



Fundstelle: MR 2007, 98

- 1. Ob ein Firmenschlagwort Unterscheidungskraft besitzt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und stellt – grobe Fehlbeurteilung ausgenommen – keine erhebliche Rechtsfrage dar.**
- 2. Die Top Level Domain kann bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit oder Zeichenidentität regelmäßig außer Betracht bleiben.**
- 3. Bereits das Angebot des Vertriebs bestimmter, dem Geschäftsgegenstand des Konkurrenten entsprechender Waren auf einer Homepage begründet zumindest ein ad-hoc Wettbewerbsverhältnis zum Domaininhaber.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I*****, vertreten durch Korn Frauenberger Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. A*****, 2. B***** GesmbH, ***** 3. Mag. Dr. Hans B*****, alle vertreten durch Mag. Thomas Schweiger, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung, Beseitigung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 63.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 20. Oktober 2006, GZ 3 R 74/06h-11, womit der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 3. April 2006, GZ 34 Cg 18/06p-7, teilweise abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst: Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78 und 402 Abs 4 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

Sachverhalt:

Die Muttergesellschaft der im Jahre 1999 gegründeten Klägerin ist die I. Immobilienanlagen AG. Nach S 2 Abs 1 der Satzung der Klägerin ist Gegenstand ihres Unternehmens die Entwicklung und der Ankauf von Immobilien. vornehmlich im zentral- und osteuropäischen Raum, auch zum Zwecke der Bildung einer langfristigen Sachanlage. sowie Verkauf. Verwaltung. Entwicklung und Verwertung von Immobilien. Die Muttergesellschaft der Klägerin ist Inhaberin der am 19.8.2002 angemeldeten Gemeinschaftsmarke Immoeast (CTM002819290). eingetragen für die Klassen 35, 36, 37, 40 und 42. Die Eintragung der Marke wurde am 13.10.2003 veröffentlicht.

MMag. Dr. Karl P. ist zumindest seit 2(\IO.t994. Mag. Norbert (zumindest seit 18.11.1996 Vorstand der I. Immobilien Anlagen AG. Die Genannten sind seit 22.12.1999 als Vorstände auch für die Klägerin vertretungsbefugt.

Die Zweitbeklagte ist Inhaberin der Domain immocast.com. Der Drittbeklagte ist Alleingeschäftsführer der Zweitbeklagten. Der Drittbeklagte wird in den Registrierungsdaten als administrativer Kontakt der Domain www.immoeast.com geführt.

Die genannte Domain wurde frühestens am 4.9.2004 registriert. Bei Aufruf der Domain immoeast.com im Internet wird der Benutzer unmittelbar auf die Internetseite www.awznet.com/immoeast/frame.htm weitergeleitet. Auf der Homepage werden

Immobilien, Unternehmen, Beteiligungen, Investoren, Geldanlage/Investment und Finanzierungen angeboten.

Auf dieser Website bieten Erst- und Zweitbeklagte umfangreiche Dienstleistungen rund um Immobilien unter Verwendung der Bezeichnung immoeast.com an. Im Impressum der Website www.awznet.com sind die Erst- und die Zweitbeklagte gemäß § 5 ECG genannt, der Drittbeklagte ist auch Alleingeschäftsführer der Erstbeklagten.

Die Erstbeklagte betätigt sich als Immobilienmaklerin, die Zweitbeklagte beschäftigt sich mit der Erstellung von Software. Die Erstbeklagte hat seit kurzem eine Liegenschaft angekauft, welche sie vermietet.

Die Klägerin bekennt sich zur freiwilligen Einhaltung des österreichischen Corporate Governance Codex. Dessen Regel 24 lautet: „Alle Geschäfte zwischen der Gesellschaft bzw Konzernunternehmen und Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahe stehenden Personen oder Unternehmen müssen branchenüblichen Standards entsprechen. Die Geschäfte und deren Konditionen müssen im Voraus durch den Aufsichtsrat genehmigt werden, mit Ausnahme von Geschäften des täglichen Lebens.“ Mit 29.6.2005 kaufte Mag. Norbert G. 44.14ß Stück Aktien in eigenem Namen von der I. Immobilien Anlagen AG an.

Die Klägerin beehrte im Provisorialverfahren zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens die Beklagten schuldig zu erkennen,

1. es zu unterlassen, den Domain-Namen „immoeast.com“ im geschäftlichen Verkehr im Internet zu belegen und/oder zu benützen und/oder benützen zu lassen;

in eventu

es zu unterlassen, den Domain-Namen „immo-east.com“ im geschäftlichen Verkehr in verwechslungsfähiger Weise zu benützen und/oder benützen zu lassen, insbesondere dadurch, dass unter der Domain „immoeast.com“ die Dienstleistungen der Immobilienvermittlung, der Immobilieninvestmentberatung bzw der Immobiliengeldanlageberatung, der Beratung von Immobilienfinanzierungen oder der Immobiliengeneralplanung angeboten und/ oder beworben werden, und/oder auf ähnliche Art und Weise zu benutzen und/oder benutzen zu lassen;

2. es zu unterlassen, ein der Gemeinschaftsmarke „immoeast“ und/oder dem Firmenschlagwort „Immoeast“ verwechselbar ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr bei der Bewerbung und/oder dem Anbieten von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Immobilien, insbesondere der Immobilienvermittlung, der Immobilieninvestmentberatung bzw der Immobiliengeldanlageberatung, der Beratung von Immobilienfinanzierungen oder der Immobiliengeneralplanung zu verwenden;

3. (nur die zweitbeklagte Partei), es zu unterlassen, lüi die Dauer dieses Rechtsstreites über die Domain „immocast.com“ zu verfügen, insbesondere diese auf einen Dritten zu übertragen oder einem Dritten Rechte an dieser Domain einzuräumen.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Das Rekursgericht gab dem Rekurs der klagenden Partei teilweise Folge und erließ nachstehende einstweilige Verfügung:

.. 1.) Die beklagten Parteien sind schuldig, es bis zur Rechtskraft des Urteiles in der Hauptsache zu unterlassen,

a.) den Domain-Namen „immoeast.com“ im geschäftlichen Verkehr im Internet y.u benutzen und/oder benutzen zu lassen:

b.) ein dem Firmenschlagwort „immoeast“ verwechselbar ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr bei der Bewerbung und/oder dem Anbieten von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Immobilien, insbesondere bei Immobilienvermittlung, Immobilieninvestmentberatung bzw der Immobiliengeldanlageberatung, Beratung von Immobilienfinanzierungen oder Immobiliengeneralplanung. zu verwenden.

2.) Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, es zu unterlassen, für die Dauer dieses Rechtsstreites über die Domain „immoeast.com“ zu verfügen, insbesondere diese auf einen Dritten zu übertragen oder einem Dritten Rechte an dieser Domain einzuräumen.

Die klagende Partei hat die Kosten des Provisorialverfahrens vorläufig, die beklagten Parteien haben diese endgültig selbst zu tragen."

und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nicht zu. Der OGH wies den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Parteien als unzulässig zurück.

Vorauszuschicken ist, dass die Rechtsprechung im Provisorialverfahren eidesstattige Erklärungen der Prozessparteien nicht als zulässiges (anders hingegen für eidesstattige Erklärungen von Auskunftspersonen oder Sachverständigen) Bescheinigungsmittel ansieht (SZ 50/25; 1 Ob 512/78 = JBl 1978, 424; 5 Ob 674/83; 4 Ob 158/99k; 4 Ob 40/04t). Dementsprechend hat das Erstgericht auch die Stelligmachung der in der Klage und im Äußerungsschriftsatz der Beklagten namhaft gemachten Personen verfügt.

Es entspricht dem Zweck des Provisorialverfahrens, möglichst rasch einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, weswegen das rechtliche Gehör im Provisorialverfahren nicht in gleicher Weise geschützt ist wie im Hauptverfahren. Es trifft - wie vom Erstgericht angemerkt - zu, dass deswegen im Provisorialverfahren der Austausch oder die Einbringung weiterer Schriftsätze grundsätzlich nur über richterliche Aufforderung zulässig ist. Dies schließt jedoch nicht aus bekannt zu geben, dass beantragte Auskunftspersonen verhindert und anstelle derer andere zu vernehmen sind. Es steht dem Erstgericht außerdem frei. (auch nicht aufgetragene) Schriftsätze zuzulassen (siehe 4 Ob 126/01k ua). Jedenfalls wäre es der Klägerin möglich gewesen, ihren Parteienvertreter zur Bescheinigungstagsatzung zu entsenden, um formell den Austausch von Bescheinigungsmitteln bekannt zugeben. Ohne bezughabenden Beweisantrag war es dem Erstgericht jedoch verwehrt, eine bis dato nicht beantragte Auskunftsperson zu vernehmen und seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

Die Klägerin hat noch vor Eintritt der Bindungswirkung der Entscheidung für das Gericht (Abgabe an die Geschäftsabteilung zur Abfertigung: §§ 416. 425 ZPO) die nunmehr im Rekurs angesprochenen Urkunden vorgelegt. Aus diesen ergibt sich jedoch für die Rekurswerberin kein günstigeres Beweisergebnis.

Die Beklagten haben schon in ihrer Äußerung zum Provisorialantrag ausführlich auf das Vorliegen einer unzulässigen Doppelvertretung beim allfälligen Abschluss eines Lizenzvertrages zwischen der Muttergesellschaft und der Klägerin hingewiesen.

Das österreichische Privatrecht enthält (abgesehen von S 18 Abs 5 und A GmbHG idF des EuGesRÄG BGBl 1996/304, die aber nur auf Geschäfte anzuwenden sind, die der einzige Gesellschafter einer GmbH sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft abschließt) keine allgemeinen Regelungen, ob und in welchem Umfang In-sich-Geschäfte (bzw die Doppelvertretung) zulässig sind. Gleichgültig, ob solche Geschäfte nun im Allgemeinen zulässig oder grundsätzlich unzulässig sind (so die jüngere Rechtsprechung, vgl 4 Ob 71/00w mwN), besteht aber doch Übereinstimmung darin, dass In-sich-Geschäfte insoweit erlaubt sind, als keine Interessenkollision droht und der Abschlusswille derart geäußert wird, dass die Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht unkontrollierbar zurückgenommen werden kann. Erstere Voraussetzung trifft zu, wenn das Geschäft

a) dem Vertretenen nur Vorteile bringt.

b) keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht oder

c) dieser im Vorhinein oder im Nachhinein einwilligt (6 Ob 175/98y; 4 Ob 71/00w; 3 Ob 2106/96v; *Apathy* in Schwimann ABGB Praxiskomm² Rz 16 zu § 1009).

Damit durch das im Wege der Doppelvertretung zustande gekommene Geschäft die Interessen der Vertretenen gefährdet werden können, ist es nicht notwendig, dass das fragliche In-sich-Geschäft für den (die) Vertretenen tatsächlich nachteilig war, sondern es genügt die Gefahr, dass die Interessen der Gesellschaft durch das Eigeninteresse des Selbstkontrahierenden (bzw das Interesse der vom Doppelvertreter ebenfalls vertretenen natürlichen oder juristischen Person) verkürzt werden könnten (3 Ob 2106/96v mwN; 4 Ob 71/00w).

Dass Markenrechte einen Vermögenswert darstellen, bedarf keiner näheren Begründung. Die von der Klägerin vorgelegten Urkunden wurden für die vertragschließenden Parteien im

Wege der Doppelvertretung durch die Vorstände beider Gesellschaften unterfertigt. Dass der für die Gesellschaften mitunterzeichnende Mag. Norbert G. ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Klägerin hat, folgt aus den Feststellungen über seine Beteiligung an der Gesellschaft. Dass die Muttergesellschaft der Klägerin ihre Zustimmung zum Abschluss des strittigen Lizenzvertrages - etwa durch den Aufsichtsrat wie es § 24 Corporate Government Codex fordert - erteilt hat oder auch nur im Nachhinein die Genehmigung erteilt, wurde nicht behauptet. Demnach kann - zumindest im Provisorialverfahren nicht vom wirksamen Abschluss eines Lizenzvertrages ausgegangen werden.

In diesem Sinne kann damit der Beweis- und Tatsachenrüge der Rechtsmittelwerberin kein Erfolg beschieden sein. [...]

In der Rechtsrüge wendet sich die Rekurswerberin gegen die Versagung des Firmen- bzw. Kennzeichenschutzes nach §9 UWG.

§ 9 Abs 1 UWG schützt auch die besondere Bezeichnung eines Unternehmens unter der Voraussetzung, dass sie Unterscheidungs-(Kennzeichnungs-)kraft besitzt, also etwas Besonderes, Individuelles an sich hat, das sich schon seiner Art nach dazu eignet, ihren Träger von anderen Personen zu unterscheiden. Andernfalls könnte eine Verwechslungsgefahr von vornherein nicht entstehen. Schutzunfähig (ohne Verkehrsgeltung) sind rein beschreibende Angaben. Als rein beschreibend gelten Zeichen, deren Begriffsinhalt von den beteiligten Verkehrskreisen zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschlossen werden kann und die als beschreibender Hinweis auf die Art der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens verstanden werden (RIS-Justiz RS0117763). So wurde zuletzt in der Rechtsprechung „Firekiller“ für Handfeuerlöcher als rein beschreibend qualifiziert (vgl 4 Ob 28/06f). Ob einer Fremdsprache entnommene Begriffe Kennzeichnungskraft besitzen, hängt davon ab, ob ihre Kenntnis im Inland im Prioritätszeitpunkt soweit verbreitet war, dass der inländische Verkehr einen die Identifizierungsfunktion (Kennzeichnungsfunktion) ausschließenden Sinngehalt erkennen konnte (4 Ob 80/93 = ÖBl 1993, 203 - Karadeniz mwN; 4 Ob 325/99v = ÖBl 2000, 175 - „Manpower“; 4 Ob 277/04w = wbl 2005, 387 - „Powerfood“; 4 Ob 28/06f - „Firekiller“).

Die für den Begriff „Immobilien“ verwendete Abkürzung „Immo“ ist mittlerweile allgemein gebräuchlich. Der damit verknüpfte Begriff „east“ kommt wohl aus dem Englischen, allerdings kann davon ausgegangen werden, dass damit für jedermann leicht erkennbar „ost“ bzw. „Osten“ zu verstehen ist. In der Entscheidung 4 Ob 116/03t wurde allerdings das Firmenschlagwort „Immofinanz“ als nicht rein beschreibend und damit als kennzeichnungsfähig erachtet. Das Zeichen wurde wohl als schwaches beurteilt, weswegen es im konkreten Fall auf den Verkehrsgeltungsnachweis ankam, dies ist aber hier nicht erforderlich. Denn die Internetdomain der Beklagten ist in Wortbild und Wortklang ident mit dem aussagekräftigen Firmenbestandteil der Klägerin „Immoeast“, wobei auch die Verwechslungsgefahr zu bejahen ist. Wenngleich die Beklagten ein Wettbewerbsverhältnis zur Klägerin bestreiten, sind doch die Klägerin und die Erstbeklagte mit dem Verkauf von Immobilien bzw deren Verwertung befasst. Da es bereits ausreicht, wenn die jeweiligen Angebote der beteiligten Unternehmen nur teilkongruent sind (s 4 Ob 291/01 k mwN; 4 Ob 76/03k), kann damit dem Einwand der Beklagten kein Erfolg beschieden sein.

Auch der Umstand, dass die Beklagten unter „immoeast.com“ auftreten, während die Klägerin den Zusatz „.com“ nicht aufweist, ist nicht entscheidungswesentlich, denn die Netzbezeichnungen „www“ und die Top-Level-Domains (TLD), zB „.at“ und „.com“ sind namensrechtlich ohne Belang. Sie geben einen Hinweis auf die sachliche oder geografische Herkunft des Angebots, nicht aber auch einen zwingenden Hinweis auf den Namensträger (4 Ob 42/03k = MR 2004,63. rtl.at).

Der Provisorialantrag ist daher – soweit er auf § 9 Abs 1 UWG gestützt wurde – berechtigt.

Im Hinblick darauf, dass eine Markenrechtsverletzung im Provisorialverfahren nicht erweislich war, war das Unterlassungsgebot gemäß Punkt 2 auf die Verwendung eines dem

Firmenschlagwort verwechselbar ähnlichen Zeichens zu beschränken, ohne dass dies – aufgrund der mit „und/oder“ umschriebenen Begehungsvarianten – zu einer Teilabweisung führen musste. Dies gilt auch für die im Unterlassungsbegehren zu Punkt 1 angeführte Variante „und/oder zu belegen“, weil die Klägerin zur Rechtswidrigkeit der bloßen Domain-Innehabung kein Vorbringen erstattet hat (etwa in Richtung § 1 UWG).

Dem Hauptbegehren zu Punkt 1.) war somit ebenso wie in Punkt 3.) – das der Sicherung des Beseitigungsanspruches dient (vgl 4 Ob 39/02t) – stattzugeben. Das Hauptbegehren zu Punkt 1.) ist dabei nicht zu weit gefasst, weil bei engerer Formulierung – wie im Eventualbegehren – die Wiederholungsgefahr noch nicht beseitigt wäre, weil der Inhalt der Website jederzeit verändert werden könnte (vgl zur Formulierung des Spruchs: 4 Ob 226/01 s: im Übrigen 4 Ob 39/02t).

Begründung des OGH:

Bestandteile einer Firma sind als Firmenschlagwort aufgrund ihrer Namensfunktion nach § 9 Abs 1 UWG geschützt, wenn sie Unterscheidungs-(Kennzeichnungs)kraft besitzen. Sie müssen etwas Besonderes, Individuelles an sich haben, das sich schon seiner Art nach dazu eignet, ihren Träger von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden. Keine Unterscheidungskraft besitzen rein beschreibende Zeichen, deren Begriffsinhalt von den beteiligten Verkehrskreisen zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschlossen werden kann und die als beschreibender Hinweis auf die Art der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens verstanden werden.

Enthält das Zeichen nur Andeutungen einer bestimmten Beschaffenheit, ohne die damit bezeichnete Ware oder Dienstleistung konkret oder umfassend zu beschreiben, ist es nicht rein beschreibend (4 Ob 230/01d = ÖBl 2002/25, 138 – internetfactory mwN; 4 Ob 116/03t = ÖBl-LS 2003/158). Die Beurteilung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls und verwirklicht – grobe Fehlbeurteilung ausgenommen – keine erhebliche Rechtsfrage.

Die Auffassung des Rekursgerichts, das Firmenschlagwort der Klägerin „Immoeast“ sei nicht rein beschreibend, bedeutet keine auffallende Fehlbeurteilung. Der Oberste Gerichtshof hat auch dem Zeichen „Immofinanz“ Unterscheidungskraft zuerkannt (4 Ob 116/03t = ÖBl-LS 2003/158). Ein Verkehrsgeltungsnachweis war damals nur erforderlich, weil „Immofinanz“ als schwaches Zeichen gewertet wurde. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr mit „Immofina“ war daher maßgebend, ob – wie von der dortigen Klägerin behauptet – intensive Benutzung die Kennzeichnungs kraft erhöht hatte und daher von einem erweiterten Schutzzumfang auszugehen war.

Im vorliegenden Fall wurde das Firmenschlagwort der Klägerin zur Gänze ohne jede Abwandlung in die Domain der Zweitbeklagten übernommen. Die beiden Zeichen sind daher identisch, auch wenn die Domain der Beklagten neben „immoeast“ auch die Top Level Domain „.com“ enthält; die Top Level Domain hat bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit oder -identität regelmäßig außer Betracht zu bleiben (4 Ob 73/01s = MR 2001, 258 – pro-resolution.at; 4 Ob 226/04w = ÖBl 2005/40 – omega.at).

Nach den Sachverhaltsannahmen der Vorinstanzen ist ein Wettbewerbsverhältnis nicht zweifelhaft, weil auf der unter der strittigen Domain aufgerufenen Homepage Immobilien angeboten werden.

Damit wird auch zwischen der Klägerin und der Zweitbeklagten als (bloßer) Domaininhaberin jedenfalls ad hoc ein Wettbewerbsverhältnis begründet.

Das Handelsgericht Wien ist im Provisorialverfahren schon nach § 387 Abs 1 EO örtlich zuständig, weil das Hauptverfahren nach wie vor dort anhängig ist. Auf die Einwendungen der Beklagten gegen die Zuständigkeit ist damit nicht weiter einzugehen.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die spätere Klägerin führte in ihrem Firmenwortlaut und als schlagwortartige Unternehmensbezeichnung „Immoeast“, die sie von ihrer Muttergesellschaft und deren gleichlautender Gemeinschaftsmarke ableitete. Sie beschäftigte sich mit der Entwicklung und dem Ankauf von Immobilien, vornehmlich im zentral- und osteuropäischen Raum. Die beklagten Parteien boten umfangreiche Dienstleistungen rund um Immobilien als Makler und im Bereich Software unter der Domain „immoeast.com“ an.

Letztlich gestützt auf § 9 UWG beehrte die Klägerin im Sicherungswege die Benützung der Domain im geschäftlichen Verkehr zu verbieten. Das Erstgericht wies ab; die zweite Instanz gab dem Sicherungsbegehren weitestgehend statt. Der OGH hatte sich schließlich mit der Frage der Unterscheidungskraft bzw. beschreibenden Wirkung des klägerischen Kennzeichens zu befassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Höchstgericht bestätigte die vom OLG Wien erlassene Einstweilieg Verfügung. Nach Auffassung des OGH waren Angaben nur dann beschreibend, wenn der in dem Wort enthaltene Hinweis auf die Herstellung, die Beschaffenheit oder die Bestimmung der Ware innerhalb der beteiligten Verkehrskreise allgemein und ohne besondere Denkarbeit erfasst werden konnte. Dies wäre bei „Immoeast“ gegeben. Enthielte nämlich das Zeichen nur Andeutungen einer bestimmten Beschaffenheit, ohne die damit bezeichnete Ware oder Dienstleistung konkret oder umfassend zu beschreiben, wäre es nicht rein beschreibend.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Provisoriale fügt sich zwanglos in die bisherige Rsp¹ zur Unterscheidungskraft und Verwechselbarkeit von Kennzeichen im Kollisionsstreit ein.

Eine notwendige (kritische) Ergänzung verdient lediglich der apodiktisch anmutende Leitsatz: *„Die Top Level Domain hat bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit oder Zeichenidentität regelmäßig außer Betracht zu bleiben“*, der sich bereits in früheren Entscheidungen findet.²

Bereits an anderer Stelle hat ein Teil der Lehre³ sich ausführlich mit diesem bestenfalls als Annäherungsregel zu verstehenden Beurteilungskriterium auseinandergesetzt. In der

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

¹ Vgl. OGH 8.7.2003, 4 Ob 116/03t – *Immofinanz I*, ÖBLS 2003/158, 264 = ÖBLS 2003/163, 265 = ÖBLS 2003/159, 264; 4.10.2005, 4 Ob 175/05x – *Immofinanz II*, wbl 2006/41, 94 = AnwBl 2006, 313 = ÖBLS 2006/16, 72 (*Gamerith/Schmidt*): jeweils „Immofinanz“ gegen „Immofina“.

² OGH 3.4.2001, 4 Ob 73/01s – *pro-solution.at*, wbl 2001/266, 449 = ÖBLS 2001/127, 217 = *ecolex* 2001/281, 757 (*Schanda*) = *EvBl* 2001/176, 769 = *ÖJZ-LSK* 2001/231 = *RdW* 2001/610, 592 = *MR* 2001, 258 = ÖBLS 2001, 263 = *JUS Z*/3331; OGH 25.3.2003, 4 Ob 42/03k – *rtl.at*, *ecolex* 2003/317, 773 (*Schanda*) = ÖBLS 2003/96, 169 = ÖBLS 2004/11, 35 (*Fallenböck*) = *MR* 2004, 63; 8.2.2005, 4 Ob 226/04w – *omega.at*, ÖBLS 2005/102, 105 = ÖBLS 2005/103/104/105, 106 = wbl 2005/157, 286 = *JUS Z*/3973 = *JUS Z*/3974 = *RdW* 2005/536, 469 (*Fraiss*) = *RdW* 2005/562, 489 = *ecolex* 2005/403, 849 (*Braunböck*) = ÖBLS 2005/40, 178 (*Gamerith*) = *MR* 2005, 493 (*Thiele*) = *SZ* 2005/13.

³ *Thiele*, *kennzeichen.egal* – Zur Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains, abrufbar unter http://www.laga.at/rechtsprobleme/doks/kennzeichen_egal-thiele.pdf (11.12.2007); *Schubert*, Quo vadis – Top-Level-Domain? *JurPC Web-Dok* 62/2006; *dieselbe*, Die Einführung sprechender Top-Level-Domains am Beispiel regionaler und Städte-Domains und ihre Beurteilung im Lichte des Marken-, Namens- und Wettbewerbsrechts, *JurPC Web-Dok* 112/2006.

Zwischenzeit haben **empirische Untersuchungen des Nutzungsverhaltens**⁴ deutlich gemacht, dass der verwendeten TDL „eine mitprägende Wirkung des Gesamteindrucks zukommt“.⁵

Nach den empirischen Untersuchungen ist z.B. die **TLD „.eu“** als klar verständliche Abkürzung dem Konzept folgend als „sprechend“, d.h. durchaus unterscheidungs- und kennzeichnungskräftig, einzustufen. Die freien Assoziationen der Internetnutzer zu ".eu" werden mit überwältigender Mehrheit von "Europa", "Europäischer Union" bzw. "europäisch" (77 %) dominiert. Deutlich seltener und ungefähr ähnlich häufig werden Unternehmen (ca. 9 %), Privatpersonen (ca. 6 %) und Behörden (ca. 5 %) damit verbunden.⁶ Darüber hinaus verbanden die Nutzer mit der TLD „.eu“ Erwartungen an die auf der zugehörigen Website verwendete Sprache mit englisch (ca. 6 %), mehrsprachig (9 %) und deutsch (ca. 1 %).

Demgegenüber erwies sich die **TLD „.com“** als von geringer Kennzeichnungskraft. Ein Drittel der Befragten (ca. 33 %) nannte dazu die Stichwörter "international/weltweit", gefolgt von "kommerziell" mit ca. 18 % und "Unternehmen" mit ca. 14 %. Insgesamt ca. 9 % assoziieren mit der TLD die USA/Amerika. Rund 2 % gaben explizit an „kann alles sein“. Rund 3 % der Befragten hatten überhaupt keine konkrete Vorstellung oder Assoziation.⁷

Immerhin ein Viertel (ca. 25%) verbanden mit dieser TLD die englische Sprache, lediglich ca. 3% gehen von Mehrsprachigkeit des Webangebotes aus.

Ausblick: Der aufmerksame Leser ist angesichts dieser empirischen Untersuchungen und der „richterlichen verkehrsauffassung“ an den Rechtsreit um die Bezeichnung „Holland Blumen Mark(t)“ erinnert.⁸ Im Domainrecht bleibt es daher nach wie vor spannend.

IV. Zusammenfassung

Nach Auffassung der Gerichte kommt der Bezeichnung „Immoeast“ für die Entwicklung und den Ankauf von Immobilien, vornehmlich im zentral- und osteuropäischen Raum, durchaus schwache) Kennzeichnungskraft zu, sodass mit dieser schlagwortartigen Unternehmensbezeichnung nach § 9 Abs 1 UWG erfolgreich gegen die verwechselbare Domain „immoeast.com“ eines Immobilienmaklers vorgehen kann. Bei Beurteilung der Zeichenähnlichkeit hat die Top-Level-Domain nach der Rsp „regelmäßig“ außer Betracht zu bleiben, welche Annahme durch empirische Untersuchungen zur TLD „.com“ belegt ist, nicht jedoch zu anderen TLDs, wie z.B. „.eu“.

⁴ Schubert, Das empirische Verbraucherverständnis über Top-Level-Domains, JurPC Web-Dok 62/2007; Studie der eResult GmbH, Göttingen, im Auftrag der dotBERLIN GmbH&Co KG aus dem Jahr 2007.

⁵ Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 27.

⁶ Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 36.

⁷ Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 40.

⁸ OGH 30.5.1990, 4 Ob 70/90 – *Holland Blumen Markt III*, wblI 1991, 30 = ecolex 1990, 695; OGH 12.11.1985, 4 Ob 376/85 – *Holland Blumen Markt II*, ÖBl 1986, 48; 12.11.1985, 6 Ob 5/78 – *Holland Blumen Markt I*, SZ 51/86 = NZ 1979, 58 = ÖBl 1978, 119 = GesRZ 1979, 86.