt.

Bei einer Jahresgebühr für Domain-Namen von derzeit CHF 35.--, tendenz sinkend, ist bei der Rückerstattung mit hohen administrativen Kosten (Überweisungskosten, Kosten der Ermittlung der Bank-/Postverbindungen etc.) zu rechnen. Diese Kosten müssten dem alten Halter auferlegt werden und würden in der Regel den Rückerstattungsbetrag auffressen, wenn nicht gar übersteigen. Diese Lösung ist deshalb nicht praktikabel und schießt über ihr Ziel hinaus.

8.3. Vorschläge SWITCH

SWITCH möchte ebenfalls eine Änderung bzw. Klarstellung bei den Übertragungen und favorisiert die Variante Vertragseintritt.

Wichtig ist SWITCH, dass keine Mischlösungen der Konzepte erfolgt, da eine Beurteilung des Domain-Namen-Registrierungs-Vertrages auch die kommerziellen und administrativen Aspekte umfasst.

Sollte die Variante Vertragseintritt gewählt werden, wird zur Umsetzung im Registrierungssystem und der Prozesse eine Übergangsfrist von ca. 12 Monaten seit Inkrafttreten benötigt.

Fazit:

SWITCH begrüsst einen Systemwechsel, jedoch ist die vom BAKOM vorgeschlagene Lösung nicht praktikabel. Aus diesem Grunde zieht SWITCH die Variante Vertragseintritt vor. Zur Umsetzung des Registrierungssystems und der Prozesse ist eine Frist von 12 Monaten seit Inkrafttreten notwendig.

9. Art. 14h Abs. 3 AEFV Veröffentlichung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Entwurf BAKOM: Das Bundesamt stellt auf Verlangen den Vertrag nach Artikel 14e zur Verfügung. Sie kann ihn durch ein Abrufverfahren zugänglich machen oder auf eine andere Weise veröffentlichen.

Antrag: Löschen

Begründung:

Der Verwaltungsrechtliche Vertrag zwischen der Registerbetreiberin und dem BAKOM betrifft das auftragsrechtliche Verhältnis zwischen diesen und richtet sich v.a. nach der AEFV. Aus Sicht der Registerbetreiberin besteht keine Notwendigkeit, diesen Vertrag öffentlich zugänglich zu machen, da die privatrechtlichen Bedingungen, die den Vertrag zwischen dem Halter und der Registerbetreiberin regeln, einerseits in den technischen und administrativen Vorschriften festgehalten sind und andererseits jeweils vom BAKOM genehmigt werden. Es besteht damit genügend Transparenz.

Fazit:

Die Veröffentlichung des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist unnötig.

10. Art. 14h Abs. 4 AEFV Verwendung der Daten aus der Datenbank der Registerbetreiberin für weitere Zwecke

Entwurf BAKOM: -

Antrag: Die Domain-Daten-Bank soll durch die Registerbetreiberin für den proaktiven Schutz kritischer Infrastrukturen sowie weiterer Zusatzdienste im Zusammenhang mit Domain-Namen eingesetzt werden können.

Vorschlag SWITCH: Die Registerbetreiberin kann die Daten der Datenbank für den proaktiven Schutz kritischer Infrastrukturen oder weiteren gemeinnützigen Zwecken bearbeiten. Die Bearbeitung muss im Einzelfall vom BAKOM im Voraus genehmigt werden.

Begründung:

Ein konkretes Anwendungsbeispiel stellt die Phishing-Problematik dar. Im Rahmen von MELANI wurde wiederholt das Bedürfnis formuliert, dass neu registrierte Domain-Namen in Bezug auf ihre Ähnlichkeit mit bestehenden Domain-Namen überprüft werden. Sollten ähnliche Domain-Namen registriert werden, könnten diese für MELANI speziell überwacht werden. Sofern ein solcher Domain-Name für Phishing-Zwecke missbraucht würde, könnte dies sehr schnell erkannt und Gegenmassnahmen umgehend eingeleitet werden. Mit entsprechenden Tools könnten ähnliche Ansätze auch für andere Bedrohungsszenarien für kritische Infrastrukturen verwendet werden.

Bisher hat SWITCH solche Ansätze eher skeptisch beurteilt und entsprechende Anfragen Dritter immer abgelehnt - auch bereits vor der Regulierung der Registrierungstätigkeit. Potentiell könnte eine Vielzahl von Interessengruppen an seinem solchen Ansatz interessiert sein. Beispiele können dafür sein: Markenrechts- oder andere Kennzeichenrechts- Kinderschutz- und Antirassismusorganisationen.

Fazit:

Durch die Bearbeitung der Datenbank für öffentliche Zwecke kann die Registerbetreiberin Synergien nutzen.

Für allfällige Rückfragen, detaillierte Erläuterungen zeitliche Koordination stehen wir Ihnen gerne jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Urs Eppenberger
Bereichsleiter Internet Domains

Nicole Beranek Zanon
Legal Council

Anhang 1

Art. 4 Abs. 1 Satz 2: Domain-Name als Nutzungsrecht?

10.1. Inhaltliche Unbestimmtheit

Nach dem erläuternden Bericht soll mit der Ergänzung von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 klargestellt werden, dass der Inhaber eines Adressierungselements mit dessen Zuteilung keine Eigentumsansprüche erwirbt. Damit soll wohl zum Ausdruck gebracht werden, dass mit Adressierungselementen, anders als z.B. an Marken, Firmen oder Namen, keine absolute Rechtsposition verbunden ist. Gerade dies jedoch kann mit dem Begriff Nutzungsrecht nicht eindeutig klargestellt werden.

Offen ist auch, gegenüber wem das Nutzungsrecht an Adressierungselementen Ansprüche vermitteln soll. Denkbar ist, dass das Nutzungsrecht nur gegenüber der das Adressierungselement zuteilenden Stelle gilt, das heisst, gegenüber dem BAKOM, einem Beauftragten gemäss Art. 13 AEFV oder gegenüber der Registerbetreiberin für Domain-Namen gemäss Art. 14a AEFV. Möglich ist jedoch auch ein Verständnis, wonach das Nutzungsrecht an einem Adressierungselement Ansprüche gegenüber Dritten gewährt, z.B. gegenüber Inhabern von anderen Adressierungselementen oder von Kennzeichenrechten (Marken, Firmen etc.).

Für beide Fälle lässt der neue Satz 2 von Art. 4 Abs. 1 AEFV zudem offen, welches der Inhalt und der Umfang der mit dem Nutzungsrecht verbundenen Ansprüche ist.

Fazit:

Art. 4 Abs. 1 AEFV lässt offen, gegenüber wem das in dem neu einzufügenden Satz 2 erwähnte Nutzungsrecht an Adressierungselementen einen Anspruch begründet und welchen Inhalt und Umfang dieses Rechtes hat. Auch aus dem erläuternden Bericht lassen sich zu diesen Fragen keine näheren Angaben entnehmen.

10.2. Unklarheit des Begriffs „Nutzungsrecht“

Der Begriff des Nutzungsrechts ist in der Rechtsterminologie nicht eindeutig, wie die folgenden Beispiele zeigen.

- a) Unter Nutzungsrechten oder Nutzungsbefugnissen werden im Urheberrecht die einzelnen aus dem Urheberrecht fließende Teilrechte an selbständigen Nutzungsmöglichkeiten eines Werkes verstanden (vgl. v. Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I, Basel und Frankfurt a.M. 1995, Stichwortverzeichnis deutsch: „Nutzungsrecht an Immaterialgütern“). Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der so genannten vertikalen Aufspaltung des Urheberrechts (vgl. v. Büren/David (Hrsg.), aaO., S. 190; A. Troller, Immaterialgüterrecht,

Band II, 3.A., Basel und Frankfurt a.M. 1985, S. 780f.). Nutzungsrecht meint hier somit ein absolut subjektives (Immaterialgüter-)Recht, welches gegenüber allen Dritten geltend gemacht werden kann.

- b) Unter Nutzungsrechten oder Benutzungsrechten werden andererseits auch die vertraglichen Rechte verstanden, welche einem Lizenznehmer bei der Lizenzierung eines Patentes oder anderer Immaterialgüterrechte eingeräumt werden (vgl. v. Büren/David (Hrsg.), aaO. Stichwortverzeichnis deutsch: „Nutzungsrecht an Immaterialgüterrechten“ und die darunter verwiesenen Stellen; Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, Stichwortregister: „Nutzungsrecht“/„Benutzungsrecht“ und die dort verwiesenen Stellen). In diesem Zusammenhang meint Nutzungsrecht ein relatives, vertragliches Recht, welches ausschliesslich gegenüber dem Vertragspartner geltend gemacht werden kann.
- c) Im Sachenrecht dienen der Begriff Nutzungsrecht sowie der synonym verwendete Begriff Gebrauchsrecht zur Charakterisierung einer bestimmten Kategorie von beschränkten dinglichen Rechten, z.B. Bau- und Wohnrechte (vgl. Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V, Basel 1975, Sachregister: „Nutzungsrecht“ / „Gebrauchsrecht“ und die dort verwiesenen Stellen, insb. S. 522). Hier meint Nutzungsrecht wiederum ein absolut subjektives Recht, welches gegenüber allen Dritten geltend gemacht werden kann

Fazit:

Der Begriff Nutzungsrecht meint somit teils absolute Rechtspositionen, die gegenüber beliebigen Dritten durchgesetzt werden können, und teils relative, vertragliche Rechte, die nur gegenüber dem Vertragspartner Ansprüche vermitteln.

10.3. Aktuelle Rechtslage im Zusammenhang mit Domain-Namen

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Zusammenhang mit Domain-Namen zwischen deren Adressierungsfunktion einerseits und der Kennzeichenfunktion andererseits zu unterscheiden (BGE 126 III 239 E. 2a-c [„berneroberland.ch“], Bundesgerichtsentscheid 4.C.9/2002 vom 23.7.2002 [„luzern.ch“], E.4).

Die Adressierungsfunktion ist rein technischer Natur und beschränkt sich auf die eindeutige Identifizierung von Rechnern und insbesondere von Websites im Internet. Darüber hinaus können Domain-Namen jedoch auch als Bezeichnungen für Unternehmen, Personen, Sachen und Dienstleistungen, welche hinter oder im Zusammenhang mit einer Website stehen, verstanden werden. Es lassen sich die Websites aufgrund der Domain-Namen bestimmten Unternehmen, Personen etc. zuordnen (vgl. Buri, in v. Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III/2, 2.A., Basel/Genf/München 2005, S. 341ff.). In ihrer Kennzeichnungsfunktion dürfen Domain-Namen nicht in Konflikt mit anderen, rechtlich geschützten Kennzeichen geraten, wie Marken, Firmen, Namen oder durch das Lauterkeitsrecht gegen Nachahmung und Verwechslung geschützte Zeichen (BGE 126 III 239 E. 2a-c [„berneroberland.ch“], Bundesgerichtsentscheid 4.C.9/2002 vom 23.7.2002 [„luzern.ch“], E.4, Bundesgerichtsentscheid 4.C.376/2004 vom 21.1.2005 [„maggi.com“], E.3.1).

An den Domain-Namen selbst bestehen demgegenüber keine Rechte. Diese stellen eine rein faktische, technisch bedingte Exklusivstellung dar (vgl. Hilti, in: Trüeb (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001, S. 86). Sie begründen keine Nutzungsrechte, weder aus einem absolut subjektivem Recht (siehe unter Ziff. B a), noch aus subjektivem Recht, wie dem Lizenzvertrag. Gegebenenfalls kann von Lizenzähnlichkeit gesprochen werden, aber ein Nutzungsrecht aussfliessend aus einer Lizenz liegt nicht vor.

Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der Verwendung eines Domain-Namens an der für diesen verwendeten Bezeichnung keine rechtlich geschützten Kennzeichenrechte, insbesondere Namensrechte oder der Schutz nach UWG entstehen könnten. Dies bestimmte sich jedoch nach den massgeblichen Bestimmungen des ZGB und UWG und nicht nach der AEFV (Buri, aaO. S. 352; 375ff.).

Im Verhältnis zur Registerbetreiberin beruhen Domain-Namen auf einem privatrechtlichen Vertrag, wie das Bundesgericht im Entscheid 4.A.7/2004 vom 28.1.2005 („wellnessfuehrer.ch et al.“), E.2.4 festgehalten hat (vgl. auch Buri, aaO. S. 350, 352f.; Weber. E-Commerce und Recht, Zürich 2001, S. 131f.).

Diese Rechtslage stimmt im Wesentlichen mit derjenigen im Ausland überein. Sowohl Deutschland, Österreich, Holland, Polen, Canada qualifizieren den Domain-Namen als ein Recht aus einem Vertrag, eine Obligation. Der Umfang dieses Rechtes wird dabei vom Inhalt des Domain-Registrierungsvertrages definiert. In Ländern dagegen, wo Domain-Namen staatlich zugeteilt werden, und Domain-Namen Verwaltungsrecht unterliegen wird von einem Nutzungsrecht gesprochen (wie z.B. in Spanien, Finnland). Aus diesen Gründen sollten daher nicht ohne zwingende Gründe schweizerische Besonderheiten eingeführt werden.

10.4. Gesetzliches Nutzungsrecht an Domain-Namen rechtlich unnötig und zudem irreführend

Unter den Voraussetzungen der in Ziff. C erwähnten aktuellen Rechtslage würde die Einführung eines auf Art. 4 Abs. 1 AEFV gestützten Nutzungsrechts im Zusammenhang mit Domain-Namen zu Unklarheiten führen und ist auch nicht notwendig.

10.4.4. Im Verhältnis zur Registerbetreiberin

Im Verhältnis zur Registerbetreiberin ist die geltende Rechtslage eindeutig, indem die Rechtsposition des Inhabers eines Domain-Namens basierend auf dem mit der Registerbetreiberin abgeschlossenen Vertrag klar definiert ist. Der Vertrag gibt dem Domain-Namen-Inhaber den Anspruch darauf, dass die Registerbetreiberin den in Frage stehenden Domain-Namen in der Domain-Namen-Datenbank für den Inhaber registriert und im DNS-System (Nameserver) propagiert (Buri, aaO. S. 352).

Würde nun durch den ergänzten Art. 4 Abs. 1 AEFV neben den vertraglichen Ansprüchen ein auf die Verordnung gestütztes gesetzliches Nutzungsrecht an Domain-Namen eingeführt, würde sich die Frage stellen, wie sich dieses Recht zu den vertraglichen Ansprüchen des

Domain-Namen-Inhabers verhält und welches der Inhalt dieses Nutzungsrechts ist bzw. welche Ansprüche es zusätzlich zu den bereits vertraglich geregelten dem Domain-Namen-Inhaber gewährt. Könnte dieser sich z.B. gegenüber einem allfälligen Verlust seiner vertraglichen Ansprüche, z.B. bei Löschung eines Domain-Namens wegen Zahlungsverzug (vgl. TAV Ziff. 6.3 Abs. 2 lit. c) auf das Nutzungsrecht gemäss Art. 4 Abs. 1 AEFV berufen und sich damit gegen den Widerruf zur Wehr setzen?

Da sich bis jetzt jedoch kein Bedarf nach zusätzlichen, gesetzlich begründeten Ansprüchen der Domain-Namen-Inhaber neben deren vertraglichen Ansprüchen gegenüber der Registerbetreiberin herausgestellt hat und ein solches gesetzliches Recht lediglich zu Unklarheiten wie den oben erwähnten führen würde, sollte der neue Satz 2 von Art. 4 Abs. 1 AEFV für Domain-Namen im Verhältnis zwischen den Domain-Namen-Inhabern und der Registerbetreiberin keine Anwendung finden.

Fazit:

Die Einführung eines gesetzlichen Nutzungsrechts ist im Verhältnis zwischen Domain-Namen-Inhabern und der Registrierungsstelle nicht nötig und würde lediglich zu einer Verwirrung in Bezug auf die aktuell geltende klare Rechtslage führen.

10.4.2. Im Verhältnis zu Dritten

a) Adressierungsfunktion

Soweit es sich um die Adressierungsfunktion handelt, ist die Begründung eines gesetzlichen Nutzungsrechts im Zusammenhang mit Domain-Namen unnötig. Der Inhaber eines Domain-Namens hat bereits aufgrund der technischen Bedingungen des Domain Name System eine exklusive Stellung in Bezug auf den Domain-Namen. Dieser ist innerhalb des Domain Name Systems einmalig und kann nicht zweimal vergeben werden.

b) Kennzeichnungsfunktion

Im Zusammenhang mit der Kennzeichnungsfunktion von Domain-Namen ist die Einführung eines Nutzungsrechts gemäss Art. 4 Abs. 1 AEFV weder notwendig, noch besteht hierzu eine genügende Grundlage in einem formellen Gesetz.

Die Voraussetzungen und der Inhalt der Ansprüche im Zusammenhang mit Kennzeichen wie Marken, Firmen, Namen sowie dem lauterkeitsrechtlich geschützten Kennzeichen werden durch das Markenschutzgesetz, das OR, das ZGB und das UWG definiert. Diese gesetzlichen Grundlagen beantworten nicht nur die Frage, ob gegebenenfalls durch einen Domain-Namen eines dieser Kennzeichen verletzt wird (vgl. dazu bereits oben Ziff. 3), sondern, ob ein Domain-Name allenfalls die Schutzvoraussetzungen für eines dieser Kennzeichenrechte erfüllt (Buri, aaO. S. 352; 375ff.).

Um auf blosser Verordnungsstufe für Domain-Namen einen eigenen kennzeichnungsrechtlichen Schutz einzuführen, fehlt es demgegenüber an der notwendigen

gesetzlichen Grundlage. Aus Art. 28-30 FMG lässt sich kein Hinweis auf eine Kompetenz zu einer kennzeichenrechtlichen Regelung im Zusammenhang mit Adressierungselementen ableiten. Das gilt insbesondere auch in Bezug auf den neuen Art. 28 Abs. 2bis FMG. Dieser bezieht sich ausschliesslich auf die Kompetenz zur Einführung eines zwingenden Streitschlichtungsverfahrens und dessen Auswirkungen auf das zivilrechtliche Verfahren.

Es ist auch kein Grund ersichtlich, der für ein neues, besonderes Kennzeichenrecht im Zusammenhang mit Domain-Namen sprechen würde. Im Gegenteil, durch ein solches neues Schutzrecht, das zudem hinsichtlich seines Inhalts und seines Schutzzumfangs nicht näher definiert ist, würden lediglich Unsicherheiten in Bezug auf das Verhältnis zu den bestehenden gesetzlich geregelten Kennzeichenrechten geschaffen.

Es wäre im Gegenteil stossend, wenn sich ein Domain-Namen-Inhaber gegenüber der Verletzung von Marken, Firmen, Namen oder lauterkeitsrechtlich geschützten Zeichen darauf berufen könnte, er habe gestützt auf Art. 4 Abs. 1 Satz 2 ein Nutzungsrecht, welches die Verletzung der genannten Rechte rechtfertige.

Fazit:

Unter dem Aspekt der Adressierungsfunktion ist die Absicherung der Exklusivstellung der Domain-Namen-Inhaber gegenüber Dritten durch ein Nutzungsrecht nicht notwendig. Unter dem Aspekt der Kennzeichenfunktion von Domain-Namen würde die Einführung eines Nutzungsrechts an Domain-Namen zu einem Konflikt mit den anerkannten gesetzlich geschützten Kennzeichenrechten führen und ebenfalls zu einem Widerspruch zu Art. 14f Abs. 2 AEFV. Es dürfte zudem an der notwendigen formell-gesetzlichen Grundlage fehlen.

10.5. Schlussfazit

Aus den oben erwähnten Gründen ergibt sich, dass die Einführung eines Nutzungsrechts basierend auf dem geplanten neuen Satz 2 von Art. 4 Abs. 1 AEFV jedenfalls für Domain-Namen weder notwendig noch wünschbar ist, sondern zu einer Verwirrung im Hinblick auf die bestehende klare Rechtslage führen würde. Dies gilt sowohl für das Verhältnis zwischen den Domain-Namen-Inhabern und der Registerbetreiberin als auch im Verhältnis zwischen den Domain-Namen-Inhabern und den Berechtigten an anderen, rechtlich geschützten Kennzeichen wie Marken, Firmen, Namen und lauterkeitsrechtlich geschützten Bezeichnungen.

Zur Schaffung eines mit den bestehenden gesetzlich geregelten Kennzeichenrechten konkurrierenden Nutzungsrechts auf blosser Verordnungsebene fehlt zudem die notwendige gesetzliche Grundlage.

Sollte an dem geplanten neuen Satz 2 von Art. 4 Abs. 1 AEFV festgehalten werden, ist daher in Art. 14f Abs.3 AEFV eine Ergänzung dahingehend vorzunehmen, dass der neue Satz 2 von Art. 4 Abs. 1 AEFV für Domain-Namen keine Anwendung findet.