

kennzeichen.egal – Zur Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains*

1. Einleitung

2. Technische Grundlage und Entwicklung

2.1 Aufbau einer Internet-Domain

2.2 Funktion und Bedeutung der Top-Level-Domains

3. Kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr

3.1 Die Bedeutung der Zeichenähnlichkeit

3.2 Meinungsstand zu Zeichenähnlichkeit und TLDs

3.2.1 Judikatur in Österreich

3.2.2 Lehre in Österreich

3.2.3 Meinungsstand in Deutschland

4. Eigene Stellungnahme

5. Internetspezifischer Maßstab der Beurteilung von Verwechslungsgefahr?

5.1 Handy.de v. Handy.com

5.2 Kritische Würdigung

6. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

7. Zusammenfassung

1. Einleitung

Bislang richtet sich das kennzeichenrechtliche Augenmerk bei Domainstreitigkeiten vornehmlich auf die sogenannte Second-Level-Domain (SLD), also denjenigen nur durch einen Punkt getrennten Teil der Internet-Domain links neben der Top-Level-Domain (TLD). Nach der soweit ersichtlich einzigen zu dieser Thematik ergangenen oberstgerichtlichen Entscheidung¹ hat die Top-Level-Domain keine kennzeichnende Wirkung, sodass es bei Kollisionen mit Namens- oder sonstigen Kennzeichenrechten allein auf die SLD ankommen soll. Bei einem Streit um die Domain „parmal.com“ sei daher die Zeichenähnlichkeit allein nach dem kennzeichnenden Teil „parmal“ zu beurteilen. Der vorliegende Beitrag stellt diesen Rechtsprechungsansatz in Frage und schlägt eine differenzierte Betrachtungsweise bei der Beurteilung der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr vor, die auch die jeweilige TLD einbezieht.

* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

1 OGH 25.3.2003, 4 Ob 42/03k – *rtl.at*, *ecolex* 2003/317, 773 m Anm *Schanda* = MR 2004, 63 = ÖBl 2004/11, 35 m Anm *Fallenböck*.

2. Technische Grundlagen und Entwicklung

2.1 Aufbau einer Internet-Domain

Eine vollwertige Domain² eignet sich nur dann zur Adressierung von Inhalten im Internet und seinen Diensten, wenn sie aus zumindest einer TLD und einer SLD besteht. Der hierarchische Aufbau von rechts nach links stellt die eindeutige Adressierbarkeit sicher. Durch Hinzufügung des Protokolls und des verwendeten Dienstes entsteht eine funktionsfähige Internetadresse.³

2.2 Funktion und Bedeutung der Top-Level-Domains

Im Unterschied zu den SLDs, deren Wahl grundsätzlich frei und an Zahl unbeschränkt ist, unterliegen die TLDs einem streng vorgegebenen Regelement. Die Einführung einer neuen Top-Level-Domain macht (nunmehr) ein Akkreditierungsverfahren bei der ICANN⁴ erforderlich, das sich über Jahre hinziehen kann.⁵ Insgesamt bestehen nur ca. 260 unterschiedliche Top-Level-Domains.⁶ Angesichts der weiten Verbreitung von Internet-Domains und ihre umfassenden Verwendung in der Werbung ist jedem Internetnutzer der grundlegende Aufbau von Domains bekannt. Eine Geschäftsbezeichnung, die aus SLD und TLD besteht, wird daher zunächst als Domain, d.h. als Internetadresse, erkannt, da sie deren typischem Muster (SLD.TLD) folgt.

Grundsätzlich darf die Unterscheidung des TLD-Systems als bekannt vorausgesetzt werden. Demzufolge unterscheidet man zwischen sogenannten *country code Top-Level-Domains* (ccTLDs) wie zB „at“ für Österreich oder „de“ für Deutschland und den *generic Top-Level-Domains* (gTLDs) wie zB „com“, „info“ oder „net“. Der durchschnittliche österreichische Internetnutzer⁷ weiß auf Grund der zahlreichen Internet-Domains, die unter den TLDs „at“ und „com“ registriert sind, dass die TLD einen Hinweis auf ein bestimmtes Land oder einen bestimmten Tätigkeitsbereich enthält: *„Es ist nämlich nicht anzunehmen, dass ein Internetnutzer auf der Suche nach der offiziellen Homepage des österreichischen Rechnungshofs eine Domain auswählt, die in den USA registriert ist, und nicht eine in Österreich registrierte Domain. ... Als Domain des österreichischen Rechnungshofs ist für ihn die Domain "rechnungshof.gv.at" eindeutig identifizierbar; er wird daher diese Domain auswählen, wenn er die offizielle Homepage des Rechnungshofs erreichen will“*.⁸ Insoweit übt die TLD eine beschränkte Individualisierungsfunktion aus, da sie Rückschlüsse auf die

2 Sog. „fully qualified domain name“.

3 Sog. Uniform Resource Locator (URL), z.B. <http://www.parmal.com>.

4 Abkürzung für „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers“; eingehend zu dieser Non-Governmental Organisation schon früh *Schweighofer*, Wer reguliert das Internet? MR 2000, 347.

5 Wie die zum Teil unerfreuliche Entwicklung im Rahmen der Top-Level-Domain „eu“ zeigt, vgl. *Thiele*, „EU“ - Neues Domain-Grundgesetz für Europa? RdW 2001/156, 140; jüngst *Burgstaller*, Die neue „dot EU“-Domain, MR 2004, 378 mwN.

6 Eine Übersicht nach ISO 3166 ist abrufbar unter <http://ftp.univie.ac.at/netinfo/aconet/iso3166-countrycodes> und für die gTLDs unter <http://www.chemie.fu-berlin.de/chemnet/general/email.html#nonisotopleveldomain>.

7 Auf den es nach der österreichischen Rsp in Domainstreitigkeiten ankommt, vgl. OGH 24.2.1998, 4 Ob 36/98t - *jusline.com I*, ARD 4960/19/98 = *ecolex* 1998, 565 m Anm *Schanda* = GRUR Int 1999, 358 = MR 1998, 208 m Anm *Haller* = ÖBl 1998, 241 = RdW 1998, 400 = SZ 71/35: „Im vorliegenden Zusammenhang ist daher darauf abzustellen, welche Bedeutung der durchschnittliche Internet-Benutzer (nur an diesen richtet die Klägerin ihr Angebot unter der Bezeichnung „jusline“) dieser Wortkombination beimißt“.

8 So zutreffend OGH 22.3.2001, 4 Ob 39/01s - *rechnungshof.com*, *ecolex* 2001/251, 688 m Anm *Schanda* = EvBl 2001/155 = JUS Z/3287 = MR 2001, 256 = ÖBl 2001, 237 m Anm *Kurz* = RdW 2001/559, 535 = SZ 74/53 = wbl 2001/291, 495 m Anm *Thiele*.

Herkunft oder den Tätigkeitsbereich des Anbieters zulässt. Dabei kommt es mE entscheidend auf die jeweilige TLD an, weil die Registrierungsrichtlinien für zahlreiche ccTLDs und gTLDs eine Eintragung auf Anbieter zulassen, die keinen Bezug zum indizierten Tätigkeitsbereich oder zum jeweiligen Staat haben. Davon haben zahllose Registrierungsstellen bereits Gebrauch gemacht.⁹

Der TLD legt der Internetnutzer *zunächst* mit Blick auf die Individualisierungsfunktion der SLD für Domains keine Bedeutung bei. Die für ihn vorerst entscheidenden Angaben sind in der SLD enthalten. Die kennzeichenrechtliche Kollisionsprüfung beginnt daher folgerichtig bei der in der SLD enthaltenen Bezeichnung.¹⁰ Bei näherer Betrachtung gibt allerdings die TLD einen Hinweis auf die sachliche oder geographische Herkunft der Domain, nicht aber zwingend auf den Inhaber oder die Herkunft des Angebots.¹¹ Diese technische Funktion ist dem typischen Internetnutzer bekannt, mag ihm auch auf Grund der zahlreichen TLDs, die jeweils exakte Zuordnung zu einem bestimmten Land bzw. einer bestimmten Registrierungsstelle unbekannt bzw. nicht parat sein.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich aus Bequemlichkeitsgründen im Internetbereich die Kleinschreibung durchgesetzt hat. Internet-Domains sind daher nicht „case sensitive“, d.h. sie behalten also ihre Adressfunktion unabhängig von der Groß- oder Kleinschreibung ihrer Bestandteile.¹² Dies ist dem durchschnittlichen Internetnutzer wohl bekannt und führt weitgehend dazu, dass der Groß- oder Kleinschreibweise einer TLD keine Bedeutung in technischer Hinsicht beigemessen wird.

3. Kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr

3.1 Die Bedeutung der Zeichenähnlichkeit

Die Verwechslungsgefahr von geschützten Kennzeichen (Marken, Namen, Titel und sonstige Unternehmenskennzeichen) ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles umfassend zu beurteilen, wobei auf den Gesamteindruck abzustellen ist, den die geschützten Kennzeichen in Bild, Klang oder in der Bedeutung hervorrufen. Bei der Beurteilung der allen kennzeichenrechtlichen Tatbeständen innewohnenden Verwechslungsgefahr ist auf die Aufmerksamkeit, Urteilsfähigkeit und Fachkenntnis der im Einzelfall beteiligten Verkehrskreise abzustellen. Maßgeblich ist der Gesamteindruck den ein nicht ganz unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise bei flüchtiger Wahrnehmung empfängt. Dabei ist für die vorliegenden Zwecke auf Internetnutzer abzustellen.¹³ Wiederholt hat das Höchstgericht in Domainstreitigkeiten deutlich gemacht, dass eine bestehende Branchenferne die kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr zwischen zwei identischen Unternehmenskennzeichen ausschließt.¹⁴

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist daher zunächst auf die bildliche, schriftliche und klanggleiche Darstellung des Domainnamens, maW die Zeichenähnlichkeit, abzustellen. Bei Branchenverschiedenheit der Unternehmen bzw. der durch die Kennzeichen angesprochenen Verkehrskreise scheidet eine Verwechslungsgefahr in der Regel aus. Auch

9 Vgl. auch *Apel/Große-Ruse*, Markenrecht versus Domainrecht – Ein Plädoyer für die Paradigmen des Markenrechts im Rechtsvergleich, WRP 2000, 816, 817.

10 Vgl. bereits *Ubber*, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, WRP 1997, 497, 505.

11 Vgl. *Wüstenberg*, Das Namensrecht der Domainnamen, GRUR 2003, 109, 110.

12 Die Eingabe von <http://www.eurolawyer.at> führt zum selben Ergebnis wie <http://www.EUROLAWYER.AT>.

13 Vgl. OGH 24.2.1998, 4 Ob 36/98t – *justine.com I*, ARD 4960/19/98 = *ecolex* 1998, 565 m Anm *Schanda* = GRUR Int 1999, 358 = MR 1998, 208 m Anm *Haller* = ÖBI 1998, 241 = RdW 1998, 400 = SZ 71/35.

14 OGH 30.1.2001, 4 Ob 327/00t – *cyta.at*, *ecolex* 2001/186, 546 m Anm *Schanda* = JUS Z/3192 = MR 2001, 194 m Anm *Pilz* = ÖBI 2001, 225 m Anm *Kurz* = RdW 2001/428, 399 = wbl 2001/231, 337 m Anm *Thiele*.

dies ist gängige Rsp¹⁵ schon aus Vor-Internetzeiten. *Gamerith*¹⁶ bezeichnet dieses Zusammenspiel sogar als „ein 'bewegliche System' zwischen höherer Ähnlichkeit der Zeichen und geringerer Ähnlichkeit der geschützten Waren und Dienstleistungen (bzw. umgekehrt) sowie weiteren Komponenten (Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad des Zeichens)“.

3.2 Meinungsstand zu Zeichenähnlichkeit und TLDs

3.2.1 Judikatur in Österreich

Soweit ersichtlich äußerste sich der 4. Senat in der Auseinandersetzung um die Domain „RTL.at“¹⁷ deutlich und ohne Einschränkung zur Unterscheidungskraft von TLDs in Kennzeichenstreitigkeiten um Internet-Domains. Nach Ansicht des Gerichtes sind die Netzbezeichnungen „www.“ und die Top-Level-Domains (zB „.at“ und „.com“), die ja keinen zwingenden Hinweis auf den Namensträger geben, namensrechtlich ohne Belang. Es sei nicht unüblich, dass Namensträger ihre Bezeichnung unter mehreren TLD registrieren lassen oder wegen des zu ihren Ungunsten greifenden Prioritätsprinzips bei der Vergabe der Domainnamen die Registrierung ihrer Bezeichnung unter einer anderen als der ursprünglich gewünschten TLD vornehmen (müssen). Die TLD trete deshalb nach Auffassung des OGH¹⁸ in ihrer Bedeutung für den von der Second-Level-Domain (Domainname) bestimmten Gesamteindruck zurück. TLDs seien nicht geeignet, eine Verwechslungsgefahr zu einem verkehrsbekanntem Namensträger zu beseitigen.

Diese sehr generellen, wenig differenzierten Aussagen des OGH mögen im entschiedenen Fall durchaus zutreffend sein, stehen allerdings in einem gewissen Spannungsfeld zu anderen höchstgerichtlichen Entscheidungen in Domainsachen. In der Rechtssache „gewinn.at“ führt das Höchstgericht¹⁹ zutreffend unter Zitierung des Arguments der Beklagten, die zu beurteilenden Zeichen unterschieden sich hinreichend durch die im Domain-Namen der Klägerin enthaltene Second-Level-Domain “.co“, aus, dass „*angesichts der Fülle von Informationen, die im Internet abrufbar sind, und auf Grund der ihm bekannten technischen Gegebenheiten, dass ein Zeichen nur ein einziges Mal als Domain-Name vergeben werden kann, der Internet-Nutzer in der Regel und ohne Vorliegen besonderer Umstände auch nicht von einer wirtschaftlichen oder organisatorischen Verknüpfung sämtlicher Anbieter von Internet-Informationen ausgehen, die ihre Informationen unter ähnlichen Domain-Namen ins Netz stellen,*“ wird.

In der Auseinandersetzung um die Domains „rechnungshof.com/.org/.net“ wird der OGH noch deutlicher: *Als Domain des österreichischen Rechnungshofs ist für ihn [Anm: den Internetnutzer] die Domain "rechnungshof.gv.at" eindeutig identifizierbar; er wird daher diese Domain anwählen, wenn er die offizielle Homepage des Rechnungshofs erreichen will*²⁰.

Im Provisorial- und Hauptverfahren durch alle Instanzen geführten Rechtsstreit um die

15 ZB OGH 10.3.1992, 4 Ob 8/92 – AVL, ecollex 1992, 785 = ÖBl 1992, 147; 28.4.1992, 4 Ob 51/92 – INA, ÖBl 1992, 152 mit ausführlicher Darlegung.

16 Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2004/55.

17 OGH 25.3.2003, 4 Ob 42/03k – rtl.at, ecollex 2003/317, 773 m Anm Schanda = MR 2004, 63 = ÖBl 2004/11, 35 m Anm Fallenböck.

18 Unter Berufung auf *Wüstenberg*, GRUR 2003, 109, 110.

19 OGH 17.8.2000, 4 Ob 158/00i – *gewinn.at*, ARD 5193/25/2001 = ecollex 2001/53, 128 m Anm Schanda = EvBl 2001/20 = MR 2000, 322 = ÖBl 2001, 26 m Anm Schramböck = RdW 2001/32, 21 = wbl 2000/386, 579.

20 So zutreffend OGH 22.3.2001, 4 Ob 39/01s – *rechnungshof.com*, ecollex 2001/251, 688 m Anm Schanda = EvBl 2001/155 = JUS Z/3287 = MR 2001, 256 = ÖBl 2001, 237 m Anm Kurz = RdW 2001/559, 535 = SZ 74/53 = wbl 2001/291, 495 m Anm Thiele).

Domain „adnet.at“²¹ hält es das Höchstgericht für erforderlich die klagende Gemeinde letztlich auf die Registrierung unter der SLD „gv.at“ zu verweisen: „Die Domainregistrierung durch den Beklagten hindert die Klägerin auch nicht, unter einer nur aus ihrem Namen gebildeten Domain im Internet, allerdings in der Gebietskörperschaften vorbehaltenen Second-Level-Domain .gv (adnet.gv.at), aufzutreten Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Lage in Deutschland - in Deutschland existiert die Second-Level-Domain .gv nicht ... -, so dass die von der Klägerin zitierte Rechtsprechung deutscher Gerichte zur Verwendung von Ortsnamen als Domainnamen für Österreich nur beschränkt aussagekräftig ist.“ Die namensrechtliche Interessenbeeinträchtigung wird also durch die Möglichkeit einer alternativen TLD bzw. SLD vermieden.

3.2.2 Lehre in Österreich

Die oberstgerichtliche Auffassung wird von *Fallenböck*²² geteilt, der hinzufügt, dass ein Domain-Inhaber eine Zeichenkollision nicht dadurch vermeiden kann, dass er einfach den Namen unter anderen TLD registrieren lässt. Gleichzeitig fügt er allerdings hinzu, dass die TLD *grundsätzlich*²³ keine kennzeichenrechtliche Unterscheidungskraft zukommt. *Fallenböck* macht eine wesentliche Ausnahme: dann nämlich, wenn die TLD Bestandteil der Unternehmensbezeichnung selbst ist, wie z.B. bei der Handy.de VertriebsgmbH.²⁴ Schließlich gesteht *Fallenböck* ferner der „Sub-Level-Domain“ (richtig: Second-Level-Domain) „.gv“ „unter bestimmten Umständen einen wirksamen Unterscheidungshinweis“ zu.²⁵ Dies leitet er mit einem Umkehrschluss aus der (sehr schwankenden) Rsp des OGH in Fällen mit Ortsnamen-Domains ab.²⁶

Ausgehend von einem technisch-funktional geprägten Verkehrsverständnis²⁷ befürwortet *Karl*²⁸ die grundsätzliche zeichenrechtliche Relevanz der TLD. Er gelangt zur differenzierten Auffassung, dass die Top-Level-Domain bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr dann zu berücksichtigen ist, wenn

- sie nach der Verkehrsauffassung komplementärer Bestandteil des identisch geschützten Zeichens ist²⁹ oder
- sie zweifelsfrei Aufschluss über den Kennzeichnungsgegenstand gibt (bei restriktiven gTLDs) oder
- Fragen der territorialen Geltung des in der Domain verwendeten Zeichen Streitgegenständlich sind.³⁰

3.2.3 Meinungsstand in Deutschland

Zu Beginn der Domainstreitigkeiten sprachen die deutschen Gerichte de unterschiedlichen

21 OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, MR 2004, 65 = ÖBl 2003, 271 m Anm *Fallenböck* = ÖGZ 2003 H 10, 84 = RdW 2003/470, 558 = wbl 2003/308, 542 m krit Anm *Thiele*.

22 In seiner Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2004/11, 35, 37.

23 Hervorhebung vom Verfasser.

24 Unter Berufung auf die Entscheidung des LG Hamburg 21.2.2003, 416 O 1/03 – *handy.com*, MMR 2003, 599; ausführlich dazu gleich unten Pkt. 5.

25 *Fallenböck*, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2003/74, 271, 273.

26 Dazu kritisch *Thiele*, Österreichische Domain-Judikatur 2003 – Domainrecht "à la carte" oder virtueller Ortsnamenschutz ade? MR 2004, 52 ff mwN.

27 Eingehend dargelegt von *Karl*, Domainnamen als Kollisionszeichen von Marken und geschäftlichen Bezeichnungen, MarkenR 2003, 439, 440 f.

28 Ungeklärte markenrechtliche Probleme bei Domainnamen, ÖBl 2004/39, 148, 150 ff.

29 ISd "Prägetheorie".

30 ISe Rücksichtnahme auf ccTLDs.

TLDs in der Regel keine unterscheidungskräftige Wirkung zu. Das heißt, die Inhaber entsprechender Kennzeichnungs- und Markenrechte konnten ihre Ansprüche auch unter allen damals zur Verfügung stehenden TLDs, insbesondere .com, .net und .org erfolgreich durchsetzen.³¹ Nach einer frühen E des OLG Stuttgart³² besteht Verwechslungsgefahr auch dann, wenn es sich beim Namensträger um ein vorwiegend in Deutschland tätiges Unternehmen handelt und als Top-Level-Domain die Endung „.com“ verwendet wird.

In diesem Zusammenhang entschied allerdings erstmals das OLG Celle,³³ „dass wegen des Suffixes '.com' es eher zweifelhaft ist, dass mit dem Gebrauch der Domain 'celle.com' Namensrechte verletzt“ würden.

In der Tat ließ auch die deutsche Folgerechtsprechung ein deutlich differenziertes Bild erkennen. Nach einer frühen Entscheidung des LG Hamburg³⁴ muss von dem Grundsatz, dass die Verwendung der Top-Level-Domain für die Verwechslungsgefahr keine Bedeutung hat, dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Top-Level-Domain in kennzeichnender Weise eingesetzt wird. Es kann im Einzelfall durchaus sein, dass erst und gerade aus der Verbindung der beiden Domain-Ebenen die Gefahr von Verwechslungen resultiert. Das OLG Hamburg³⁵ stellte in einer weiteren Entscheidung fest, dass die Verwendung der Domain „verona.tv“ gegenüber der bekannten Fernsehmoderatorin Verona Feldbusch eine Verletzung ihres Namensrechtes darstellt, da diese den deutschen Verbrauchern unter ihrem Namen „Verona“ in Verbindung mit dem Fernsehen (TV) weitgehend bekannt ist und die Internetnutzer bei Verwendung der Domain „verona.tv“ nicht primär an die italienische Stadt in Verbindung mit dem Inselstaat Tuvalu (".tv") denken werden.

Zu Recht heftige Kritik hat in diesem Zusammenhang die Entscheidung der Hamburger Gerichte zur Domain „tipp.ag“ hervorgerufen: Die hanseatischen Gerichte³⁶ gaben der klagenden Gesellschaft Tipp 24 AG darin Recht, dass die Verwendung der Bezeichnung "tipp.AG" oder "tipp.ag" wegen Irreführung über die Rechtsform des Unternehmens wettbewerbswidrig wäre. Sie führte die angesprochenen Verkehrskreise in wettbewerblich relevanter Weise über die Rechtsform des Unternehmens in die Irre.

Da die Beklagte ihre Dienstleistung unter der herausgestellten und vielfachen Bezeichnung anbiete, werde ein erheblicher Teil des Verkehrs annehmen, jene Bezeichnung sei mit dem Firmennamen identisch und die Beklagte sei eine Aktiengesellschaft. Ein erheblicher Teil des Verkehrs werde keine Verbindung zwischen der Sprachschöpfung "Abgabegemeinschaft" und dem verwendeten Kürzel herstellen. Dem Verkehr sei in der Regel schon nicht bekannt, dass die Endung ".ag" im Rahmen einer Internet-Adresse eine Länderkennung für Antigua & Barbuda sei. Soweit sie in Erscheinung getreten sei, werde sie vielfach von Unternehmen genutzt, die zugleich auf ihre Gesellschaftsform hinwiesen. Somit werde der Verkehr gerade annehmen, dass die Beklagte die Domain gewählt habe, um auf ihre Gesellschaftsform hinzuweisen. Ein anderer Grund, jene Domain zu wählen, sei kaum ersichtlich, so dass eine Irreführung des Verkehrs mehr als nahe liege. Wettbewerbliche Relevanz: Die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" sei bei erheblichen Teilen des Verkehrs geeignet, Vertrauen zu schaffen

31 KG Berlin 25.3.1997, 5 U 659/97 – *concert-concept.com*, CR 1997, 685 = K&R 1998, 36; LG Frankfurt 10.9.1997, 2/6 O 261/97 – *lit.de*, NJW-RR 1998, 974, 976; OLG Karlsruhe 9.6.1999, 6 U 62/99 – *badwildbad.com*, K&R 1999, 423; OLG München, 20.1.2000, 29 U 5819/99 – *intershopping.com*, MMR 2000, 277.

32 3.2.1998, 2 W 77/97 – *steiff.com*, CR 1998, 621 = K&R 1998, 263 = MMR 1998, 543 m Anm Funk = ZUM 1998, 945, 946.

33 21.3.1997, 13 U 202/96 – *celle.com*, abrufbar unter <http://www.eurolawyer.at>.

34 30.9.1998 315 O 278/98 – *x-tra.net*, JurPC Web-Dok 43/2000.

35 27.8.2002, 3 W 78/02 – *verona.tv*, CR 2002, 910=JurPC Web-Dok 308/2002.

36 LG Hamburg 2.9.2003, 312 O 271/03 – *tipp.ag*, CR 2004, 143 m Anm Stögmüller = ITRB 2004, 28 m Anm Elteste = K&R 2003, 616 m Anm Weiler, K&R 2003, 601; krit Himmelsbach, Entscheidungsanmerkung, JurPC Web-Dok 263/2003; OLG Hamburg 16.6.2004, 5 U 162/03, CR 2004, 769.

und die Entscheidung die Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, zu beeinflussen. Die Argumentation der Hamburger Gerichte kann nicht nachvollzogen werden. Richtig ist, dass die Top-Level-Domain „.ag“ für Antigua und Barbuda steht, gleichwohl aber als Endung für Aktiengesellschaften beworben wird.³⁷ Bezweifelt darf werden, ob die Internetnutzer die Abkürzung „.ag“ als Abkürzung für Aktiengesellschaft verstehen. Was nämlich die Verwendung als Domain betrifft, so ist weder hinsichtlich des Firmenkerns noch des Rechtsformzusatzes derzeit üblich, diese Firmenbestandteile in die Domain (präziser: in die TLD) aufzunehmen.³⁸ Ist aber die Angabe der vollständigen Firmen-Domainnamen unüblich, so kann auch keine entsprechende Erwartung der angesprochenen Verkehrskreise bestehen, die dann allenfalls enttäuscht würde oder zu Irreführung Anlass böte.³⁹ Rein technisch gesehen ist derzeit die Angabe der Gesellschaftsform in Domains gänzlich unüblich und hat sich, auch weil als passende ccTLDs nur „.ag“ (für Antigua) und „.kg“ (für Kegisien) zur Verfügung stehen, trotz des Umstandes, dass einige österreichische Aktiengesellschaften „.ag“ nutzen, noch nicht durchgesetzt.

Nunmehr liegt eine einschlägige **Entscheidung des deutschen BGH**⁴⁰ vor, die eine differenzierte Betrachtung nahe legt:

Die Klägerin ließ sich unter der Bezeichnung „PC 69 Diskothek e.K.“ im Jänner 2000 protokollieren. Sie hatte zuvor bei einer Firmenübernahme aus dem November 1999 das Unternehmenskennzeichen „PC 69“ von der zwischenzeitig gelöschten „PC 69 Musikbetrieb GmbH & Co KG“ (im Weiteren kurz: KG) zusammen mit den gemieteten Räumen, in denen diese den Diskothekenbetrieb unterhalten hatte, und mit dem dafür genutzten Inventar erworben. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (die KG) bestand seit 1984 und betrieb unter der (späteren) Firmenbezeichnung eine regional bekannte Diskothek. Die Beklagten registrierten die Domain „pc69-diskothek.de“, trugen sich als „Registrant“ von „pc69.com“ bei Network Solutions ein und manipulierten zudem die Website der Klägerin unter <http://www.pc69.com>, indem sie ab Februar/März 2000 u.a. an die Stelle des Begriffs "Erfolgsparty" den Begriff "Mißerfolgsparty" setzten und als "Last Update" den 30. Februar 2000 angaben. Ferner wurde auf eine Internet-Domain "pc69-diskothek.de" verlinkt. Die bereits im Dezember 1996 von der Rechtsvorgängerin der Klägerin (der KG) angemeldete Wortmarke "PC 69" u.a. für die Leitung, Führung und Verwaltung eines Unterhaltungszentrums bzw. einer Diskothek schrieben die Beklagten im Mai 2000 – ohne Zustimmung der Klägerin – zunächst auf den Erstbeklagten um, änderten dies jedoch nach Abmahnung wieder zurück.

Die Klägerin verlangte nunmehr (1) die Unterlassung der Verwendung der Domains „pc69.com“ und „pc69-diskothek.de“, die (2) Rückgängigmachung der auf der Website unter <http://www.pc69.com> getätigten Änderungen, (3) die Unterlassung künftiger Umschreibungen der Domain „pc69.com“ auf andere Personen als die Klägerin als Registrant, (4) die

37 Vgl. die Registrierungsbedingungen der zuständigen nic AG, eines auf Antigua ansässigen Unternehmens, abrufbar unter <http://www.nic.ag>: „.... the .ag internet domain ist unique and can be used to present the following: 1., 2. AG represents certain types of companies and several major European countries such as Germany, Austria and Switzerland, ...“. Auf die Attraktivität für Aktiengesellschaften weist auch Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, 2. Auflage (2002), 29 f. hin.

38 Vgl. Linke, Das Recht der Namensgleichen bei Domains, CR 2002, 271, 275; Ullrich, Der Schutz einer Unternehmens-Domain, WM 2001, 1129; Weiler, Irreführung über die Rechtsform durch Top-Level-Domains? K&R 2003, 601, 604.

39 Zutreffend OLG Koblenz 25.1.2002 8 U 1842/00 – *vallendar.de*, CR 2002, 280 m Anm Eckhardt = ITRB 2002, 110 m Anm Stopp = K&R 2002, 201 = MMR 2002, 466 m Anm Ernst = WRP 2002, 340; OLG München 11.7.2001, 27 U 922/00 – *boos.de*, JurPC Web-Dok. 236/2001 = MMR 2001, 692, 693 = K&R 2001, 524.

40 Urteil vom 29.04.2004, I ZR 233/01 – *pc69.com*, *pc69-diskothek.de*, abrufbar unter http://www.eurolawyer.at/pdf/BGH_I_ZR_233-01.pdf.

Erstattung der Kosten einer Gegenabmahnung sowie (5) die Löschung der Wortmarke „PC 69“.

Folgerichtig bejahte das Höchstgericht die klägerischen Ansprüche zu (1) aus §§ 5 Abs 2, 15 Abs 2 und 4 dMarkenG, § 12 Satz 2 BGB und (hilfsweise) aus § 823 Abs 1 BGB. Der BGH nahm dabei auch eine Verwechslungsgefahr zwischen den Bezeichnungen „PC 69“ und „pc69.com“ sowie „pc69-diskotheke.de“ an.

Wird eine Marke oder ein Unternehmenskennzeichen im geschäftlichen Verkehr genutzt, so folgt der Anspruch auf eine Freigabe der Domain aus den §§ 14, 15 MarkenG. Bei der Verwendung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs folgt der Anspruch aus § 12 Satz 2 BGB wegen einer unbefugten Anmaßung von „pc 69“. Der Bestandteil „-diskotheke.de“ stellt lediglich einen beschreibenden Zusatz dar. Daher sei von einer Verwechselbarkeit auszugehen. Der Umstand, dass bei der US-Domainvergabe für „pc69.com“ vorübergehend eine andere Person als die Klägerin als „Registrant“, d.h. Domaininhaber bzw. Eigentümer, eingetragen war, wäre unerheblich. Die Klägerin bekam neben der Geschäftsbezeichnung auch die Rechte an der Domain mit dem Erwerb des Unternehmens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (durch Vertrag).

Der Bundesgerichtshof hält darüber hinaus bei Verwechslungsgefahr Domain-Zusätze für nicht ausreichend, die bestehende Zeichenähnlichkeit zu beseitigen, und hat das Domain-Recht um eine weitere Facette bereichert. Bedenklich wäre es allerdings, aus der Begründung des BGH für sein Urteil abzuleiten, dass beschreibende Domain-Zusätze – in diesem Fall „-diskotheke.de“ – *generell* nicht zu beachten seien. Genau das Gegenteil trifft mE zu. Die zwischen den hier kollidierenden Kennzeichen „PC69“ und „pc69.com, pc69.de und pc69-diskotheke.de“ bestehende Zeichenähnlichkeit wurde gegenständlich durch den Zusatz „-diskotheke“ in der SLD der letztgenannten Domain geradezu noch verstärkt, da die klagende Kennzeichenträgerin eine über die Stadgrenzen hinaus bekannte Diskothek weiter betrieben hat. Eine allgemeine Regel sollte man aus der Formulierung des BGH nicht ableiten. Denn dies ginge zu weit. Richtiger wäre es, bei einer möglichen Verwechslungsgefahr festzustellen, ob ein verständiger Internet-Nutzer die Domain mit dem Kennzeicheninhaber in Verbindung bringt.

Neben der Klärung der Rechtsnachfolge in das (prioritätsältere) Kennzeichen "PC 69" für eine bekannte Diskothek bringt die vorliegende E auch eine Klarstellung bei der Beurteilung von Domainzusätzen. In einer möglichst alle Umstände zu berücksichtigenden Interessenabwägung ist ausgehend von der semantischen Zeichenähnlichkeit zu bestimmen, ob der beigefügte, beschreibende Zusatz (hier: "-diskotheke.de") die bestehende Verwechslungsgefahr beseitigt oder gar verstärkt. Dabei ist auf die jeweiligen Branchen, den Geschäftsgegenstand des älteren Zeicheninhabers und die Gepflogenheiten der beteiligten Verkehrskreise Rücksicht zu nehmen.

In einer **weiteren Entscheidung** nahm der **BGH**⁴¹ nur obiter dictum dazu Stellung, ob bei Internet -Domains höhere Anforderungen an die Verwechslungsgefahr zu stellen wären, als für die Unternehmenskennzeichen als solche? Das deutsche Höchstgericht hatte die Revision der erstinstanzlich in diesem Verfahren noch obsiegenden Klägerin wegen grundsätzlicher Bedeutung angenommen. Die Richter des OLG Braunschweig als Berufungsinstanz hatten judiziert, dass die Vergaberegeln sowie die branchenübergreifende Ausschlusswirkung der Domains die Gestaltungsmöglichkeiten einschränkten und die Nutzer sich daran gewöhnt hätten, auch auf geringfügige Unterschiede zu achten. Der BGH verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht. Im Urteil bemängeln die Karlsruher Richter die Feststellung des Berufungsgericht, es läge nur minimale Branchennähe vor. Bezüglich der Domainnamenproblematik bestätigt der BGH seine zuvor als obiter dictum im Domaintreit

41 21.2.2002, I ZR 230/99 – *defacto.de*, abrufbar unter <http://www.bonnanwalt.de/entscheidungen/BGHIZR230-99.html>.

um *shell.de* geäußerte Rechtsauffassung,⁴² dass beim Streit zweier im geschäftlichen Verkehr tätiger Parteien die Anwendung des BGB § 12 nicht in Betracht komme. Sodann stellt der I. Zivilsenat den Grundsatz auf: Sind mehrere Unternehmen berechtigt, ein Zeichen zu führen, kommen sie sämtlich als Inhaber eines unter Verwendung des Zeichens gebildeten Domain-Namens (Internet-Adresse) in Betracht. In diesem Fall gilt für die Eintragung und Verwendung des Zeichens die Priorität der Registrierung als Domain-Name. Nicht maßgeblich ist dagegen, welches Unternehmen über ein prioritätsälteres Recht an dem Unternehmenskennzeichen im Sinne des § 6 Abs 3 dMarkenG verfügt.

4. Eigene Stellungnahme

Die **Auffassung des OGH, dass der TLD keine Unterscheidungskraft zukomme**, scheint aus mehreren Gründen, insbesondere bei Streitigkeiten um Ortsnamen-Domains entgegen der Ansicht *Fallenböcks*, **überprüfenswert**.⁴³

Zum einen scheint z.B. bei der Bezeichnung „www.gemeindename.biz“ die Namensfunktion mitunter fraglich. Die Namensfunktion kann nur dann bejaht werden, wenn der Verkehr die Domainbezeichnung als Hinweis auf die Gemeinde verstehen kann. Bei der Top-Level-Domain „.at“ wird der österreichische Internetbenutzer die Domainbezeichnung *gemeindename.at* als Hinweis auf die jeweils genannte Gemeinde verstehen.⁴⁴ Doch die Top-Level-Domains „.biz/net/org“ sind zum einen Domains, die in erster Linie von kommerziellen Anbietern und zum anderen hauptsächlich von amerikanischen Anbietern bzw. Organisationen genutzt werden. Ob der internationale Verkehr unter diesen Voraussetzungen die Domains *gemeindename.biz/net/org* als einen Hinweis auf die jeweilige österreichische juristische Person des öffentlichen Rechts versteht, wird bezweifelt.⁴⁵

Gleichfalls scheinen eine Verwechslungsgefahr und eine Zuordnungsverwirrung aus denselben Gründen ausgeschlossen. Österreichische Gemeinden benutzen in erster Linie die Top-Level-Domain „.at“. Nur hier besteht eine Zuordnungsverwirrung, wenn unter der Domain *gemeindename.at* nicht die entsprechende Gemeinde auftritt. So ist denn auch z.B. die Stadt Heidelberg im Rechtsstreit um die Domain *heidelberg.net* unterlegen⁴⁶ oder die Stadt Zürich im Rechtsstreit um die Domain *zurich.biz*.⁴⁷

Die Berücksichtigung von TLDs bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr muss allerdings nicht immer zu anderen Ergebnissen wie bei deren "Ausblenden" führen: In einem Rechtsstreit führt das LG Köln⁴⁸ aus, dass die Bezeichnung „wdr.org“ eine Verwechslungsgefahr zu „WDR“ (Westdeutscher Rundfunk) begründe. Der Zusatz „.org“ in der Internetdomain wäre nicht unterscheidungskräftig und daher nicht geeignet, eine Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Nach der hier vertretenen Ansicht müsste die TLD „.org“ sehr wohl Berücksichtigung finden. Sie deutet zunächst auf eine Domain, die bei einer US-

42 Urteil vom 22.11.2001, I ZR 138/99; dazu kritisch *Thiele*, Shell gegen Shell - eine neue Dimension des Domainrechts? Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 2001, I ZR 138/99, aus rechtsvergleichender Sicht, MR 2002, 198.

43 Differenzierend bereits *Apel/Große-Ruse* WRP 2000, 816, 817; *Bottenschein*, MMR 2001, 286, 289; *Bücking*, MMR 2000, 656, 657f; *Reinhardt*, Bedeutung und Zukunft der Top-Level-Domains im Markenrecht einerseits und im Namens- und Wettbewerbsrecht andererseits, WRP 2002, 628; im Ansatz schon *Ubber*, WRP 1997, 497, 505.

44 So deutlich OLG Linz 8.1.2003, 2 R 186/02i – *adnet.at II*.

45 Ähnlich aus deutscher Sicht *Reinhardt*, Bedeutung und Zukunft der Top-Level-Domains im Markenrecht einerseits und im Namens- und Wettbewerbsrecht andererseits, WRP 2002, 628, 635.

46 Entscheidung der WIPO 6.3.2002, Case No. 2001-1500.

47 Entscheidung der WIPO, 25.7.2002, Case No. DBIZ2002-0224.

48 Urteil 23.5.2000, 33 O 216/00 – *wdr.org*, MMR 2000, 625.

amerikanischen Registrierungsstelle eingetragen ist. In zweiter Linie, nach den dortigen Vergaberichtlinien, darauf, dass eine Organisation, private Vereinigung oder gemeinnützige Gruppe, jedenfalls eine Personenmehrheit Domaininhaber sei. Tatsächlich war Domaininhaber ein Fachjournalist, der die aus seinen Initialen (Vorname und Nachname) gebildete SLD verwendete. Durch die Verwendung der TLD „.org“ verstärkte der Domaininhaber mE die Verwechslungsgefahr zur deutschen öffentlich-rechtlichen Anstalt WDR, also einer Organisation, sodass die Entscheidung des LG Köln im Ergebnis unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Bekanntheit des Fernsehsenders jedenfalls zu billigen ist.

Dennoch: Die Außerachtlassung der Kennzeichenkraft von Top-Level-Domains in jedem Fall würde die sieben „neuen“ generischen TLDs weitgehend überflüssig machen. Denn was nützt eine Branchen-Unterscheidung nach TLDs (zB .aero, .museum, .coop, .pro), die sich bei der Beurteilung der Rechtslage durch die Gerichte nicht auswirkt. Die grundsätzliche Ähnlichkeit der Begriffe muss stets im Bereich der Second-Level-Domains geprüft werden. Erklärtes Ziel der Einführung neuer TLDs war es aber, mehr Möglichkeiten zur Adressierung im Internet zu schaffen, was nur gelingen kann, **wenn den einzelnen Top-Level-Domains die Unterscheidungskraft nicht a priori aberkannt wird.**

Den „feinen Unterschied“ - gewissermaßen die Hohe Schule der kennzeichenrechtlichen Unterscheidungskraft – liefern die Rechtsstreitigkeiten um die Domains "solingen.info" und "duisburg-info.de", die zeigen, dass die Top-Level-Domain rechtliche Auswirkungen haben kann:

Geklagt hatte die Gemeinde Solingen gegen den Inhaber der Domain solingen.info, die mit dem von ihm betriebene regionale Portal solingen-info.de verlinkt war. Die Gemeinde verlangte die Unterlassung der Nutzung und die Übertragung der Domain solingen.info, womit sie vor dem Landgericht erfolgreich war. Die Berufung des Beklagten Domain-Inhabers war nur zu einem geringen Teil erfolgreich. Das OLG Düsseldorf⁴⁹ bestätigte die Unterlassung, die Übertragung der Domain an die Gemeinde nicht.

Das OLG Düsseldorf unterzog diesen Fall einer gründlichen Prüfung. Eine Namensleugnung nach § 12 Satz 1 1.Alternative BGB, bei der der Namensnutzer das Recht des Namenssträgers bestreitet, konnte es nicht erkennen, aber eine Namensanmaßung nach § 12 Satz 1 2.Alternative BGB. Der Domain-Inhaber benutzte als Nichtberechtigter einen fremden Namen ohne jeden Zusatz als Domain. Da der Internetnutzer davon ausgeht, dass der Namensträger den Domain-Namen nutzt, tritt beim Internetnutzer eine Zuordnungsverwirrung ein.

Der Beklagte verwies das Gericht auf seine Rechtsprechung im Fall *duisburg-info.de*,⁵⁰ bei dem es die Nutzung des Städtenamens als geographische Zuordnung akzeptierte. Da der Zusatz »info« sich da aber auf der Second Level Ebene befand, war dieses Urteil aus Sicht des Gerichts legitim. Im konkreten Fall verwende der Domain-Inhaber jedoch keinen Zusatz auf der Second Level Ebene. Das mache den Unterschied – und ist durchaus nachvollziehbar. Im Detail sieht es dann aber noch ein wenig anders aus: Das OLG Düsseldorf ist nämlich der Ansicht: *"Bei in sich widersprüchlichen Domains (Beispiel: 'karlsruhe.at') mag der Verkehr in der Tat, wie die Beklagte geltend macht, eine Zuordnung der Domain zur betreffenden Gebietskörperschaft nicht vornehmen. Ähnliches könnte auch für die Top-Level-Domain <com> gelten. Insoweit mag die Top-Level-Domain von Belang sein."* Aber bei .info ist das nicht von Belang, da die TLD .info *"nicht auf bestimmte Branchen oder Staaten begrenzt [ist]. Der Verkehr hat also auf Grund der Top-Level-Domain keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich nicht um die Domain des Namensträgers handelt."* Für den Fall, dass zwei Namensgleiche, Markeninhaber oder Unternehmenskennzeichen nichtähnlicher Branchen aus unterschiedlichen Ecken des Globus sich um die Domain streiten sollten, gelte grundsätzlich

49 Urteil vom 15.7.2003, 20 U 43/03 – *solingen.info*, ITRB 2004, 59 m Anm *Elteste*; nrk, Revision beim BGH anhängig.

50 OLG Düsseldorf 15.1.2002, 20 U 76/01 – *duisburg-info.de*, CR 2002, 447 = wrp 2002, 1085.

der Prioritätsgrundsatz.

Beim Internetnutzer führe die Domain in Händen des Nichtberechtigten zur Zuordnungsverwirrung. Die Rechtsprechung, insbesondere die des OGH⁵¹ im Rechtsstreit um *adnet.at*, hat in der Vergangenheit allerdings deutlich gemacht, dass solch eine Zuordnungsverwirrung durch den Inhalt der Homepage ausgeräumt werden könne. Im Fall *solingen.info* sah das OLG Düsseldorf jedoch keine Möglichkeit, die Zuordnungsverwirrung auszuräumen. Die aktuelle Inhalt der Website reiche dazu nicht aus. Es gehe aus ihr nicht hinreichend hervor, dass es sich nicht um die Website der Klägerin handle. Die vom Inhaber der Domain angebrachten Hinweise, der Vermerk "Powered by X" und ein Link mit der Bezeichnung "Informationen der Stadt Solingen", seien nicht aussagekräftig; der Link könnte auch als interner Link aufgefasst werden.

Das OLG Düsseldorf prüfte schließlich, ob der Streit durch Umgestaltung der Homepage beendet werden könnte. Nach Ansicht des Senats besteht jedoch keine Möglichkeit, die Zuordnungsverwirrung dadurch auszuschließen, dass die Homepage umgestaltet wird. Zwar ließe sich die Zuordnungsverwirrung sehr schnell ausräumen, aber die berechnigte Gemeinde wäre damit trotzdem von der Nutzung der Domain ausgeschlossen. Auch wenn sie die Domain "solingen.de" nutzte. Mithin musste der Domain-Inhaber die Domain "solingen.info" freigeben.

Beide Urteile zeigen, dass die Top-Level-Domain rechtliche Auswirkungen haben kann. Dem OLG Düsseldorf ist zuzustimmen, dass der Stadt Solingen auch Namensrechte unter der TLD „.info“ zustehen. Wenig überzeugend ist hingegen die Argumentation unter der TLD „.com“ könne die Sachlage ganz anders aussehen. Denn ebenso wie „.info“ ist auch „.com“ nicht auf bestimmte Staaten oder Branchen begrenzt. Zwar besteht die Top-Level-Domain „.com“ ursprünglich für commercial, wurde aber zum Synonym für Websites, die international unter der Domain gefunden werden wollen. Gerade größere und bekannte Städte erwartet man unter der TLD „.com“ zu finden. Auch unter „.net“ oder „.org“ könnte man gegebenenfalls die entsprechende Stadt erwarten.⁵² In der Verwendung eines Begriffs als Teil einer Internet Domain kann daher ein Namensgebrauch liegen. Das gilt unabhängig davon, unter welcher Top-Level-Domain die Domain registriert ist. Jede auch im Ausland registrierte Domain kann - naturgemäß - von einem inländischen Internetzugang aus angewählt werden und wird damit (auch) im Inland gebraucht.⁵³

Anders ist mE bei TLDs wie „.bz“, „.ag“ oder „.gv.“ oder exotischen Länderdomains („.cc“) zu verfahren. Hier ist nicht zu erwarten, dass eine österreichische Stadt unter diesen TLDs aufzufinden ist.

Bei der **Beurteilung der Zeichenidentität bzw. -ähnlichkeit** ist zunächst die Top Level Domain idR außer Betracht zu lassen, da sie keinerlei kennzeichnende Wirkung entfaltet und vom Publikum in aller Regel nicht zur Unterscheidung verschiedener Bezeichnungen wahrgenommen wird. Gleiches gilt für domaintypische Zusätze wie „http://“ und „www“.⁵⁴ Das gilt allerdings nicht ohne **Einschränkungen**. Es kann im Einzelfall durchaus sein, dass erst und gerade aus der Verbindung der beiden Domain-Ebenen die Gefahr von

51 Urteil vom 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308, 542 m Anm Thiele = RdW 2003/470, 558 = ÖBl-LS 2003/114, 226 = ÖBl-LS 2003/127, 227 = ÖBl-LS 2003/128, 227 = ÖBl 2003/74, 271 m Anm *Fallenböck* = MR 2004, 65; kritisch bereits Thiele, Österreichische Domain-Judikatur 2003. Domainrecht "à la carte" oder virtueller Ortsnamenschutz ade? MR 200, 52.

52 Ebenso wenngleich mit anderer Begründung OGH 22.3.2001, 4 Ob 39/01s – *rechnungshof.com*, ecollex 2001/251, 688 m Anm *Schanda* = EvBl 2001/155 = JUS Z/3287 = MR 2001, 256 = ÖBl 2001, 237 m Anm *Kurz* = RdW 2001/559, 535 = SZ 74/53 = wbl 2001/291, 495 m Anm Thiele.

53 22.3.2001, 4 Ob 39/01s – *rechnungshof.com*, ecollex 2001/251, 688 m Anm *Schanda* = EvBl 2001/155 = JUS Z/3287 = MR 2001, 256 = ÖBl 2001, 237 m Anm *Kurz* = RdW 2001/559, 535 = SZ 74/53 = wbl 2001/291, 495 m Anm Thiele.

54 Insoweit uneingeschränkt zutreffend OGH 25.3.2003, 4 Ob 42/03k – *rtl.at*, ecollex 2003/317, 773 m Anm *Schanda* = MR 2004, 63 = ÖBl 2004/11, 35 m Anm *Fallenböck*.

Verwechslungen resultiert, wie das **Beispiel „parmal.com“ und „parmal.at“** deutlich macht. Denkbar sind gleichwohl die Verwechslungsgefahr abschwächende Zusätze in der TLD, die uU einen hinreichenden Abstand zwischen dem jeweiligen Kennzeichen und der gesamten Domain in ihrem Erscheinungsbild schaffen (z.B. "nivea.com" und "nivea.aero").⁵⁵ Seit der Einführung der sieben neuen generischen Top Level Domains ".biz", ".info", ".museum", ".pro", ".coop", ".aero" und ".name" Ende 2000 stellt sich die Internetgemeinde die Frage, ob sich die zum Teil sehr speziellen Endungen als differenzierendes Merkmal auswirken und die Rechtsprechung ändern würden.

Schließlich kann mE bei der Kollision zwischen einer Marke und einer Domain die (unterscheidungskräftige) TLD sogar dazu führen, die Marken(mit-)verwendung nach § 10 Abs 3 MSchG zu rechtfertigen. Dabei ist nach der jüngsten Rsp⁵⁶ zu berücksichtigen: Bei Beurteilung, ob die Angabe den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht, kommen als Unlauterkeitskriterien vor allem Rufausbeutung, Rufschädigung, Aufmerksamkeitsausbeutung und Verwässerung in Betracht. Unlauter kann vor allem eine über die Wiedergabe der beschreibenden Angabe hinausgehende zusätzliche Annäherung durch Übernahme besonderer Gestaltungselemente aus Bildmarken, Logos, typischen Schriftzügen oder der farblichen oder figürlichen Ausgestaltung sein. Die blickfangmäßige Ausgestaltung als solche ist noch nicht unlauter, weil sie vielfach auch bei beschreibenden Angaben den lautereren Gepflogenheiten entspricht.

Wendet man diese Grundsätze auf die Verwendung von Top Level Domains iZm mit zu registrierten Marken zeichenähnlichen Second Level Domains an, so ist festzuhalten, dass gemäß § 10 Abs 1 Z 2 MSchG die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht gewährt, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird. **§ 10 Abs 3 Z 2 MSchG** schränkt das Recht des Markeninhabers dahin ein, dass er einem Dritten nicht verbieten kann, Angaben über die Art, die Beschaffenheit, die Menge, die Bestimmung, den Wert, die geographische Herkunft oder die Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder über andere Merkmale der Ware oder Dienstleistung, im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, **sofern dies den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht.**

Zu den in § 10 Abs 3 Z 2 MSchG genannten Angaben zählt mE auch die Verwendung der Marke als Domain, wenn dadurch eine Website adressiert wird. Zu prüfen bleibt daher, ob die Angabe den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht. Als Unlauterkeitskriterien kommen vor allem Rufausbeutung, Rufschädigung, Aufmerksamkeitsausbeutung und Verwässerung in Betracht. Unlauter kann vor allem eine über die Wiedergabe der beschreibenden Angabe hinausgehende zusätzliche Annäherung durch Übernahme besonderer Gestaltungselemente aus Bildmarken, Logos, typischen Schriftzügen oder der farblichen oder figürlichen Ausgestaltung sein. Die blickfangmäßige Ausgestaltung als solche ist noch nicht unlauter, weil sie vielfach auch bei beschreibenden Angaben den lautereren Gepflogenheiten entspricht.⁵⁷ Das trifft für die Verwendung einer Domain mE vornehmlich dann zu, wenn der ihr zugehörige Websiteinhalt keinen

55 Vgl. Auch den vom OLG Hamm 31.7.2003, 4 U 40/03 – *nobia.se*, entschiedenen Rechtsstreit: Der schwedische Domainname *nobia.se* ist mit der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin "Nobilia" verwechslungsfähig. Eine schwedische Domain kann deutsches Kennzeichenrecht verletzen, wenn die Webseiten bestimmungsgemäß in Deutschland abgerufen werden sollen. Eine Kennzeichenverletzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte das schwedische Unternehmenskennzeichen "Nobia" nicht außerhalb des Internets verwendet.

56 OGH 19.10.2004, 4 Ob 215/04b – *DELUCA/de Luca*, nv.

57 Vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz² § 23 Rz 61.

Interessengleichklang zum Markenträger herstellt.

5. Internetspezifischer Maßstab der Beurteilung von Verwechslungsgefahr?

Zuweilen wird die Auffassung vertreten, dass der Verkehr bei der Verwendung von Internet-Domains an eine geringere Kennzeichnungskraft gewöhnt sei und daher genauer auf Unterschiede achten würde.⁵⁸ Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr im Rahmen der §§ 10, 10a MSchG für der Verwendung von Domainbezeichnungen im Internet sei deshalb zu berücksichtigen, dass auf Grund der beschränkten Möglichkeiten der Namensbildungen und der damit verbundenen Annäherungen der Domainbezeichnungen der Verkehr zur genaueren Prüfung von Unterschieden, sowohl bei den Domainbezeichnungen als auch bei dem Inhalt der jeweiligen Webseiten, gezwungen sei. Diese Auffassung scheint jedenfalls überprüfenswert.

5.1 Handy.de v. Handy.com

Klägerin war die Firma "Handy.de Vertriebs GmbH", die Inhaberin der Marke und Domain "handy.de" ist. Diese vertrieb unter der Domain neben Mobilfunkgeräten und Handyverträgen auch Logos und Klingeltöne. Der Beklagte ist Inhaber der Domains "handy.com", "handy.info" und "handy.biz" sowie der Marken "handy.com", "handy.info" und "handy.biz". Er vertrieb auf seinem Internetportal ebenfalls Logos und Klingeltöne. Die Klägerin mahnte den Beklagten wegen Markenverletzung ab. Eine einstweilige Verfügung der Klägerin lehnte das LG Hamburg ab.

Im Provisorialverfahren untersagte auf Beschwerde der Antragstellerin das OLG Hamburg⁵⁹ dem Beklagten die geschäftliche Nutzung der Domains und Marken – und stellte damit die wohl bekannte Ordnung wieder her. Die Bezeichnung "handy.de" wäre nur für Mobiltelefone beschreibend, nicht aber für andere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Mobiltelekommunikation und Internet. Bei vorliegender Branchenidentität waren daher Verwechslungen mit der Marke "handy.biz" zu befürchten. Daran änderte die Tatsache nichts, dass statt des Zusatzes ".de" die Zusätze ".com" oder ".info" verwendet wurden, da diese Unterschiede nicht genügten, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen.

Der Beklagte gab nicht auf - und bekam Recht: Das LG Hamburg⁶⁰ entschied im anschließend geführten Hauptverfahren gegen die Klägerin und verneinte eine Verwechslungsgefahr zwischen den Bezeichnungen "handy.de" bzw. "handy.biz" und den weiteren Handy-Domains des Beklagten. Das Gericht ging davon aus, dass die Bezeichnung "Handy" im Geschäftskreis der Klägerin nicht unterscheidungskräftig sei oder die Verkehrskreise erwarten die Klägerin unter allen anderen "handy-Domains" aufzufinden. Die Gefahr von Verwechslungen wäre auch dann ausgeschlossen, wenn man von einer Bekanntheit von "handy.de" ausginge, da insoweit auf die Gesamtbezeichnung "Handy.de" einschließlich der Top-Level-Domain .de abzustellen sei.

Das LG Hamburg ist mit seiner Begründung von der Regel bei Kennzeichenkonflikten von

58 Am deutlichsten KG Berlin 16.2.2001, 5 U 9865/00 – *checkin.com*, GRUR-RR 2001, 180 = ZUM-RD 2002, 4 m krit Bespr Kort, Markenrechtliche Verwechslungsgefahr bei Domain-Namen, wrp 2002, 302; LG Hamburg, 18.10.2002, 416 O 75/02 – *public-com.de*, JurPC Web-Dok 353/2002 = MMR 2003, 127; ähnlich *Viefhues* in *Hoeren/Sieber* (Hrsg), Handbuch Multimedia-Recht (1999), Teil 6 Rz 82, der von einer "besonderen Sensibilität" und "gesteigerten Aufmerksamkeit" der Internetnutzer ausgeht; ebenso *Joller*, Zur Verletzung von Markenrechten durch Domainnames – eine Standortbestimmung, MarkenR 2000, 341, 344.

59 4.2.2002, 3 W 8/02 – *handy.com*, CR 2002, 446 m Anm Beckmann = JurPC Web-Dok. 153/2002 = MMR 2002, 626.

60 21.2.2003, 416 O 1/03 – *handy.com*, MMR 2003, 599.

Domains abgewichen. Grundsätzlich wird hinsichtlich der Kennzeichnung von Domains nur auf die Second-Level-Domain abgestellt, die Top-Level-Domain (z.B. .com, .biz, .de) spielt keine Rolle. Somit hätten sich vorliegend allein die Kennzeichnungen "handy" gegenüber gestanden, so dass Kennzeichenidentität vorgelegen hätte. Das Gericht hat hier jedoch die Top-Level-Domain mit einbezogen und somit handy.de den Kennzeichnungen handy.biz und handy.com gegenübergestellt. Gleichzeitig hat das Gericht klargestellt, dass es um einen Ausnahmefall von der Regel handelt, dass nur der SLD Kennzeichnungskraft zukommt. Das Gericht hat eine Verwechslungsgefahr zwischen "handy.de" und "handy.biz" oder "handy.com" verneint.

Vorliegend dürfte es für die Entscheidung des Gerichts ausschlaggebend gewesen sein, dass es sich bei "Handy" um einen Gattungsbegriff handelt. Jeder Internetnutzer weiss, dass er zu einem anderen Angebot gelangt, wenn er für den gleichen Begriff eine andere TLD wählt. Dies gilt auch und gerade für Gattungsdomains. Selbst wenn ein Internetnutzer das Angebot unter einer Gattungsdomain einer bestimmten TLD kennt, erwartet er nicht, dies auch unter einer anderen TLD zu finden. Entsprechend hat das Gericht aufgeführt, dass der Verkehr wisse wie er die Klägerin findet.

Das Urteil des LG Hamburg knüpfte somit an den **tatsächlichen Surfgewohnheiten der Internetnutzer** an und kommt zu einem interessanten Urteil. Schon an dieser Stelle lässt sich festhalten, dass die Entscheidung mE nicht auf den Fall von gewöhnlichen Kennzeichenkonflikten übertragbar ist, sondern die Berücksichtigung unterschiedlicher TLDs eben eine **besondere Sachverhaltskonstellation** verlangt.

In diesem Zusammenhang ist die **Entscheidung des deutschen Bundespatengerichtes**⁶¹ zur Markenfähigkeit der Bezeichnung "handy.de" von Bedeutung:

Ein Unternehmen hatte den Begriff "handy.de" für diverse Markenklassen angemeldet, u.a. Klasse 32 (Getränke), Klasse 36 (Werbung und Marketing), Klasse 38 (Telekommunikation) und Klasse 9 (Erstellung von Programmen für die Datenverarbeitung pp.). Im Markenregistrierungsverfahren stellte sich die Frage nach der Unterscheidungskraft und damit Registrierbarkeit der Bezeichnung "Handy.de" in den angeführten Klassen. Nach Auffassung des Bundespatentgerichts fehlte der angemeldeten Marke "Handy.de" im Zusammenhang mit den beanspruchten Dienstleistungen allerdings jegliche Unterscheidungskraft.

Unter Beachtung dieser E hätte das LG Hamburg die Klage gleichfalls mangels hinreichender Kennzeichnungskraft des klägerischen Zeichens abweisen können, was mE zu bevorzugen gewesen wäre. Es kam allerdings anders.

5.2 Kritische Würdigung

Für die eingangs dargelegte Auffassung, d.h. jene des LG Hamburg im Hauptverfahren, spricht zwar, dass der Bestand an Internet-Domains, die weltweit, und zwar auch bei Branchenverschiedenheit, nur jeweils einmal vergeben werden können, sehr beschränkt ist.

Gegen einen vom allgemeinen zeichenrechtlichen Verständnis abweichenden, internetspezifischen Begriff der Zeichenähnlichkeit spricht aber mE, dass bei Benutzung des Internets eine ähnlich große Verwechslungsgefahr besteht wie bei der Teilnahme am „offline“ Geschäftsverkehr. Gerade bei Benutzung des Internets wird der Benutzer vielfach auf Bezeichnungen stoßen, hinter denen er – ohne dass das der Fall ist – eine (bekannte) Marke oder Firma vermutet. Der gewöhnliche Internet-Benutzer liest mE Domains nicht akribisch wie Fachleute. Auf die genaue Schreibweise einer Domain wird er in aller Regel nur dann achten, wenn er seinerseits den Namen (in die Adresszeile seines Browsers) zu schreiben hat. Ansonsten aber besteht Verwechslungsgefahr wie im allgemeinen geschäftlichen Verkehr auch.

61 BPatG 29.10.2002, 33 W (pat) 3/02 – handy.de, ITRB 2003, 50 m Anm Stopp = JurPC Web-Dok 42/2003.

Für die markenrechtliche Beurteilung ist mE auf dieses tatsächliche Verhalten des Internet-Benutzers abzustellen, das andererseits derzeit empirisch noch völlig unzureichend bis gar nicht erforscht bzw. festgestellt ist. Geht man davon aus, dass er eher flüchtig liest, ist darauf abzustellen, und nicht auf angesichts der Beschränktheit der Anzahl von zu vergebenden Domains theoretisch durchaus sinnvolle Verhaltensanforderungen iSe eines Postulats an den Internet-Nutzer.⁶² Für die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist jedoch - wie durchgängig im gewerblichen Rechtsschutz und großteils auch im Lauterkeitsrecht - nicht auf das abzustellen, was der Handelnde „soll“,⁶³ sondern darauf, wie er - ohne besondere Anspannung von Sorgfaltspflichten - tatsächlich handelt. Es bleibt - **vorbehaltlich exakter empirischer Studien** bislang - bloße Behauptung, dass der Verkehr an die geringe Kennzeichnungskraft bei Nutzung einer Internet-Domain gewöhnt sei und deshalb genauer auf Unterschiede achten würde.

6. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Nach zutreffender Ansicht der österreichischen Rechtsprechung gibt es kein spezifisches Wahrheitsgebot für Internet-Domains.

Das österreichische Höchstgericht⁶⁴ hat dazu bereits festgehalten, dass für Internet Domains kein sondergesetzliches Täuschungsverbot wie etwa im Markenrecht gemäß § 4 Abs 1 Z 8 MSchG oder im Firmenrecht gemäß § 18 Abs 2 HGB besteht. Eine allfällige Täuschungseignetheit ist nach dem (allgemeinen) wettbewerbsrechtlichen Maßstab der „unrichtigen Angaben“ iSd § 2 UWG zu beurteilen. Eine so verstandene Irreführung liegt nicht vor, wenn unter der strittigen Internet-Adresse „<http://www.centro-hotels.com>“ zunächst ein Portal für eine Mehrzahl von Hotels eingerichtet wurde, das erst nachträglich infolge Beendigung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit der Hotelbetreiber nur mehr einem einzigen Hotel als Homepage dient. Auch unter dem Aspekt der unlauteren Vorratshaltung ist ein Konzept, in Zukunft mehrere Hotels unter einer einheitlichen, international verständlichen Bezeichnung mit der Netzadresse www.centro-hotels.com zu führen und zu bewerben, nicht zu beanstanden.

Mit dieser Provisoriale hat der OGH das österreichische Domainrecht um eine wesentliche Facette bereichert. Deutlich spricht das Höchstgericht aus, dass für Internet Domains kein sondergesetzliches Täuschungsverbot wie etwa im Marken- oder im Firmenrecht besteht. Eine allfällige Täuschungseignetheit ist nach dem (allgemeinen) wettbewerbsrechtlichen Maßstab zu beurteilen. Damit liegt der OGH auch rechtsvergleichend im Trend.⁶⁵

Im Übrigen hält sich der OGH im Rahmen der Vorjudikatur zum „Recht der Gleichnamigen“: Führen mehrere Personen identische oder ähnliche Bezeichnungen, gilt der Grundsatz, dass niemand am redlichen Gebrauch seines eigenen Namens gehindert werden kann.⁶⁶ Der ältere Namensträger kann dem redlichen jüngeren die Namensführung nicht ohne weiteres untersagen; vielmehr ist ein Interessenausgleich vorzunehmen, insbesondere auch durch Beifügung eines unterscheidungskräftigen Zusatzes.⁶⁷ Nur *ausnahmsweise*, und sofern nicht z.B. das Firmenrecht oder öffentliche Vorschriften die Namensführung zwingend vorsehen,

62 Ebenso Kort, wrp 2002, 302, 303.

63 Im Sinne einer möglicherweise rechtlich gebotenen Handlungsanweisung.

64 OGH 20.5.2003, 4 Ob 103/03f - *centro-hotels.com*, RdW 2003/471, 558 = ÖBI-LS 2003/115, 226 = ÖBI-LS 2003/125, 227 = ÖBI 2003/65, 241 m Anm *Fallenböck* = MR 2004, 67.

65 Vgl. OLG Hamburg, 6.3.2003, 5 U 186/01 - *mitwohonzentrale.de II*, JurPC Web-Dok. 165/2003.

66 Aicher in *Rummel*, ABGB I³ § 43 Rz 13 f mwN.

67 OGH 1.9.1992, 4 Ob 43/92 - *Harald A.Schmidt*, *ecolex* 1993, 35 = EvBl 1993/41 = ÖBI 1992, 216 = RdW 1993, 39.

kann dem Namensjüngeren der Gebrauch des Namens insgesamt verboten werden, so etwa bei starker Verkehrsgeltung der älteren Firma und einem wenig schutzwürdigen Besitzstand des jüngeren.⁶⁸ Die Grundsätze des Rechts der Gleichnamigen gelten nach inzwischen gefestigter Meinung auch bei der willkürlichen Kennzeichengestaltung unter Verwendung des Namens. Bei Domainkonflikten unter Gleichnamigen ist auf die Priorität der Namensführung im Medium Internet abzustellen.⁶⁹

Konsequent weist der OGH die Klage der prioritätsjüngeren Centro-Hotel Gesellschaften gegen den prioritätsälteren Domaininhaber ab.

Für die Untersagung einer irreführenden Verwendung von Top Level Domains bleibt daher nach § 2 UWG ein möglicher, wenngleich geringer Spielraum.

7. Zusammenfassung

Auf internationaler Ebene hat sich durch die Einführung der neuen Top Level Domains (TLDs) die Zahl der Rechtsstreitigkeiten eher vervielfacht als verringert. Das angestrebte Ziel, eine Diversifikation – und damit eine Entspannung der Domainkonflikte – zu bewirken, dürfte sich als illusorisch erweisen. Dies wohl zu einem erheblichen Anteil angesichts der recht eindeutigen Spruchpraxis österreichischer Gerichte zur fehlenden Unterscheidungskraft von TLDs, sodass insbesondere die als Ausweichdomains zum .com-Level angedachten .info- und .biz-Domains schwerlich eine das darunter abrufbare Angebot identifizierende (und mithin von anderen Kennzeichenträgern abgrenzende) Funktion bislang übernehmen konnten.

Die Top-Level-Domains so wie bisher bei der Beurteilung der kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr in jedem Fall weiterhin gänzlich unberücksichtigt zu lassen, hieße an der Virtualität der Netzkultur vorbeizuschauen. **Die Zeichenähnlichkeit ist in Domainrechtsstreitigkeiten zwar primär für die Second-Level-Domain zu beurteilen. Die TLD ist jedoch mit zu berücksichtigen, da sie ganz wesentlich verstärkende, abschwächende oder neutrale Zusätze zur Gesamtbeurteilung der zu prüfenden Verwechslungsgefahr beisteuert.**

Während nach der hier vertretenen Auffassung bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit in Domainkonflikten die internetspezifischen Besonderheiten der hierarchischen Domainordnung eine stärkere Berücksichtigung der Top-Level-Domains erfordern, erscheint es entbehrlich internetspezifische Aspekte bei der Frage der (übrigen) Verwechslungsfähigkeit allzu sehr zu betonen. Es bedarf keines eigenen internetspezifischen Maßstabes für die Verwechslung von Kennzeichen und Domains, da insofern auf die allgemeinen kennzeichenrechtlichen Kriterien abzustellen ist.

68 Vgl. BGH 22.11.2001, I ZR 138/99 - *shell.de*, WRP 2002, 694 = ZUM 2002, 545; dazu *Fallenböck*, „shell.de“ – Zum Recht der Gleichnamigen bei Internet Domains, RdW 2002, 525; schon früher BGHZ 4, 102; BGH NJW 1968, 350.

69 Vgl die Nw bei *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-commerce [2003], 87, 125 f, 140 ff.