

BGH, Urteil vom 22.11.2001, I ZR 138/99 – *shell.de*

- 1. Der kennzeichenrechtliche Schutz aus §§ 5, 15 dMarkenG geht in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich dem Namensschutz aus § 12 BGB vor.**
- 2. Schon die Registrierung, nicht erst die Benutzung eines fremden Unternehmenskennzeichens als Domain-Name im nichtgeschäftlichen Verkehr, stellt einen unbefugten Namensgebrauch nach § 12 dBGB dar.**
- 3. Verwendet ein Nichtberechtigter ein bekanntes Kennzeichen als Domain-Namen im geschäftlichen Verkehr, liegt darin eine Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des bekannten Zeichens nach § 14 Abs 2 Nr 3 bzw. § 15 Abs 3 dMarkenG.**
- 4. Kommen mehrere berechnigte Namensträger für einen Domain-Namen in Betracht, führt die in Fällen der Gleichnamigkeit gebotene Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im allgemeinen dazu, dass es mit der Priorität der Registrierung sein Bewenden hat. Nur wenn einer der beiden Namensträger eine überragende Bekanntheit genießt und der Verkehr seinen Internet-Auftritt unter diesem Namen erwartet, der Inhaber des Domain-Namens dagegen kein besonderes Interesse gerade an dieser Internet-Adresse dartun kann, kann der Inhaber des Domain-Namens verpflichtet sein, seinem Namen in der Internet- Adresse einen unterscheidenden Zusatz beizufügen.**
- 5. Dem berechtigten Namensträger steht gegenüber dem nichtberechtigten Inhaber eines Domain-Namens kein Anspruch auf Überschreibung, sondern nur ein Anspruch auf Löschung des Domain-Namens zu.**

Tatbestand

Die Parteien streiten um die für den Beklagten registrierte Internet-Adresse "shell.de". Die Klägerin ist die Deutsche Shell GmbH. Sie ist ein Tochterunternehmen des weltweit bekannten Mineralölunternehmens Shell. Sie wurde am 12. Oktober 1917 unter dem Namen Deutsche Shell Aktiengesellschaft gegründet und vor kurzem in eine GmbH umgewandelt. Die Muttergesellschaft der Klägerin ist Inhaberin zweier Wortmarken "SHELL", die eine eingetragen u.a. für Treibstoffe aller Art (Zeitrang 31.3.1955), die andere eingetragen für eine Fülle von Dienstleistungen, u.a. im Bereich des Marketing, der Datenverarbeitung und der Ausbildung (Zeitrang 2.4.1979). Der Beklagte heißt Andreas Shell. Er betreibt im Nebenberuf ein Unternehmen, das u.a. Übersetzungen sowie die Erstellung von Presstexten anbietet.

Ein Unternehmen (im folgenden: ISB), das auch Inhaberin einer Vielzahl anderer Domain-Namen ist, ließ bei der DENIC die Adresse "shell.de" im April 1996 für sich registrieren und bot der Klägerin kurz darauf an, ihren Internet-Auftritt unter diesem Domain-Namen zu konzipieren und zu organisieren. Nachdem die Klägerin auf dieses Angebot nicht eingegangen war, bot ISB die Internet- Adresse "shell.de" dem Beklagten an. Der Beklagte nahm dieses Angebot an - er ist inzwischen Inhaber dieses Domain-Namens - und richtete unter der Adresse "shell.de" die nachstehend wiedergegebene, im Original in den Farben rot und gelb gehaltene Homepage ein, mit der er auf sein Unternehmen hinwies:

Shell:

**Wir sprechen
Ihre Sprache.**

Gegenstand der Unternehmung ist die

- Recherche, Erstellung und Produktion von Zeitungs- bzw. Printmedienbeiträgen auch mit Bildern
- Textverarbeitung aller Art
- die beglaubigte Übersetzung von Texten zwischen der Deutschen und der englischen Sprache durch einen staatlich anerkannten Übersetzer mit dem Schwerpunkt Recht, Wirtschaft, Politik und Literatur

Inbesondere die termingerechte Fertigstellung aller Arbeiten auch bei knapper Fristberechnung ist ein besonderes Merkmal unserer Leistungsfähigkeit. Journalisten, Juristen und geprüfte Übersetzer sind für Sie zumutbar.



Zur Beauftragung reicht ein Fax an:

oder ein Anruf unter:

Die Klägerin hat die Verwendung der Internet-Adresse "shell.de" durch den Beklagten als eine Verletzung ihrer berühmten Marken sowie als wettbewerbswidrig beanstandet. Sie hat den Beklagten auf Unterlassung der Verwendung des Domain-Namens "shell.de" und der oben wiedergegebenen Homepage in Anspruch genommen und beantragt, die Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Schadensersatz festzustellen. Ferner hat sie Auskunft sowie die Umschreibung des Domain-Namens "shell.de" auf sich begehrt. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Das Landgericht hat es dem Beklagten untersagt,

1. das Zeichen "Shell.de" im Internet als Domain-Namen zu verwenden;
2. in der Werbung für Textverarbeitung, Übersetzungen, Durchführung von Recherchen, Erstellung und Produktion von Printbeiträgen die oben wiedergegebene Homepage und/oder den Domain-Namen "Shell.de" zu verwenden.

Ferner hat das Landgericht die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen Handlungen nach Ziffer 2 festgestellt und den Beklagten zur Erteilung einer Auskunft verurteilt. Soweit die Klägerin mit der Klage die Umschreibung des Domain-Namens "Shell.de" auf sich begehrt hatte, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil des Landgerichts haben beide Parteien Berufung eingelegt. Dabei hat der Beklagte das Ziel der vollständigen Klageabweisung verfolgt, während sich die Klägerin gegen die Abweisung ihrer Klage mit dem Umschreibungsantrag gewendet hat. Hilfsweise zu

diesem Antrag hat sie im Berufungsverfahren beantragt, den Beklagten zu verurteilen, gegenüber der DENIC auf die Registrierung des Domain-Namens "shell.de" zu verzichten. Der Beklagte hat im Berufungsverfahren eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, durch die er sich gegenüber der Klägerin verpflichtet hat, das Zeichen "shell.de" als Domain-Namen im Internet nicht mehr im geschäftlichen Verkehr zu benutzen. Die Homepage hat er entsprechend verändert.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten im wesentlichen zurückgewiesen; nur hinsichtlich des Auskunftsantrags hat es die Klage abgewiesen, nachdem der Beklagte die Auskunft erteilt hatte. Auf die Berufung der Klägerin hat es den Beklagten zusätzlich verurteilt, gegenüber der DENIC Zug um Zug gegen Erstattung der Registrierungskosten in die Umschreibung des Domain-Namens "shell.de" auf die Klägerin einzuwilligen (OLG München WRP 1999, 955).

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit der er seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin sowohl hinsichtlich der generellen Verwendung des Domain-Namens "shell.de" als auch hinsichtlich des Einsatzes der oben wiedergegebenen Homepage sowie des Domain-Namens "shell.de" für das Übersetzungs- und Pressebüro des Beklagten bejaht und diesen Anspruch aus § 12 BGB abgeleitet. Eine Internet- Adresse könne Kennzeichnungs- und Namensfunktion besitzen. Für "shell.de" gelte dies bereits wegen der überragenden Bekanntheit und Berühmtheit des Namens und der Marke "Shell"; dies führe dazu, dass derjenige, der die Internet- Adresse "shell.de" anwähle, eine Homepage der Klägerin und nicht die einer ihm unbekannt Person mit dem Familiennamen Shell erwarte. Zwar komme einer juristischen Person Namens- und Firmenschutz nur in ihrem Funktionsbereich zu; insbesondere sei im Rahmen des § 12 BGB nur das geschäftliche Interesse der Klägerin schutzwürdig. Hierzu zähle aber auch das Interesse der Klägerin, im geschäftlichen Bereich nicht behindert zu werden. Die Klägerin werde aber behindert, wenn Interessenten, die mit ihr Kontakt aufnehmen wollten, fehlgeleitet würden und auf der Homepage des Beklagten landeten. Dem Beklagten sei es eher zuzumuten, sich von der Klägerin abzusetzen, als umgekehrt. Schließlich bestehe auch ein Interesse der Allgemeinheit, durch den Domain-Namen "shell.de" nicht auf eine falsche Fährte gelockt zu werden.

Im Streitfall komme noch hinzu, dass der Beklagte die Registrierung des Domain- Namens von einem Dritten übernommen habe, dem es in grob sittenwidriger Weise darum gegangen sei, durch Registrierung des Domain-Namens "shell.de" mit der Klägerin ins Geschäft zu kommen. Da die Klägerin gegen den Dritten ohne weiteres hätte vorgehen können, hafte der Registrierung ein Makel an, den auch der Beklagte gegen sich gelten lassen müsse.

Die vom Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung führe nicht zu einer Erledigung des Rechtsstreits. Denn es bleibe dabei, dass der Beklagte auch weiterhin unter dem Domain-Namen "shell.de" erreichbar sei und Dritte über "shell.de" in geschäftlichen Kontakt zu ihm treten könnten. Im übrigen ändere die Unterlassungserklärung auch nichts daran, dass die Klägerin weiterhin gehindert sei, "shell.de" für sich registrieren zu lassen und im Internet zu verwenden.

Das Berufungsgericht hat ferner einen Anspruch der Klägerin auf Überschreibung des Domain-Namens bejaht. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung sei es sinnvoll, auf vergleichbare Fälle zurückzugreifen, so etwa auf die patentrechtliche Vindikation (§ 8 Satz 2 PatG) oder auf den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. So wie der Grundbuchstand im Falle des § 894 BGB nicht mit der Rechtslage im Einklang stehe, verhalte es sich mit der Registrierung des Domain-Namens zugunsten des Beklagten.

II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand. Nach der Unterwerfungserklärung des Beklagten kann die Klägerin nicht mehr verlangen, dass der Beklagte die Verwendung der Internet-Adresse "shell.de" im geschäftlichen Verkehr unterlässt (1.). Dagegen hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend auch in der privaten Verwendung dieser Adresse eine Verletzung des Namensrechts der Klägerin gesehen (2.). Auch die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz hat das Berufungsgericht mit Recht bejaht (3.). Schließlich besteht kein Anspruch der Klägerin auf Umschreibung des Domain-Namens auf sie; sie kann lediglich beanspruchen, dass der Beklagte gegenüber der DENIC auf den streitigen Domain-Namen verzichtet (4.).

1. Zum Unterlassungsantrag hinsichtlich der Verwendung des Domain-Namens im geschäftlichen Verkehr:

Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben, soweit dem Beklagten die Verwendung von "shell.de" im geschäftlichen Verkehr untersagt worden ist.

a) Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin aus § 12 BGB auch insoweit bejaht, als es um eine Verwendung des fraglichen Domain-Namens im geschäftlichen Verkehr geht. Dies begegnet Bedenken.

Mit dem Inkrafttreten des Markengesetzes am 1. Januar 1995 ist an die Stelle verschiedener kennzeichenrechtlicher Regelungen, die früher im Warenzeichengesetz oder im UWG enthalten waren oder den Generalklauseln der §§ 1 und 3 UWG oder des § 823 BGB entnommen wurden, eine umfassende, in sich geschlossene kennzeichenrechtliche Regelung getreten, die im allgemeinen den aus den Generalklauseln hergeleiteten Schutz verdrängt. Wie der Senat bereits für die bekannte Marke (BGHZ 138, 349, 351 f. - MAC Dog; BGH, Urte. v. 14.1.1999 - I ZR 149/96, GRUR 1999, 992, 995 = WRP 1999, 931 - BIG PACK; Urte. v. 29.4.1999 - I ZR 152/96, GRUR 2000, 70, 73 = WRP 1999, 1279 - SZENE; Urte. v. 20.10.1999 - I ZR 110/97, GRUR 2000, 608, 610 = WRP 2000, 529 - ARD-1; BGHZ 147, 56, 60 f. - Tagesschau; BGH, Urte. v. 26.4.2001 - I ZR 212/98, GRUR 2002, 167, 171 = WRP 2001, 1320 - Bit/Bud) sowie für geographische Herkunftsbezeichnungen (BGHZ 139, 138, 139 f. - Warsteiner II; BGH, Urte. v. 10.8.2000 - I ZR 126/98, GRUR 2001, 73, 76 = WRP 2000, 1284 - Stich den Buben; Urte. v. 19.9.2001 - I ZR 54/96, GRUR 2002, 160, 161 = WRP 2001, 1450 - Warsteiner III) entschieden hat, ist in dem Anwendungsbereich der jeweiligen Bestimmungen des Markengesetzes für die gleichzeitige Anwendung der §§ 1 und 3 UWG oder des § 823 BGB grundsätzlich kein Raum. Nicht anders verhält es sich mit dem nunmehr in §§ 5, 15 MarkenG geregelten Schutz des Unternehmenskennzeichens. Dieser kennzeichenrechtliche Schutz geht in seinem Anwendungsbereich grundsätzlich dem Namensschutz des § 12 BGB vor (vgl. BGH, Urte. v. 12.2.1998 - I ZR 241/95, GRUR 1998, 696, 697 = WRP 1998, 604 - Rolex-Uhr mit Diamanten; eingehend Goldmann, Schutz des Unternehmenskennzeichens, § 16 Rdn. 28 ff.; Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 5 Rdn. 7; Schwerdtner in MünchKomm.BGB, 4. Aufl., § 12 Rdn. 56; a.A. Fezer, MarkenR, 3. Aufl., § 2 MarkenG Rdn. 4; § 15 MarkenG Rdn. 21 f.; vgl. hierzu auch Teplitzky in Großkomm.UWG, § 16 Rdn. 18 ff.; Bettinger, GRUR Int. 1997, 402, 416 Fn. 86a; ders., CR 1998, 243).

b) Ob die Klägerin sich hinsichtlich einer Verwendung des Domain-Namens "shell.de" im geschäftlichen Verkehr auf ihre - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - überragend bekannte Wortmarke und Unternehmenskennzeichnung "Shell" stützen kann (§ 14 Abs. 2 Nr. 3, § 15 Abs. 3 MarkenG), kann hier offen bleiben (vgl. dazu unten unter II.3.a). Denn aufgrund der vom Beklagten abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung fehlt es - wie die Revision mit Erfolg rügt - an dem für den Unterlassungsanspruch stets vorauszusetzenden Merkmal der Begehungsgefahr, hier in der Form der Wiederholungsgefahr (BGH, Urte. v. 9.11.1995 - I ZR 212/93, GRUR 1996, 290, 291 = WRP 1996, 199 - Wegfall

der Wiederholungsgefahr I; Beschl. v. 16.11.1995 - I ZR 229/93, GRUR 1997, 379, 380 = WRP 1996, 284 - Wegfall der Wiederholungsgefahr II; Urt. v. 10.7.1997 - I ZR 62/95, GRUR 1998, 483, 485 = WRP 1998, 296 - Der M.-Markt packt aus; Urt. v. 26.10.2000 - I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 = WRP 2001, 400 - TCM- Zentrum; Urt. v. 31.5.2001 - I ZR 82/99, GRUR 2002, 180 f. = WRP 2001, 1179 - Weit-Vor-Winter-Schluß-Verkauf). Dagegen kann nicht mit dem Berufungsgericht eingewandt werden, die Beibehaltung der Internet-Adresse für eine private Homepage des Beklagten und seiner Familie erlaube es Dritten, mit dem Beklagten auch in geschäftlichen Dingen Kontakt aufzunehmen. Diese Erwägung berücksichtigt nicht hinreichend, dass es für das Handeln im geschäftlichen Verkehr auf die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelnden ankommt. Dient das Verhalten nicht der Förderung der eigenen oder einer fremden erwerbswirtschaftlichen oder sonstigen beruflichen Tätigkeit, scheidet ein Handeln im geschäftlichen Verkehr aus (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., UWG Einl. Rdn. 208). Das Verhalten ist dann ausschließlich dem privaten Bereich außerhalb von Erwerb und Berufsausübung zuzurechnen.

2. Zum Unterlassungsantrag hinsichtlich der Verwendung des Domain-Namens außerhalb des geschäftlichen Verkehrs:

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht dem Beklagten die Verwendung des Domain-Namens "shell.de" außerhalb des geschäftlichen Verkehrs untersagt hat. Der Klägerin steht insofern ein Anspruch auf Unterlassung aus § 12 BGB zu.

a) Auch wenn ein namensrechtlicher Schutz von Unternehmenskennzeichen aus § 12 BGB im geschäftlichen Bereich im Hinblick auf die speziellen Bestimmungen des Markengesetzes im allgemeinen nicht in Betracht kommt, kann gegenüber einem Handeln im privaten Verkehr - also außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 5, 15 MarkenG - die Anwendbarkeit des § 12 BGB oder des § 823 Abs. 1 BGB nicht von vornherein ausgeschlossen werden (vgl. zu § 12 BGB BGH GRUR 1998, 696, 697 - Rolex-Uhr mit Diamanten).

Allerdings werden die Voraussetzungen des § 12 BGB bei einer Verwendung des Namens außerhalb des geschäftlichen Verkehrs häufig nicht vorliegen. Zwar ist nach § 12 BGB auch die Firma oder ein unterscheidungskräftiger Firmenbestandteil einer Gesellschaft oder eines einzelkaufmännischen Unternehmens geschützt (zum Firmenbestandteil BGHZ 24, 238, 240 f. - Tabu I; Teplitzky aaO § 16 Rdn. 15). Der aus § 12 BGB abgeleitete namensrechtliche Schutz einer Firma oder eines Firmenbestandteils ist jedoch stets auf den Funktionsbereich des betreffenden Unternehmens beschränkt und reicht nur so weit, wie geschäftliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind (vgl. BGH, Urt. v. 7.11.1975 - I ZR 128/74, GRUR 1976, 379, 380 f. = WRP 1976, 102 - KSB; GRUR 1998, 696, 697 - Rolex-Uhr mit Diamanten; Schwerdtner aaO § 12 Rdn. 246). Diese Voraussetzung ist bei einer Benutzung des Namens eines Unternehmens durch einen Dritten außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im allgemeinen nicht gegeben.

b) Im Streitfall wird jedoch auch durch die private Nutzung der Bezeichnung "Shell" als Domain-Name in das Namensrecht der Klägerin und ihrer Muttergesellschaft eingegriffen.

aa) Lässt ein nichtberechtigter Dritter dieses Kennzeichen als Domain-Namen registrieren, werden die schutzwürdigen Interessen des Kennzeicheninhabers massiv beeinträchtigt, weil die mit dieser Bezeichnung gebildete Internet-Adresse mit der Top-Level-Domain ".de" nur einmal vergeben werden kann. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein erheblicher Teil des Publikums Informationen im Internet in der Weise sucht, dass in die Adresszeile der Name des gesuchten Unternehmens als Internet-Adresse ("www.shell.de") eingegeben wird (vgl. zur Suchgewohnheit bei Gattungsbegriffen BGHZ 148, 1, 6 - mitwohnzentrale.de). Selbst wenn eine Registrierung des fremden Kennzeichens als Domain-Namen nur zu privaten Zwecken erfolgt, wird daher der Berechtigte von einer entsprechenden eigenen Nutzung seines Zeichens ausgeschlossen. Ihm wird die Möglichkeit genommen, dem

interessierten Internet-Nutzer auf einfache Weise Information über das Unternehmen zu verschaffen.

bb) Verwendet ein Nichtberechtigter ein fremdes Kennzeichen als Domain- Namen, liegt darin eine Namensanmaßung (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1998, 909, 910 – Krupp; OLG Köln CR 2000, 696 - maxem.de; GRUR 2000, 798, 799 - alsdorf.de; NJW-RR 1999, 622, 623 - herzogenrath.de; OLG Brandenburg K&R 2000, 496, 497 - luckau.de), nicht dagegen eine Namensleugnung (so aber OLG Düsseldorf WRP 1999, 343, 346 - ufa.de; kritisch dazu Viefhues, NJW 2000, 3239, 3240). Denn eine - stets rechtswidrige - Namensleugnung würde voraussetzen, daß das Recht des Namensträgers zur Führung seines Namens bestritten wird (Schwerdtner aaO § 12 Rdn. 167 u. 170; Weick/Habermann in Staudinger, BGB [1995], § 12 Rdn. 248). Auch wenn jeder Domain-Name aus technischen Gründen nur einmal vergeben werden kann, fehlt es bei der Registrierung als Domain-Name an einem solchen Bestreiten.

Anders als die Namensleugnung ist die Namensanmaßung an weitere Voraussetzungen gebunden. Sie liegt nur vor, wenn ein Dritter unbefugt den gleichen Namen gebraucht, dadurch eine Zuordnungsverwirrung auslöst und schutzwürdige Interessen des Namensträgers verletzt (vgl. BGHZ 119, 237, 245 - Universitätsblem, m.w.N.). Im Falle der Verwendung eines fremden Namens als Internet-Adresse liegen diese Voraussetzungen im allgemeinen vor. Ein solcher Gebrauch des fremden Namens führt im allgemeinen zu einer Zuordnungsverwirrung, und zwar auch dann, wenn der Internet-Nutzer beim Betrachten der geöffneten Homepage alsbald bemerkt, dass er nicht auf der Internet-Seite des Namensträgers gelandet ist (vgl. Schwerdtner aaO § 12 Rdn. 201 f.; Kur in Loewenheim/Koch, [Hrsg.], Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 362). Ein - zu einer Identitätsverwirrung führender - unbefugter Namensgebrauch ist im übrigen bereits dann zu bejahen, wenn der Nichtberechtigte den Domain-Namen bislang nur hat registrieren lassen (Schwerdtner aaO § 12 Rdn. 202; zweifelnd Bücking, Namens- und Kennzeichenrecht im Internet [Domainrecht], 1999, Rdn. 114 u. 118). Denn die den Berechtigten ausschließende Wirkung setzt bei der Verwendung eines Namens als Internet-Adresse bereits mit der Registrierung ein.

c) Der Streitfall zeichnet sich allerdings dadurch aus, dass der Beklagte selbst Namensträger ist und sein Gebrauch des Namens "Shell" daher grundsätzlich nicht als unbefugt angesehen werden kann. Gleichwohl stößt die Verwendung des eigenen Namens durch den Beklagten im Streitfall an Grenzen. Die in Fällen der Gleichnamigkeit vorzunehmende Abwägung der Interessen der Namensträger führt dazu, dass der Beklagte seinen Namen nur mit einem unterscheidenden Zusatz als Internet-Adresse verwenden darf.

aa) Mit Recht hebt die Revision allerdings hervor, dass an sich niemandem verwehrt werden kann, sich in redlicher Weise im Geschäftsleben unter seinem bürgerlichen Namen zu betätigen (vgl. BGH, Urt. v. 10.11.1965 - Ib ZR 101/ 63, GRUR 1966, 623, 625 = WRP 1966, 30 - Kupferberg; Urt. v. 22.11.1984 - I ZR 101/82, GRUR 1985, 389, 390 = WRP 1985, 210 - Familienname; BGHZ 130, 134, 148 - Altenburger Spielkartenfabrik), und dass dies erst recht im nichtgeschäftlichen Bereich gilt. Doch auch dieser Grundsatz unterliegt Einschränkungen. Wird durch den Gebrauch des Namens die Gefahr der Verwechslung mit einem anderen Namensträger hervorgerufen, kann ausnahmsweise auch im privaten Verkehr die Pflicht bestehen, den Namen nur in einer Art und Weise zu verwenden, dass diese Gefahr nach Möglichkeit ausgeschlossen ist (vgl. BGHZ 29, 256, 263 f. - ten Doornkaat Koolman; Schwerdtner aaO § 12 Rdn. 229). Ein derartiges Gebot zur Rücksichtnahme trifft den Namensträger jedoch nur, wenn sein Interesse an der uneingeschränkten Verwendung seines Namens gegenüber dem Interesse des Gleichnamigen, eine Verwechslung der beiden Namensträger zu vermeiden, klar zurücktritt.

bb) Kommen mehrere Personen als berechtigte Namensträger für einen Domain- Namen in Betracht, gilt für sie hinsichtlich der Registrierung ihres Namens als Internet-Adresse grundsätzlich das Gerechtigkeitsprinzip der Priorität (vgl. BGHZ 148, 1, 10 - Mitwohnzentrale.de). Ihm muss sich grundsätzlich auch der Inhaber eines relativ stärkeren

Rechts unterwerfen, der feststellt, dass sein Name oder sonstiges Kennzeichen bereits von einem Gleichnamigen als Domain-Name registriert worden ist (vgl. LG Paderborn MMR 2000, 49). Denn im Hinblick auf die Fülle von möglichen Konfliktfällen muss es im allgemeinen mit einer einfach zu handhabenden Grundregel, der Priorität der Registrierung, sein Bewenden haben.

Dem Beklagten kann im Streitfall nicht entgegengehalten werden, dass er sich den streitigen Domain-Namen von einem nichtberechtigten Dritten (ISB) hat übertragen lassen. Einem solchen Domain-Namen haftet - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - kein Makel an, der auch dann noch nachwirkt, wenn ein berechtigter Namensträger Inhaber der fraglichen Registrierung geworden ist. Hätte die Klägerin den Domain-Namen "shell.de" von ISB erworben, wäre ihre Inhaberschaft genauso wenig durch einen Makel belastet wie im Falle des Erwerbs durch den Beklagten.

cc) Im Streitfall sind die Interessen der Parteien allerdings von derart unterschiedlichem Gewicht, dass es nicht bei der Anwendung der Prioritätsregel bleiben kann. Vielmehr gebietet es die zwischen Gleichnamigen geschuldete Rücksichtnahme, dass der Beklagte für seinen Domain-Namen einen Zusatz wählt, um zu vermeiden, dass eine Vielzahl von Kunden, die sich für das Angebot der Klägerin interessieren, seine Homepage aufruft.

Auf seiten der Klägerin ist zu berücksichtigen, dass sie mit ihrem Kennzeichen "Shell" eine überragende Bekanntheit genießt. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein Internet-Nutzer, der in der Adresszeile den Domain-Namen "shell.de" eingibt, erwartet, auf die Homepage der Klägerin bzw. ihrer Muttergesellschaft zu treffen. Insofern verhält es sich anders als bei der Suche mit Hilfe eines Gattungsbegriffs: Wer einen solchen Begriff als Internet-Adresse eingibt (vgl. BGHZ 148, 1, 7 f. - Mitwohnzentrale.de), setzt von vornherein auf den Zufall und rechnet mit einer gewissen Streubreite des Suchergebnisses. Dagegen kann derjenige, der den Namen eines berühmten Unternehmens eingibt, im allgemeinen erwarten, dass er auf diese Weise relativ einfach an sein Ziel gelangt. Denn erfahrungsgemäß sind berühmte Unternehmen häufig unter dem eigenen Namen im Internet präsent und können - wenn sie auf dem deutschen Markt tätig sind - unter der mit der Top-Level-Domain ".de" gebildeten Internet-Adresse auf einfache Weise aufgefunden werden. Der heterogene Kreis der am Internet-Angebot der Klägerin interessierten Kunden kann auch nicht ohne weiteres darüber informiert werden, dass ihre Internet-Seiten unter einem anderen Domain-Namen als "shell.de" zu finden sind. Die Feststellungen des Berufungsgerichts belegen im übrigen die Annahme, dass ein Großteil der Internet-Nutzer auf eine falsche Fährte gelockt wird, wenn "shell.de" zur Homepage des Beklagten führt: Nach der vom Beklagten erteilten Auskunft ist der Domain-Name "shell.de" bis zum 1. Oktober 1998 über 270.000 mal aufgerufen worden, während im selben Zeitraum allenfalls 1.800 mal Einblick in die Homepage des Beklagten genommen wurde. Das Berufungsgericht hat hieraus den naheliegenden Schluss gezogen, dass die Internet-Nutzer in den restlichen Fällen eine Homepage des Shell-Konzerns erwartet und diesen Pfad nicht weiterverfolgt haben, nachdem ihnen klar geworden war, dass sie in dieser Erwartung getäuscht worden sind.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des Beklagten, seinen Nachnamen Shell ohne unterscheidende Zusätze als Internet-Adresse zu verwenden. Sein Recht, diesen Namen zu führen, steht dabei nicht in Frage. Es geht allein um den Domain-Namen, also um eine einfache, leicht zu merkende Adresse für den privaten Internet-Auftritt für sich und seine Familie. Internet-Nutzer, die diese Seiten im Internet suchen, werden jedoch von sich aus kaum erwarten, die private Homepage des Beklagten unter "shell.de" zu finden. Als ein eher kleiner, homogener Benutzerkreis werden sie im übrigen leicht über eine Änderung des Domain-Namens informiert werden können. Mit Recht hat das Berufungsgericht unter diesen Umständen angenommen, dass dem Beklagten zugemutet werden kann, seiner Internet-Adresse einen individualisierenden Zusatz beizufügen.

3. Zum Antrag auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung:

Das Berufungsgericht hat die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen der im geschäftlichen Verkehr erfolgten Verwendung des Domain-Namens "shell.de" und der oben wiedergegebenen Homepage zutreffend bejaht. Es hat durch Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil zum Ausdruck gebracht, dass sich dieser Anspruch, soweit er auf die berühmte Marke "Shell" gestützt ist, aus § 14 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 5, Abs. 5, § 30 Abs. 3 MarkenG ergibt. Da es sich bei "Shell" daneben um ein berühmtes Unternehmenskennzeichen handelt, ist der Anspruch auch aus § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 3, 4 und 5 MarkenG begründet.

a) Ordnet der Verkehr einen bestimmten Domain-Namen - hier: shell.de - ohne weiteres einer bekannten Marke oder einem bekannten Unternehmenskennzeichen zu, wird die Kennzeichnungskraft dieses Zeichens bereits dadurch beeinträchtigt, dass ein Dritter denselben Domain-Namen für sein Angebot verwendet. Die erforderliche Beeinträchtigung des Wertes des bekannten Zeichens (vgl. BGH, Urt. v. 2.4.1987 - I ZR 27/85, GRUR 1987, 711, 713 = WRP 1987, 667 - Camel Tours; Urt. v. 22.3.1990 - I ZR 43/88, GRUR 1990, 711, 713 - Telefonnummer 4711) liegt allerdings weniger darin, dass - auf den Streitfall bezogen - durch die Betrachtung der Homepage des Beklagten Assoziationen zum bekannten Zeichen der Klägerin geweckt werden (vgl. Bettinger, GRUR Int. 1997, 402, 412 f.; Florstedt, www.kennzeichenidentitaet.de, 2001, S. 56 f.; Völker/Weidert, WRP 1997, 652, 659). Denn der Wert des Klagezeichens "Shell" wird schon dadurch deutlich beeinträchtigt, dass die Klägerin an einer entsprechenden Verwendung ihres Zeichens als Internet-Adresse gehindert und das an ihrem Internet-Auftritt interessierte Publikum auf eine falsche Fährte gelockt wird.

b) Die Beeinträchtigung des bekannten Zeichens ist im Streitfall auch ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise erfolgt. Dies gilt nicht nur für die Verwendung der in den Farben der Klägerin gehaltenen Homepage, sondern auch für den Domain-Namen "shell.de". Allerdings muss derjenige, der - wie vorliegend der Beklagte - lediglich seinen bürgerlichen Namen als Internet-Adresse verwendet, nicht notwendig gegenüber dem bekannten Zeichen weichen. Vielmehr ist aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden, ob dem Beklagten die Verwendung seines mit dem bekannten Zeichen "Shell" identischen Namens untersagt werden kann. Diese Prüfung muss bereits im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 und § 15 Abs. 3 MarkenG und nicht erst bei § 23 MarkenG erfolgen. Denn dieser Regelung kommt im Hinblick darauf, dass die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der bekannten Marke nicht "ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise" erfolgen darf, grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung gegenüber dem erweiterten Schutz bekannter Kennzeichen zu (vgl. BGH GRUR 1999, 992, 994 - BIG PACK).

Hinsichtlich der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen kann auf die Ausführungen zur Gleichnamigkeit bei der Verwendung im privaten Verkehr verwiesen werden (oben unter II.2.c). Dem Beklagten kann es an sich nicht verwehrt werden, sich in redlicher Weise im Geschäftsleben unter seinem bürgerlichen Namen zu betätigen. Dies gilt grundsätzlich auch für die Verwendung seines Namens als Internet-Adresse. Beschränkt sich die Beeinträchtigung darauf, dass das bekannte Zeichen nicht mehr als Domain-Name verwendet werden kann, steht also insbesondere weder eine Verwechslungsgefahr noch eine Ausbeutung oder Beeinträchtigung des guten Rufs dieses Zeichens in Rede (hierzu Viefhues, MMR 1999, 123, 125 ff.), verbleibt es im allgemeinen bei der Prioritätsregel, d.h. dabei, dass der Domain-Name demjenigen zusteht, der ihn (zuerst) hat registrieren lassen. Wie bereits dargelegt, sind im Streitfall die sich gegenüberstehenden Interessen aber von derart unterschiedlichem Gewicht, dass dem Beklagten ein unterscheidender Zusatz zuzumuten gewesen wäre.

c) Die Annahme, den Beklagten treffe für sein Verhalten auch ein Verschulden, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im gewerblichen Rechtsschutz werden an die Beachtung

der erforderlichen Sorgfalt strenge Anforderungen gestellt. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Rechtsirrtum nur dann entschuldigt, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Fahrlässig handelt daher, wer sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen Verhaltens in Betracht ziehen muß (vgl. BGHZ 141, 329, 345 f. - Tele-Info-CD, m.w.N.).

4. Zum Antrag auf Umschreibung oder Löschung des Domain-Namens:

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Umschreibung der bestehenden Registrierung zu. Sie kann jedoch - was sie in der Berufungsinstanz hilfsweise beantragt hat - einen gegenüber der DENIC zu erklärenden Verzicht des Beklagten auf den Domain-Namen "shell.de" beanspruchen.

a) Das Berufungsgericht hat der Klägerin einen Anspruch auf Umschreibung des Domain-Namens "shell.de" zugebilligt. Dem kann nicht beigetreten werden.

aa) Das Berufungsgericht hat - in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung - auf Bestimmungen zurückgegriffen, die nach seiner Ansicht vergleichbar sind: auf die patentrechtliche Vindikation nach § 8 Satz 2 PatG und auf den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Dabei hat das Berufungsgericht jedoch nicht hinreichend beachtet, daß es zwar ein absolutes Recht an einer Erfindung oder an einem Grundstück, nicht aber ein absolutes, gegenüber jedermann durchsetzbares Recht auf Registrierung eines bestimmten Domain-Namens gibt. Dem Gesetz läßt sich kein Anspruch auf die Registrierung eines bestimmten Domain-Namens entnehmen (vgl. auch Hackbarth, CR 1999, 384; Ernst, MMR 1999, 487, 488; Florstedt aaO S. 164; Fezer aaO § 3 MarkenG Rdn. 351 a.E.).

bb) Aber auch die im Schrifttum diskutierte Lösung, dem Zeicheninhaber einen Anspruch wegen angemessener Eigengeschäftsführung aus § 687 Abs. 2, §§ 681, 667 BGB oder - wenn es am Vorsatz fehlt - einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondiktion) zu gewähren (vgl. Hackbarth, CR 1999, 384 f.; Fezer aaO § 3 MarkenG Rdn. 351) scheidet daran, dass der Eintrag eines Domain-Namens nicht wie ein absolutes Recht einer bestimmten Person zugewiesen ist. Auch wenn einem Zeicheninhaber Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer sein Kennzeichenrecht verletzenden Internet-Adresse zustehen, handelt es sich bei der Registrierung nicht unbedingt um sein Geschäft; denn der Domain-Name kann auch die Rechte Dritter verletzen, denen gleichlautende Zeichen zustehen (vgl. Ernst, MMR 1999, 487, 488; Viefhues, NJW 2000, 3239, 3242; OLG Frankfurt ZUM-RD 2001, 391, 392).

cc) Auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann die Klägerin nicht die Umschreibung des Domain-Namens auf sich beanspruchen (so aber Poeck/ Jooss in Schwarz [Hrsg.], Recht im Internet, Stand: Okt. 2001, Kap. 4.2.2. S. 30 f.; Kur aaO S. 340 f.; Florstedt aaO S. 162 ff.; kritisch auch insoweit Ernst, MMR 1999, 487, 488; Bücking aaO Rdn. 295 f.; Bettinger, CR 1998, 243, 244; OLG Hamm CR 1998, 241, 243). Denn mit einem Anspruch auf Umschreibung würde der Anspruchsteller unter Umständen besser gestellt, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte. Denn es bliebe dabei unberücksichtigt, dass es noch weitere Prätendenten geben kann, die - wird das schädigende Ereignis weggedacht - vor ihm zum Zuge gekommen wären. Im übrigen besteht für einen Anspruch auf Umschreibung oder Übertragung auch kein praktisches Bedürfnis: Ist der Anspruchsteller der erste Prätendent, kann er sich seinen Rang durch einen sogenannten Dispute-Eintrag bei der DENIC absichern lassen; hat dagegen ein Dritter bereits vor ihm seinen Anspruch durch einen solchen Eintrag angemeldet, besteht kein Anlass, dessen Rangposition durch einen Übertragungsanspruch in Frage zu stellen.

b) Die Klägerin kann dagegen entsprechend dem Hilfsantrag nach § 12 Satz 1 BGB Beseitigung verlangen und beanspruchen, dass der Beklagte gegenüber der DENIC auf den Domain-Namen "shell.de" verzichtet. Wie oben - unter II.2.b)bb) a.E. - dargelegt, wird das Kennzeichenrecht der Klägerin bereits durch die Registrierung und nicht erst dadurch beeinträchtigt, dass der Beklagte unter "shell.de" eine auf ihn und seine Familie hinweisende Homepage eingerichtet hat.

III. Danach ist das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als dem Beklagten ein Verhalten untersagt worden ist, zu dessen Unterlassung er sich bereits verpflichtet hatte. Es ist ferner insoweit aufzuheben, als das Berufungsgericht der Klägerin einen Anspruch auf Umschreibung des Domain-Namens eingeräumt hat. In diesem Punkt ist der Beklagte nach dem Hilfsantrag der Klägerin zum Verzicht auf den Domain-Namen zu verurteilen. Im übrigen ist die Revision des Beklagten zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 und 2 ZPO.

Shell v. Shell – eine neue Dimension des Domainrechts?

*Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.11.2001, I ZR 138/99**

1. Einleitung

Die vorliegende E ist erst die dritte des deutschen Höchstgerichtes in Domainsachen¹ und daher jedenfalls richtungsweisend. Nachfolgend werden rechtsvergleichend deren Auswirkungen auf die österreichische Praxis erörtert. Eine eingehende Analyse der E nach deutschem Recht findet nicht statt, da sie naturgemäß Berufeneren vorbehalten bleiben muss. Vor einer kritiklosen Übernahme durch den österreichischen Rechtsanwender sei aber – trotz vergleichbarer Rechtsgrundlagen – gewarnt.

2. Problemstellung

Die kIP ist die deutsche Tochtergesellschaft des weltweit bekannten Ölkonzerns SHELL und Inhaberin der zugehörigen, berühmten Wortmarke für eine Fülle von Dienstleistungen, u.a. im Bereich des Marketing, der Datenverarbeitung und der Ausbildung. Der Beklagte heißt Andreas Shell, betreibt im Nebenberuf ein Unternehmen und war seit April 1996 Inhaber der Domain „shell.de“, die er auch aktiv – zunächst u geschäftlichen Zwecken, später nur mehr rein privat für seine Homepage im WWW nutzte.

Neben einigen prozessualen Fragen zu den geltend gemachten Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen hatte der BGH v.a. zu klären, **ob dem Beklagten**, der selbst Namensträger ist und dessen Gebrauch des Namens „Shell“ daher grundsätzlich nicht als

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

¹ Bisher BGH 17.5.2001, I ZR 216/99 - *mitwohnzentrale.de*, BB 2001, 2080 = DB 2001, 2141 = CR 2001, 777 m Anm *Jaeger-Lenz* = K&R 2001, 583 = MR 2001, 148 m Anm *Burgstaller* = MMR 2001, 666 m Anm *Hoeren* = NJW 2001, 3262 = dRdW 2001, 370 = öRdW 2002, 11m Anm *Kilches* = WM 2001, 1962 = WRP 2001, 836 = ZUM 2001, 866 zur Zulässigkeit generischer Domains; 17.5.2001, I ZR 251/99 - *ambiente.de*, CR 2001, 850 m Anm *Freitag* = GRUR 2001, 1038 = K&R 2001, 588 m Anm *Ubber* = MMR 2001, 671 m Anm *Welzel* = MR 2001, 147 = NJW 2001, 3265 = WM 2001, 1695 zur Haftung der Domain-Vergabestelle.

unbefugt angesehen werden kann, dennoch **durch** seine **private Nutzung** der Bezeichnung „Shell“ als Domain-Name ein verletzender **Eingriff in das Namensrecht der kIP** und ihrer Muttergesellschaft vorgeworfen werden konnte?

3. Entscheidung des Gerichtes

Der BGH ließ unter Berufung auf die – festgestelltermaßen – „überragend bekannte“ Marke der kIP das Verbot einer Verwendung des Domain-Namens „shell.de“ im geschäftlichen Verkehr offen, weil der Beklagte insoweit im Berufungsverfahren bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte.

Gem § 12 dBGB untersagte das Höchstgericht (auch) die Verwendung des Domain-Namens zu rein privaten Zwecken. Dabei stellte es zunächst fest, dass bereits in der Registrierung einer Domain ein (unbefugter) Namensgebrauch läge. Verwendete ein Nichtberechtigter ein fremdes Kennzeichen als Domain führte dies zu einer Namensanmaßung, nicht aber zu einer Namensleugnung. Die unbefugte Registrierung eines fremden Namens als Domain bedeutete im allgemeinen eine Zuordnungsverwirrung, und zwar auch dann, wenn der Internet-Nutzer beim Betrachten der geöffneten Homepage alsbald bemerkte, dass er nicht auf der Internetseite des (berechtigten) Namensträgers gelandet wäre, weil ein erheblicher Teil des Publikums Informationen im Internet in der Weise suchte, dass in die Adresszeile (des Browsers) der Name des gesuchten Unternehmens als Internet-Adresse (hier: www.shell.de) eingegeben würde.

Der vorliegende Fall ist nach Auffassung des BGH dadurch gekennzeichnet, dass der Beklagte selbst Namensträger ist und sein Gebrauch des Namens "Shell" daher grundsätzlich nicht als unbefugt angesehen werden kann. Gleichwohl stoße die Verwendung des eigenen Namens durch den Beklagten im Streitfall an Grenzen. Die **in Fällen der Gleichnamigkeit vorzunehmende Abwägung der Interessen der Namensträger** führte dazu, dass der Beklagte seinen Namen nur mit einem unterscheidenden Zusatz als Internet-Adresse verwenden dürfe.

Das ansonsten für Gleichnamige geltende „Gerechtigkeitsprinzip der Priorität“, d.h. der Zeitvorrang der Domain-Registrierung, würde ausnahmsweise aufgrund der Gewichtigkeit der klägerischen Interessen nach umfangreicher Abwägung zugunsten der kIP durchbrochen. Die **gewichtigeren klägerischen Interessen** sind:

- die überragende Bekanntheit des Kennzeichens „Shell“
- „Shell“ als Name eines berühmten Unternehmens
- Schwierigkeiten bei der Aufklärung des „heterogenen Kundenkreises“ der kIP, dass sie nicht unter „www.shell.de“ im Internet zu finden sei
- ein Großteil der Internet-Nutzer würde „auf eine falsche Fährte gelockt“ werden, wenn „shell.de“ zur Homepage des Beklagten führen würde
- Internet-Nutzer würden kaum erwarten, die private Homepage des Beklagten unter „shell.de“ zu finden
- der kleinere, homogen Benutzerkreis der Freunde und Bekannten des Beklagten könne leichter über eine Änderung seine Domain-Namens informiert werden

Das deutsche Höchstgericht argumentiert demnach mit einem Vertrauensschutz zugunsten des berühmten Kennzeichenträgers unter Bezugnahme auf die Verkehrserwartung, oder dem, was es dafür hält.

In Ermangelung gesetzlicher Regelungen versagt der BGH allerdings den begehrten Übertragungsanspruch, nicht ohne festzuhalten, dass aufgrund der deutschen Vergabepaxis für Internet-Domains ohnehin kein Bedarf dafür wäre, da die Möglichkeit einer „Rangordnungsanmerkung“ für den Kläger bei der DENIC e.G. bestünde.

4. Rechtsvergleichende Kritik

Das Urteil des BGH vermag weder im Ergebnis noch in seiner Begründung völlig zu überzeugen. Es offenbart vielmehr, dass (auch) für das deutsche Höchstgericht Domainstreitigkeiten nach wie vor technisches und juristisches Neuland darstellen. Aufgrund der ähnlichen Anspruchsvoraussetzungen der § 12 dBGB² und § 43 öABGB³ sowie der vergleichbaren Rechtsfolgen verdienen die Ausführungen auch hierzulande Beachtung. Nochmals: vor einer unbesehenen Übernahme der eingangs – leitsatzartig wiedergegebenen – Rechtssätze sei eindringlich gewarnt.

4.1 Namensrechtliche Aspekte

4.1.1 Verhältnis des bürgerlichen Namensschutzes zu gewerblichen Kennzeichenrechten

Zuzustimmen ist der vom BGH vorgenommenen strikten **Trennung** zwischen der **rechtsverletzenden Verwendung von Domains im geschäftlichen** und im **privaten Verkehr**. Fehlt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, bleibt für die Anwendung des MSchG kein Raum. Dies gilt auch für den bekannten Markenrechtsinhaber iSd § 10 Abs 2 MSchG. Nach § 10 Abs 3 Z 1 MSchG versagt sogar das Markenrecht ausdrücklich gegenüber dem berechtigten Namensträger, ausgenommen in den Fällen, in denen die Namensnutzung „den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel“ widerspricht.⁴ Der damit angesprochene „Verwässerungsschutz“ greift nur im geschäftlichen Verkehr zugunsten der Werbekraft des berühmten Kennzeichens.⁵ Eine Erstreckung des Verwässerungsschutzes auf den privaten, nicht geschäftlichen Bereich wäre nicht zu rechtfertigen, zutiefst systemwidrig und contra legem.⁶

Demgegenüber setzt § 43 ABGB kein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Sein – im Übrigen subsidiärer – Schutzzumfang ist insofern weiter.⁷ Der vom BGH herausgearbeitete – aber nicht konsequent genug beachtete – **Grundsatz**, dass der aus § 12 BGB (§ 43 ABGB) abgeleitete namensrechtliche Schutz einer Firma oder eines Firmenbestandteils jedoch stets auf den Funktionsbereich des betreffenden Unternehmens beschränkt ist, und nur so weit reicht, wie geschäftliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind, führt dazu, dass die Benutzung des Namens eines Unternehmens durch einen Dritten außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im allgemeinen nicht zu beanstanden ist. Um den **Flankenschutz des § 43 ABGB** allerdings nicht leer laufen zu lassen, wird auch der Schutz des (Firmen-)Namens auf den **unbefugten privaten Gebrauch ausgedehnt**.⁸

Dem Tatbestandmerkmal der Unbefugtheit kommt daher insbes. für die österreichische Norm entscheidende Bedeutung zu, denn in einem gewissen Sinn liegt darin - ähnlich wie bei der unlauteren Ausnutzung des Rufs einer bekannten Marke (§ 10 Abs 2 MSchG) – eine "Ausbeutung" des für den Berechtigten geschützten Namens, weil der Unberechtigte durch

² Die Bestimmung lautet: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weiterer Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.“

³ Die Bestimmung lautet: „Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.“

⁴ Zum Maßstab dieses auszufüllenden „Sittenwidrigkeitsverdiktes“ siehe gleich unten Pkt. 4.1.3.2.

⁵ Statt vieler Fezer, Markenrecht³, § 14 dMarkenG Rz 441 mwN.

⁶ § 10 Abs 3 MSchG: „... im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, ...“.

⁷ OGH; ebenso BGH – *Rolex Uhr mit Diamanten*, GRUR 1998, 696, 697 zum Verhältnis zwischen § 12 BGB und §§ 5, 15 MarkenG.

⁸ OGH ... partei....

den Namensgebrauch einen Vorteil erlangt, der ihm nicht zukommt. Dem Namensträger muss ein berechtigtes Interesse daran zuerkannt werden, dass sein Name nicht gebraucht wird, um die Aufmerksamkeit auf Aktivitäten zu lenken, mit denen er nichts zu tun hat.⁹

4.1.2 Namensleugnung oder Namensanmaßung?

Die Bestimmung des § 43 ABGB beinhaltet zwei Grundfälle der Namensverletzung, zum einen die Namensbetretung (= Namensleugnung) und zum anderen die Namensanmaßung (= Namensbeeinträchtigung).¹⁰

Dass die (bloße) Registrierung eines Namens oder Namensbestandteils als Domain ohne Zustimmung des Berechtigten als unbefugter Namensgebrauch gilt, ist für den österr Rechtsbereich schon geklärt.¹¹ Dass der unbefugte Anmelder eine Namensanmaßung und nicht eine Namensleugnung verwirklicht, betont der BGH völlig zutreffend und dürfte wohl der einhelligen österr Meinung entsprechen.¹² Obwohl jeder Domain-Name aus technischen Gründen nur einmal vergeben werden kann, wird durch die Registrierung als Domain-Name das *Recht* des (wahren) Namensträgers zur Führung seines Namens nicht bestritten.¹³ Mit der Registrierung eines Namens als Domain kann, so die unterstützenswerte Auffassung des BGH, bereits eine Interessenbeeinträchtigung iSe Zuordnungs- bzw. Identitätsverwirrung verbunden sein, und zwar auch dann, wenn der Internet-Nutzer beim Betrachten der geöffneten Homepage alsbald bemerkt, dass er nicht auf der Internet-Seite des Namensträgers gelandet ist.¹⁴ Nach den Verkehrsgewohnheiten der Internet-Nutzer ist nämlich davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil des Publikums Informationen im Internet in der Weise sucht, dass in die Adresszeile des Browsers der Name der gesuchten natürlichen oder juristischen Person als URL eingegeben wird.¹⁵

4.1.3 Unbefugtheit des Namensgebrauchs

Wesentliches Tatbestandsmerkmal der Namensanmaßung ist die Unbefugtheit. „Unbefugt“ iSd § 43 ABGB ist jeder Gebrauch eines Namens, der weder auf eigenem Recht beruht noch vom Berechtigten gestattet wurde.¹⁶ Gegenständlich **fehlt** es bereits am **Tatbestandsmerkmal der Unbefugtheit**, weil der Beklagte die Registrierung der Domain in Ausübung seines eigenen Namensrechtes vorgenommen hat. Der Name „Shell“ ist sprachliches Kennzeichen seiner Träger, der beiden Streitparteien, und damit Bestandteil deren Persönlichkeiten. § 43 ABGB verleiht dem Namensträger ein Recht auf den Namen, das als Persönlichkeitsrecht ein absolutes Recht ist. Als Gebrauchsrecht umfasst es die Befugnis des Rechtsinhabers, seinen Namen im Rahmen der Rechtsordnung bei allen sich bietenden Gelegenheiten als Mittel der Identifizierung zu verwenden, so auch unter diesem Namen am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Mithin darf der Name nicht nur zur Kennzeichnung der eigenen Person gebraucht werden, sondern auch zu jener von Sachen, Geschäftsbetrieben, selbstgeschaffenen Werken und Internetwebsites. Damit betrifft § 43 ABGB auch den Namensgebrauch zu gewerblichen Zwecken und schützt nicht zuletzt die Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit.

⁹ OGH 25.9.2001, 4 Ob 209/01s – *bundesheer.at II*.

¹⁰ *Posch* in *Schwimann ABGB²I*,

¹¹ *ortig*; *sattler*; *bundesheer I*; *dullinger*; *bernhart*;

¹² *Jüngst* OGH 29.1.2002, 4 Ob 246/01g – *graz2003.at*, wbl 2002/ ..., .. m Anm *Thiele*; 29.5.2001, 4 Ob 123/01v - *dullinger.at*; 13.7.1999, 4 Ob 140/99p – *sattler.at*; bereits *Thiele*, *Privatrechtlicher Schutz von Ortsnamen im Internet*, ÖGZ 1999/11, 4 [FN 5]; *Schanda*, *ecolex* 1999, 703; *Höhne*, *MR*

¹³ AA offenbar *Burgstaller*, *ecolex*, der von einem „Recht der Online Namensführung“ ausgeht.

¹⁴ So bereits OGH *bundesheer II* und *graz2003.at*.

¹⁵ Vgl. *bundesheer.at II*

¹⁶ *Aicher* in *Rummel*, *ABGB I³*, § 43 Rz 13.

4.1.3.1 Interessenabwägung bei Gleichnamigkeit?

Die vom BGH gelöste Frage, warum nun ausgerechnet die kIP bessere Rechte an der Bezeichnung "Shell" haben sollte, als der namensgleiche Beklagte, stellt sich mE bei § 43 ABGB dogmatisch gar nicht. Diese „Fleißaufgabe“ wäre nach österreichischem Rechtsverständnis nicht zu erledigen gewesen.¹⁷ Die dogmatische Prüfung einer Namensrechtsverletzung iSd § 43 ABGB bricht nämlich bei befugtem, weil auf eigenem Recht beruhenden, Namensgebrauch ab. Sie wird, darauf wird im Folgenden eingegangen, allenfalls im Rahmen des § 1295 Abs 2 ABGB fortgesetzt.

Im Falle echter Gleichnamigkeit¹⁸ gilt in erster Linie das **„Gerechtigkeitsprinzip der Priorität“**, also der Zeitvorrang. Im Kennzeichenrecht gilt der allgemeine Grundsatz, wonach idR derjenige, der ein Kennzeichen zuerst gebraucht, das bessere Recht besitzt. Dieser Grundsatz des Zeitvorrangs gilt nach inzwischen st Rsp beim Zusammentreffen mehrerer Schutzrechte ganz allgemein, und zur Vermeidung einer unerträglichen Diskrepanz zwischen dem virtuellen und dem nicht-virtuellen Geschäftsverkehr auch bei der Beurteilung von Kollisionsfällen unter Beteiligung einer Domain oder zwischen Domains.¹⁹ Dabei wird, worauf der BGH völlig zutreffend hinweist, nicht die erste Benutzung des Namens schlechthin (also die "Gnade der frühen Geburt"), sondern die **erstmalige Registrierung der Domain - eben der Namensgebrauch als Internetadresse – geschützt**.²⁰

Der BGH hat also zunächst die Frage des rechtlichen Anknüpfungspunktes der Priorität in nachahmenswerter Weise gelöst. Eng damit verknüpft ist auch die Frage nach dem tatsächlichen Beginn der Domaininhaberschaft zu entscheiden gewesen. Entgegen der Auffassung des OLG München gelangt das dt Höchstgericht mit einem entwaffnenden Argument – mE ebenfalls zutreffend – dazu, dass der abgeleitete Domainwerb der erstmaligen Domainregistrierung gleichgestellt sein muss.²¹ Einem derivativen Domainwerb haftet kein Makel an, der auch dann noch nachwirkt, wenn ein berechtigter Namensträger Inhaber der strittigen Domain geworden ist.²²

Das so entwickelte Prioritätsprinzip stellte eine **einfach zu handhabende Grundregel** dar, die **in Fällen der Gleichnamigkeit** den redlichen Domaininhaber begünstigt. Ihr muss sich grundsätzlich auch der Inhaber eines relativ stärkeren Rechts unterwerfen, der feststellt, dass sein Name oder sonstiges Kennzeichen bereits von einem Gleichnamigen als Domain registriert worden ist.²³ Dies Auslegung ist mE gleichfalls für § 43 ABGB heranzuziehen, der neben dem Geburtsnamen der natürlichen Person²⁴ und dem idR durch Gründung entstehenden (Handels-)Namen der juristischen Person²⁵ kraft ausdrücklicher Erwähnung auch den Decknamen (Pseudonym) schützt.²⁶ Der Deckname erlangt so wie geschäftliche Kennzeichen den Namensschutz erst durch Ingebrauchnahme, soweit es sich um von Haus aus unterscheidungskräftige Bezeichnungen handelt.

¹⁷ AA offenbar *Essl*, Interessenabwägung durchbricht Prioritätsprinzip bei Domain-Streitigkeiten, *ecolex* 2002, 82, der die in der Pressemitteilung veröffentlichten Ausführungen des BGH kritiklos übernimmt.

¹⁸ Anders insoweit *sattler.at*; *bernhart*; *dullinger*;

¹⁹ *pro-solution*; *onlaw*; ÖBl 1993, 245 - COS mwN; ÖBl 2000, 134 - *ortig.at*.

²⁰ *Aicher in Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 13 und 14; deutlich OLG Koblenz, Urteil 25.1.2002, 8 U 1842/00 - *vallendar.de*, CR 2002, 280 m Anm *Eckhardt* = K&R 2002, 201.

²¹ Zum vertraglichen Erwerb von Domains bereits *Thiele*, Verträge über Internet-Domains, *ecolex* 2000, 110, ..

²² Den Fall einer dolosen Übertragung der „streitverfangenen Sache“ hatte der BGH freilich nicht zu entscheiden.

²³ Damit könnten die Gerichte auch der letztlich dem Leistungswettbewerb abträglichen Tendenz entgegenwirken, dass zunehmend Großfirmen versuchen konkurrierenden kleineren Firmen Domains auch mit unterscheidungskräftigen Zusätzen zu untersagen.

²⁴

²⁵ ..

²⁶

Ein Teil der österr Lehre²⁷ vertritt demgegenüber die Auffassung, bei Gleichnamigkeit gelte ausnahmsweise nicht der Prioritätsgrundsatz der Benutzung, sondern das „Prinzip der wechselseitigen Rücksichtnahme“. Letzteres gelte jedoch nur für Ansprüche gegenüber Zwangsnamen.²⁸ Der Inhaber eines Wahlnamens (Decknamens) könne sich zur Verteidigung nicht auf Gleichnamigkeit berufen. Der von *Schanda* vorgeschlagenen Differenzierung ist mE nicht zu folgen: die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 43 ABGB behandelt Zwangsnamen und Wahlnamen völlig gleich, sowohl das Schutzobjekt als auch den Schutzzumfang betreffend. Zwischen dem Namensschutz des Pseudonyms und dem Namensschutz des bürgerlichen Namens besteht – argumentum lege non distinguente - kein Stufenverhältnis. Der Namensschutz des Pseudonyms greift auch gegenüber dem Träger des gleichen bürgerlichen Namens voll durch, so dass sich der vom Gleichnamigen angeblich Verletzte nicht darauf berufen kann, er habe den seinen zeitlich früher mit seiner Geburt erworben oder nach Registerrecht ein besseres Recht.²⁹

Die Auffassung *Schandas* würde auch den normativen Bezugspunkt, auf dessen Grundlage der Vorrang bestimmt wird, in gleichheitswidrigerweise verschieben. Dem Recht der Gleichnamigen ist es fremd auf den Zeitpunkt der erstmaligen Benutzung des dem Anspruch zugrundegelegenen Personen- oder Unternehmensnamens abzustellen. Das Prioritätsprinzip „der frühen Geburt“ tritt zugunsten des Namensrechts als besonderer Ausprägung des Persönlichkeitsrechts³⁰ zurück. Insbesondere kann der (an Jahren) ältere Namensträger dem jüngeren nicht verbieten, seinen Namen zu führen. Aus dem Gebot der Rücksichtnahme lässt sich ein Vorrang des älteren Namensträgers bei Domainnamen mE gerade nicht ableiten, weil doch – technisch bedingt – stetes die Top-Level-Domain als insoweit unterscheidungskräftiger Zusatz³¹ hinzutritt.

Nach der - vom Verfasser insoweit abgelehnten - Auffassung des BGH, die Berühmtheit eines Kennzeichens gebe im Rahmen eines Interessenausgleichs der Gleichnamigen den Ausschlag, sodass der weniger berühmte Namensträger im Zweifel die Domain verliert, wäre der Verwässerungsschutz des berühmten Kennzeichens unter dem Deckmantel der „Unbefugtheit“ – völlig systemfremd – beim Namensschutz gewährt. Die Unanwendbarkeit des Verwässerungsschutzes und der persönlichkeitsrechtliche Charakter des Namens zeigen jedoch gerade, dass die Berühmtheit oder „überragende Bekanntheit“ des Kennzeichens nicht ausschlaggebend sein darf.

4.1.3.2 Schranke des Rechtsmissbrauchs

Dennoch gilt auch der **Grundsatz der Priorität der Domainregistrierung nicht schrankenlos**. Die Ausübung des durch § 43 ABGB gewährten Persönlichkeitsrechts steht wie alle Rechte unter dem Gesetzesvorbehalt des Rechtsmissbrauchs, der sich im Geschäftsleben v.a. im **Maßstab des § 1 UWG** konkretisiert,³² im privaten Handeln durch das **Schikaneverbot nach § 1295 Abs 2 zweiter Halbsatz ABGB** geregelt ist. Hat also die durch den Gleichnamigen veranlasste Domain-Registrierung lediglich den Zweck, den anderen Namensträger zu schädigen,³³ so wird die Prioritätsregel, das der Domain-Name demjenigen zusteht, der ihn zuerst hat registrieren lassen, zugunsten des zu spät gekommenen

²⁷ *Schanda*, Der OGH zu *sattler.at* – Eine kritische Analyse, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck*, Das Recht der Domain Namen (2001), 67, 74 ff.

²⁸ Gesetzlich festgelegte Namen wie z.B. der bürgerliche Nachname.

²⁹ Ebenso OLG Köln 6.7.2000, 18 U 34/00 - *maxem.de*, CR 2000, 696 = MMR 2001, 270.

³⁰ OGH 23.11.2000, 6 Ob 109/00y, MR 2001, 26 unter Bezugnahme auf die stRsp.

³¹ Vgl dazu OGH 1.9.1992, 4 Ob 43/92 - *Harald A.Schmidt*, eolex 1993, 35 = EvBl 1993/41 = ÖBl 1992, 216.

³² Im Zusammenhang mit Domains hat v.a. das sittenwidrige Domain-Grabbing praktische Bedeutung erlangt, siehe OGH ... – *taeglichalles.at* mwN zur Rsp.

³³ Vgl. zur Formulierung die Mat. 3.TN 382; ähnlich OGH ..., RdW 1984, 44.

Namensträgers durchbrochen. Anwendungsfälle dafür sind z.B. der Aufbau schwer beleidigender Websiteinhalte, ein glatter Verstoß gegen die Registrierungsbedingungen³⁴ etc. Im vorliegenden Fall Shell v. Shell finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, von einer rechtsmissbräuchlichen Namensführung des Beklagten iSe einer absichtlichen Schädigung des Mineralölkonzerns auszugehen.

Eine praktische Lösung hätte sich – für Österreich – insoweit angeboten, als die geschäftliche Nutzung unter der Domain „shell.co.at“ und die private Verwendung unter der Domain „shell.at“ aufrechterhalten werden könnte. Gleichfalls wäre an die Möglichkeit eines Domain-Sharing zu denken gewesen.³⁵

4.2 Rechtsfolgenaspekte

4.2.1 Unterlassung

4.2.2 Beseitigung

4.2.3 Schadenersatz

4.2.4 Übertragung der strittigen Domain

Dispute-Eintrag = eine von der Registrierungsstelle beherrschte technische Veränderungssperre der Inhabereinträge einer delegierten Domain.

Demzufolge sind die zwei Voraussetzungen einer Analogiebildung,³⁶ nämlich eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der Interessenlage, zu prüfen:

So war nach Pressemeldungen die Domain „shell.de“ für kurze Zeit sogar als „frei verfügbar“ angezeigt (Internetworld, Verwirrung um Shell.de)

5. Auswirkungen für die österreichische Praxis

- a) beatus possidentis
- b) keine Übertragung?

Das Urteil des BGH ist ein weiterer Meilenstein der Rsp zur Problematik der Gleichnamigkeit im Hinblick auf Domains und die Anerkennung des Prioritätsprinzips als Entscheidungsgrundlage, dessen normativer Bezugspunkt die Registrierung der Domain ist. Niemandem kann untersagt werden, seinen Namen als Internet-Domain im privaten Verkehr zu verwenden. In diesem Bereich ist eine erhebliche Verwechslungsgefahr hinzunehmen,

³⁴ Z.B. gegen die Sunrise-Periode-Vorschriften bei der .info-Domainvergabe; dazu *Stomper*, Neue TLDs: Unregelmäßigkeiten bei der .info-Registrierung und ihre Folgen, abrufbar unter <http://www.rechtsprobleme.at>.

³⁵ Z.B. wie bei „winterthur.ch“ oder „schering.com“; im Einzelnen dazu, *Viefhues*, MMR 2000, 334.

³⁶ Eingehend dazu *F.Bydlinski*, Juristische Methodenlehre², ..

selbst wenn diese v.a. bei häufigen Namen in beruflichen Belangen (im Personalwesen, bei öffentlichem Wirken, im wissenschaftlichen Literaturbetrieb etc.) zu großen Misshelligkeiten führt. Die Verwendung des eigenen Namens als Domain zu geschäftlichen Zwecken unterliegt allerdings dem Prioritätsprinzip iSd Erstgebrauchsvorranges sowie dem Lauterkeitsgebot des § 1 UWG. Im privaten Bereich verbleibt als einziges Korrektiv das Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 2.HS ABGB, wenn die Benutzung des Domain-Namens gegen die guten Sitten verstößt.

Shell versus Shell – eine neue Dimension des Domainrechts? *Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.11.2001, I ZR 138/99**

1. Einleitung

Die vorliegende E ist erst die dritte des deutschen Höchstgerichtes in Domainsachen³⁷ und daher jedenfalls richtungsweisend. Nachfolgend werden rechtsvergleichend deren Auswirkungen auf die österreichische Praxis erörtert. Eine eingehende Analyse der E nach deutschem Recht findet nicht statt, da sie naturgemäß Berufeneren vorbehalten bleiben muss. Vor einer kritiklosen Übernahme durch den österreichischen Rechtsanwender sei aber – trotz vergleichbarer Rechtsgrundlagen – gewarnt.

2. Problemstellung

Die kIP ist die deutsche Tochtergesellschaft des weltweit bekannten Ölkonzerns SHELL und Inhaberin der zugehörigen, berühmten Wortmarke für eine Fülle von Dienstleistungen, u.a. im Bereich des Marketing, der Datenverarbeitung und der Ausbildung. Der Beklagte heißt Andreas Shell, betreibt im Nebenberuf ein Unternehmen und war seit April 1996 Inhaber der Domain „shell.de“, die er auch aktiv – zunächst zu geschäftlichen Zwecken, später nur mehr rein privat für seine Homepage im WWW nutzte.

Neben einigen prozessualen Fragen zu den geltend gemachten Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen hatte der BGH v.a. zu klären, **ob dem Beklagten**, der selbst Namensträger ist und dessen Gebrauch des Namens „Shell“ daher grundsätzlich nicht als unbefugt angesehen werden kann, dennoch **durch seine private Nutzung** der Bezeichnung „Shell“ **als Domain-Name** ein verletzender **Eingriff in das Namensrecht der kIP** und ihrer Muttergesellschaft vorgeworfen werden konnte?

3. Entscheidung des Gerichtes

Der BGH ließ unter Berufung auf die – festgestelltermaßen – „überragend bekannte“ Marke der kIP das Verbot einer Verwendung des Domain-Namens „shell.de“ im geschäftlichen Verkehr offen, weil der Beklagte insoweit im Berufungsverfahren bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte.

Gem § 12 dBGB untersagte das Höchstgericht aber (auch) die Verwendung des Domain-Namens zu rein privaten Zwecken. Dabei stellte es zunächst fest, dass bereits in der

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

³⁷ Bisher BGH 17.5.2001, I ZR 216/99 - *mitwohnzentrale.de*, BB 2001, 2080 = DB 2001, 2141 = CR 2001, 777 m Anm *Jaeger-Lenz* = K&R 2001, 583 = MR 2001, 148 m Anm *Burgstaller* = MMR 2001, 666 m Anm *Hoeren* = NJW 2001, 3262 = dRdW 2001, 370 = öRdW 2002, 11 m Anm *Kilches* = WM 2001, 1962 = WRP 2001, 836 = ZUM 2001, 866 zur Zulässigkeit generischer Domains; 17.5.2001, I ZR 251/99 - *ambiente.de*, CR 2001, 850 m Anm *Freytag* = GRUR 2001, 1038 = K&R 2001, 588 m Anm *Ubber* = MMR 2001, 671 m Anm *Welzel* = MR 2001, 147 = NJW 2001, 3265 = WM 2001, 1695 zur Haftung der Domain-Vergabestelle.

Registrierung einer Domain ein Namensgebrauch läge. Verwendete ein Nichtberechtigter ein fremdes Kennzeichen als Domain führte dies zu einer Namensanmaßung, nicht aber zu einer Namensleugnung. Die unbefugte Registrierung eines fremden Namens als Domain bedeutete im allgemeinen eine Zuordnungsverwirrung, und zwar auch dann, wenn der Internet-Nutzer beim Betrachten der geöffneten Homepage alsbald bemerke, dass er nicht auf der Internet-Seite des (berechtigten) Namensträgers gelandet wäre, weil ein erheblicher Teil des Publikums Informationen im Internet in der Weise suchte, dass in die Adresszeile (des Browsers) der Name des gesuchten Unternehmens als Internet-Adresse (hier: www.shell.de) eingegeben würde.

Der vorliegende Fall ist nach Auffassung des BGH dadurch gekennzeichnet, dass der Beklagte selbst Namensträger ist und sein Gebrauch des Namens "Shell" daher grundsätzlich nicht als unbefugt angesehen werden kann. Gleichwohl stoße die Verwendung des eigenen Namens durch den Beklagten im Streitfall an Grenzen. Die **in Fällen der Gleichnamigkeit vorzunehmende Abwägung der Interessen der Namensträger** führte dazu, dass der Beklagte seinen Namen nur mit einem unterscheidenden Zusatz als Internet-Adresse verwenden dürfe.

Das ansonsten für Gleichnamige geltende „Gerechtigkeitsprinzip der Priorität“, d.h. der Zeitvorrang der Domain-Registrierung, würde ausnahmsweise aufgrund der Gewichtigkeit der klägerischen Interessen nach umfangreicher Abwägung zugunsten der kIP durchbrochen. Die **gewichtigeren klägerischen Interessen** sind:

- die überragende Bekanntheit des Kennzeichens „Shell“
- „Shell“ als Name eines berühmten Unternehmens
- Schwierigkeiten bei der Aufklärung des „heterogenen Kundenkreises“ der kIP, dass sie nicht unter „www.shell.de“ im Internet zu finden sei
- ein Großteil der Internet-Nutzer würde „auf eine falsche Fährte gelockt“ werden, wenn „shell.de“ zur Homepage des Beklagten führen würde
- Internet-Nutzer würden kaum erwarten, die private Homepage des Beklagten unter „shell.de“ zu finden
- der kleinere, homogen Benutzerkreis der Freunde und Bekannten des Beklagten könne leichter über eine Änderung seine Domain-Namens informiert werden

Das deutsche Höchstgericht argumentiert demnach mit einem Vertrauensschutz zugunsten des berühmten Kennzeichenträgers unter Bezugnahme auf die Verkehrserwartung, oder dem, was es dafür hält.³⁸

In Ermangelung gesetzlicher Regelungen versagt der BGH allerdings den begehrten Übertragungsanspruch, nicht ohne festzuhalten, dass aufgrund der deutschen Vergabepaxis für Internet-Domains ohnehin kein Bedarf dafür wäre, da die Möglichkeit einer „Rangordnungsanmerkung“ für den Kläger bei der DENIC e.G. bestünde.

4. Rechtsvergleichende Kritik

Das Urteil des BGH vermag weder im Ergebnis noch in seiner Begründung völlig zu überzeugen. Es offenbart vielmehr, dass (auch) für das deutsche Höchstgericht Domainstreitigkeiten nach wie vor technisches und juristisches Neuland darstellen. Aufgrund der ähnlichen Anspruchsvoraussetzungen der § 12 dBGB³⁹ und § 43 öABGB⁴⁰ sowie der vergleichbaren Rechtsfolgen verdienen die richterlichen Ausführungen aber

³⁸ Kritisch zum Maßstab der Verkehrserwartung bereits *Höhne*, Namensfunktion von Internet Domain Names?, *ecolex* 1998, 924, 925 am Beispiel der Bezeichnung "Baum".

³⁹ Die Bestimmung lautet: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weiterer Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.“

hierzulande Beachtung. Nochmals: vor einer unbesehenen Übernahme der eingangs – leitsatzartig wiedergegebenen – Rechtsansichten sei eindringlich gewarnt.

4.1 Namensrechtliche Aspekte

4.1.1 Verhältnis des bürgerlichen Namensschutzes zu gewerblichen Kennzeichenrechten

Zuzustimmen ist der vom BGH vorgenommenen strikten **Trennung** zwischen der **rechtsverletzenden Verwendung von Domains im geschäftlichen** und im **privaten Verkehr**. Fehlt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, bleibt für die Anwendung des MSchG kein Raum. Dies gilt auch für den bekannten Markenrechtsinhaber iSd § 10 Abs 2 MSchG. Nach § 10 Abs 3 Z 1 MSchG versagt sogar das Markenrecht ausdrücklich gegenüber dem berechtigten Namensträger, ausgenommen in den Fällen, in denen die Namensnutzung „den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel“ widerspricht.⁴¹ Der damit angesprochene „Verwässerungsschutz“ greift nur im geschäftlichen Verkehr zugunsten der Werbekraft des berühmten Kennzeichens.⁴² Eine Erstreckung des Verwässerungsschutzes auf den privaten, nicht geschäftlichen Bereich wäre nicht zu rechtfertigen, zutiefst systemwidrig und contra legem.⁴³

Demgegenüber setzt § 43 ABGB kein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Sein – im Übrigen subsidiärer – Schutzzumfang ist insofern weiter.⁴⁴ Der vom BGH herausgearbeitete – aber nicht konsequent genug beachtete – **Grundsatz**, dass der aus § 12 BGB (§ 43 ABGB) abgeleitete namensrechtliche Schutz einer Firma oder eines Firmenbestandteils stets auf den Funktionsbereich des betreffenden Unternehmens beschränkt ist, und nur so weit reicht, wie geschäftliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind, führt dazu, dass die Benutzung des Namens eines Unternehmens durch einen Dritten außerhalb des geschäftlichen Verkehrs im allgemeinen nicht zu beanstanden ist. Um den **Flankenschutz des § 43 ABGB** allerdings nicht leer laufen zu lassen, wird auch der Schutz des (Firmen-)Namens auf den **unbefugten privaten Gebrauch ausgedehnt**.⁴⁵

Dem **Tatbestandmerkmal der Unbefugtheit** kommt daher insbes. für die österreichische Norm entscheidende Bedeutung zu, denn in einem gewissen Sinn liegt darin - ähnlich wie bei der unlauteren Ausnutzung des Rufs einer bekannten Marke (§ 10 Abs 2 MSchG) – eine "Ausbeutung" des für den Berechtigten geschützten Namens, weil der Unberechtigte durch den Namensgebrauch einen Vorteil erlangt, der ihm nicht zukommt. Dem Namensträger muss ein berechtigtes Interesse daran zuerkannt werden, dass sein Name nicht gebraucht wird, um die Aufmerksamkeit auf Aktivitäten zu lenken, mit denen er nichts zu tun hat.⁴⁶

4.1.2 Namensleugnung oder Namensanmaßung?

⁴⁰ Die Bestimmung lautet: „Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.“

⁴¹ Zum Maßstab dieses auszufüllenden „Sittenwidrigkeitsverdiktes“ siehe gleich unten Pkt. 4.1.3.2.

⁴² Statt vieler *Fezer*, Markenrecht³, § 14 dMarkenG Rz 441 mwN.

⁴³ § 10 Abs 3 MSchG: „... im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, ...“.

⁴⁴ OGH 11.9.1984, 4 Ob 358/84, EvBl 1985/38; ebenso BGH 12.2.1998, I ZR 241/95 – *Rolex Uhr mit Diamanten*, GRUR 1998, 696, 697 zum Verhältnis zwischen § 12 BGB und §§ 5, 14 MarkenG.

⁴⁵ OGH 22.11.1977, 4 Ob 377/77, SZ 50/152; 27.10.1999, 1 Ob 117/99h nv.

⁴⁶ OGH 25.9.2001, 4 Ob 209/01s – *bundesheer.at II*; sämtliche der hier nur mit Geschäftszahl zitierten DomainE des OGH sind über RIS im Internet und auf der Website <http://www.eurolawyer.at> abrufbar und mit Glossen versehen, sodass auf die Angabe von weiteren Fundstellen verzichtet wird.

Die Bestimmung des § 43 ABGB beinhaltet zwei Grundfälle der Namensverletzung, zum einen die Namensbetretung (= Namensleugnung) und zum anderen die Namensanmaßung (= Namensbeeinträchtigung).⁴⁷

Dass die (bloße) Registrierung eines Namens oder Namensbestandteils als Domain ohne Zustimmung des Berechtigten als unbefugter Namensgebrauch gilt, ist für den österr Rechtsbereich schon geklärt.⁴⁸ Dass der unbefugte Anmelder eine Namensanmaßung und nicht eine Namensleugnung verwirklicht, betont der BGH völlig zutreffend und dürfte wohl der einhelligen österr Meinung entsprechen.⁴⁹ Obwohl jeder Domain-Name aus technischen Gründen nur einmal vergeben werden kann, wird durch die Registrierung als Domain-Name das *Recht* des (wahren) Namensträgers zur Führung seines Namens nicht bestritten.⁵⁰ Mit der Registrierung eines Namens als Domain kann, so die unterstützenswerte Auffassung des BGH, bereits eine Interessenbeeinträchtigung iSe Zuordnungs- bzw. Identitätsverwirrung verbunden sein, und zwar auch dann, wenn der Internet-Nutzer beim Betrachten der geöffneten Homepage alsbald bemerkt, dass er nicht auf der Internet-Seite des Namensträgers gelandet ist.⁵¹ Nach den Verkehrsgewohnheiten der Internet-Nutzer ist nämlich davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil des Publikums Informationen im Internet in der Weise sucht, dass in die Adresszeile des Browsers der Name der gesuchten natürlichen oder juristischen Person als URL eingegeben wird.⁵²

4.1.3 Unbefugtheit des Namensgebrauchs

Wesentliches Tatbestandsmerkmal der Namensanmaßung ist die Unbefugtheit. „Unbefugt“ iSd § 43 ABGB ist jeder Gebrauch eines Namens, der weder auf eigenem Recht beruht noch vom Berechtigten gestattet wurde.⁵³ Gegenständlich **fehlt** es mE bereits am **Tatbestandsmerkmal der Unbefugtheit**, weil der Beklagte die Registrierung der Domain in Ausübung seines eigenen Namensrechtes vorgenommen hat. Der Name „Shell“ ist sprachliches Kennzeichen seiner Träger, der beiden Streitparteien, und damit Bestandteil deren Persönlichkeiten. § 43 ABGB verleiht dem Namensträger ein Recht auf den Namen, das als Persönlichkeitsrecht ein absolutes Recht ist. Als Gebrauchsrecht umfasst es die Befugnis des Rechtsinhabers, seinen Namen im Rahmen der Rechtsordnung bei *allen* sich bietenden Gelegenheiten als Mittel der Identifizierung zu verwenden, so auch unter diesem Namen am Geschäftsverkehr teilzunehmen. Mithin darf der Name nicht nur zur Kennzeichnung der eigenen Person gebraucht werden, sondern auch zu jener von Sachen, Geschäftsbetrieben, selbstgeschaffenen Werken und Internetwebsites. Damit betrifft § 43 ABGB auch den Namensgebrauch zu gewerblichen Zwecken und schützt nicht zuletzt die Entfaltung der wirtschaftlichen Persönlichkeit.

4.1.3.1 Interessenabwägung bei Gleichnamigkeit?

⁴⁷ Posch in Schwimann ABGB²I, § 43 Rz 3.

⁴⁸ St Rsp OGH 13.7.1999, 4 Ob 140/99p *sattler.at*; 21.12.1999, 4 Ob 320/99h - *ortig.at*.

⁴⁹ OGH 29.1.2002, 4 Ob 246/01g – *graz2003.at*; 29.5.2001, 4 Ob 123/01v - *dullinger.at*; 13.7.1999, 4 Ob 140/99p – *sattler.at*; deutlich jüngst 22.4.2002, 4 Ob 41/02m - *graz2003.com*, wonach der Umstand, dass dem Namensträger damit die Registrierung in derselben Top Level Domain verwehrt ist, lediglich eine technisch bedingte Folge darstellt, nicht aber eine Namensbetretung; so bereits Thiele, Privatrechtlicher Schutz von Ortsnamen im Internet, ÖGZ 1999/11, 4 [FN 5]; Schanda, Entscheidungsanmerkung, *ecolex* 1999, 703, 704; Höhne, Zum Stand der Domain-Judikatur des OGH, MR 2000, 356.

⁵⁰ AA offenbar Burgstaller, Pfändung von Internet Domains - (k)ein Problem!, *ecolex* 2001, 197, der von einem „Recht der Online Namensführung“ ausgeht.

⁵¹ So bereits OGH 25.9.2001, 4 Ob 209/01s – *bundesheer.at II*.

⁵² Vgl. OGH 29.1.2002, 4 Ob 246/01g – *graz2003.at*.

⁵³ Aicher in Rummel, ABGB I³, § 43 Rz 13.

Die vom BGH gelöste Frage, warum nun ausgerechnet die kIP bessere Rechte an der Bezeichnung "Shell" haben sollte, als der namensgleiche Beklagte, stellt sich mE bei § 43 ABGB dogmatisch gar nicht. Diese „Fleißaufgabe“ wäre nach österreichischem Rechtsverständnis nicht zu erledigen gewesen.⁵⁴ Die dogmatische Prüfung einer Namensrechtsverletzung iSd § 43 ABGB bricht nämlich bei befugtem, weil auf eigenem Recht beruhenden, Namensgebrauch ab. Sie wird, darauf wird im Folgenden eingegangen, allenfalls im Rahmen des § 1295 Abs 2 ABGB fortgesetzt.

Im Falle echter Gleichnamigkeit⁵⁵ gilt in erster Linie das "**Gerechtigkeitsprinzip der Priorität**", also der Zeitvorrang. Im Kennzeichenrecht gilt der allgemeine Grundsatz, wonach idR derjenige, der ein Kennzeichen zuerst gebraucht, das bessere Recht besitzt. Dieser Grundsatz des Zeitvorrangs gilt nach inzwischen st Rsp beim Zusammentreffen mehrerer Schutzrechte ganz allgemein, und zur Vermeidung einer unerträglichen Diskrepanz zwischen dem virtuellen und dem nicht-virtuellen Geschäftsverkehr auch bei der Beurteilung von Kollisionsfällen unter Beteiligung einer Domain oder zwischen Domains.⁵⁶ Dabei wird, worauf der BGH völlig zutreffend hinweist, nicht die erste Benutzung des Namens schlechthin (also die "Gnade der frühen Geburt"), sondern die **erstmalige Registrierung der Domain - eben der Namensgebrauch als Internetadresse – geschützt**.⁵⁷

Der BGH hat also zunächst die Frage des rechtlichen Anknüpfungspunktes der Priorität in nachahmenswerter Weise gelöst. Eng damit verknüpft ist auch die Frage nach dem tatsächlichen Beginn der Domaininhaberschaft zu entscheiden gewesen. Entgegen der Auffassung des OLG München gelangt das dt Höchstgericht mit einem entwaffnenden Argument – mE ebenfalls zutreffend – dazu, dass der abgeleitete Domainerwerb der erstmaligen Domainregistrierung gleichgestellt sein muss.⁵⁸ Einem derivativen Domainerwerb haftet kein Makel an, der auch dann noch nachwirkt, wenn ein berechtigter Namensträger Inhaber der strittigen Domain geworden ist.⁵⁹

Das so entwickelte Prioritätsprinzip stellte eine **einfach zu handhabende Grundregel** dar, die **in Fällen der Gleichnamigkeit** den redlichen Domaininhaber begünstigt. Ihr muss sich grundsätzlich auch der Inhaber eines relativ stärkeren Rechts unterwerfen, der feststellt, dass sein Name oder sonstiges Kennzeichen bereits von einem Gleichnamigen als Domain registriert worden ist.⁶⁰ Diese Auslegung ist mE gleichfalls für § 43 ABGB heranzuziehen, der neben dem Geburtsnamen der natürlichen Person⁶¹ und dem idR durch Gründung entstehenden (Handels-)Namen der juristischen Person⁶² kraft ausdrücklicher Erwähnung auch den Decknamen (Pseudonym) schützt.⁶³ Der Deckname erlangt wie geschäftliche Kennzeichen den Namensschutz erst durch Ingebrauchnahme, soweit es sich um von Haus aus unterscheidungskräftige Bezeichnungen handelt.

⁵⁴ AA offenbar *Essl*, Interessenabwägung durchbricht Prioritätsprinzip bei Domain-Streitigkeiten, *ecolex* 2002, 82, der die in der Pressemitteilung veröffentlichten Ausführungen des BGH kritiklos übernimmt.

⁵⁵ Anders gelagert sind insoweit die E zu *sattler.at*; *bernhart.at* und *dullinger.at*.

⁵⁶ OGH 3.4.2001, 4 Ob 73/01s - *pro-solution.at*; 16.10.2001, 4 Ob 226/01s - *onlaw.co.at*; 20.4.1993, 4 Ob 35/93 - *COS*, ÖBI 1993, 245 mwN; 21.12.1999, 4 Ob 320/99h - *ortig.at*.

⁵⁷ *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 13 und 14; deutlich OLG Koblenz, Urteil 25.1.2002, 8 U 1842/00 - *vallendar.de*, CR 2002, 280 m Anm *Eckhardt* = K&R 2002, 201.

⁵⁸ Zum vertraglichen Erwerb von Domains bereits *Thiele*, Verträge über Internet-Domains, *ecolex* 2000, 210.

⁵⁹ Den Fall einer dolosen Übertragung der „streitverfangenen Sache“ hatte der BGH freilich nicht zu entscheiden.

⁶⁰ Damit könnten die Gerichte auch der letztlich dem Leistungswettbewerb abträglichen Tendenz entgegenwirken, dass zunehmend Großfirmen versuchen konkurrierenden kleineren Firmen Domains auch mit unterscheidungskräftigen Zusätzen zu untersagen.

⁶¹ *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 2.

⁶² *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 3.

⁶³ *Posch* in *Schwimmann* ABGB² I, § 43 Rz 11: allerdings nur gegen eine unbefugte Namensanmaßung.

Ein Teil der österr Lehre⁶⁴ vertritt demgegenüber die Auffassung, bei Gleichnamigkeit gelte ausnahmsweise nicht der Prioritätsgrundsatz der Benutzung, sondern das „Prinzip der wechselseitigen Rücksichtnahme“. Letzteres gelte jedoch nur für Ansprüche gegenüber Zwangsnamen.⁶⁵ Der Inhaber eines Wahlnamens (Decknamens) könne sich zur Verteidigung nicht auf Gleichnamigkeit berufen. Der von *Schanda* vorgeschlagenen Differenzierung ist mE nicht zu folgen: die ausdrückliche gesetzliche Anordnung des § 43 ABGB behandelt Zwangsnamen und Wahlnamen völlig gleich, sowohl das Schutzobjekt als auch den Schutzzumfang betreffend. Zwischen dem Namensschutz des Pseudonyms und dem Namensschutz des bürgerlichen Namens besteht – *argumentum lege non distinguente* – gegen Anmaßung kein Stufenverhältnis. Der Namensschutz des Pseudonyms greift auch gegenüber dem Träger des gleichen bürgerlichen Namens voll durch, so dass sich der vom Gleichnamigen angeblich Verletzte nicht darauf berufen kann, er habe den seinen zeitlich früher mit seiner Geburt erworben oder nach Registerrecht ein älteres Recht.⁶⁶

Die Auffassung *Schandas* würde auch den normativen Bezugspunkt, auf dessen Grundlage der Vorrang bestimmt wird, in gleichheitswidrigerweise verschieben. Dem Recht der Gleichnamigen ist es fremd, auf den Zeitpunkt der erstmaligen Benutzung des dem Anspruch zugrundegelegenen Personen- oder Unternehmensnamens abzustellen. Das Prioritätsprinzip „der frühen Geburt“ tritt zugunsten des Namensrechts als besonderer Ausprägung des Persönlichkeitsrechts⁶⁷ zurück. Insbesondere kann der (an Jahren) ältere Namensträger dem jüngeren nicht verbieten, seinen Namen zu führen. Aus dem Gebot der Rücksichtnahme lässt sich ein Vorrang des älteren Namensträgers bei Domainnamen mE gerade nicht ableiten, weil doch – technisch bedingt – stetes die Top-Level-Domain als insoweit unterscheidungskräftiger Zusatz⁶⁸ hinzutritt.

Nach der - vom Verfasser insoweit abgelehnten - Auffassung des BGH, die Berühmtheit eines Kennzeichens gebe im Rahmen eines Interessenausgleichs der Gleichnamigen den Ausschlag, sodass der weniger berühmte Namensträger im Zweifel die Domain verliert, wäre der Verwässerungsschutz des berühmten Kennzeichens unter dem Deckmantel der „Unbefugtheit“ – völlig systemfremd – beim Namensschutz gewährt. Die Unanwendbarkeit des Verwässerungsschutzes und der persönlichkeitsrechtliche Charakter des Namens zeigen jedoch gerade, dass es bei § 43 ABGB auf die Berühmtheit oder „überragende Bekanntheit“ des Kennzeichens nicht ankommt.

4.1.3.2 Schranke des Rechtsmissbrauchs

Dennoch gilt auch der **Grundsatz der Priorität der Domainregistrierung nicht schrankenlos**. Die Ausübung des durch § 43 ABGB gewährten Persönlichkeitsrechts steht wie alle Rechte unter dem Gesetzesvorbehalt des Rechtsmissbrauchs, der sich im Geschäftsleben v.a. am **Maßstab des § 1 UWG** konkretisiert,⁶⁹ im privaten Handeln durch das **Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 zweiter Halbsatz ABGB**. Hat also die durch den Gleichnamigen veranlasste Domain-Registrierung lediglich den Zweck, den anderen Namensträger zu schädigen,⁷⁰ so wird die Prioritätsregel, dass der Domain-Name demjenigen zusteht, der ihn zuerst hat registrieren lassen, zugunsten des zu spät gekommenen

⁶⁴ *Schanda*, Der OGH zu *sattler.at* – Eine kritische Analyse, in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck*, Das Recht der Domain Namen (2001), 67, 74 ff.

⁶⁵ Gesetzlich festgelegte Namen wie z.B. der bürgerliche Nachname.

⁶⁶ Ebenso OLG Köln 6.7.2000, 18 U 34/00 - *maxem.de*, CR 2000, 696 = MMR 2001, 270.

⁶⁷ OGH 23.11.2000, 6 Ob 109/00y, MR 2001, 26 unter Bezugnahme auf die stRsp.

⁶⁸ Vgl dazu OGH 1.9.1992, 4 Ob 43/92 - *Harald A. Schmidt*, *ecolex* 1993, 35 = *EvBl* 1993/41 = *ÖBl* 1992, 216.

⁶⁹ Im Zusammenhang mit Domains hat v.a. das sittenwidrige Domain-Grabbing praktische Bedeutung erlangt, siehe OGH 12.6.2001, 4 Ob 139/01x – *taeglichalles.at* mwN zur Rsp.

⁷⁰ Vgl. zur Formulierung die Mat. 3.TN 382; ähnlich OGH 25.10.1983, 2 Ob 522/82, RdW 1984, 44.

Namensträgers durchbrochen. Anwendungsfälle dafür sind z.B. der Aufbau schwer beleidigender Websiteinhalte, ein glatter Verstoß gegen die Registrierungsbedingungen⁷¹ etc. Im vorliegenden Fall Shell v. Shell finden sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, von einer rechtsmissbräuchlichen Namensführung des Beklagten iSe einer absichtlichen Schädigung des Mineralölkonzerns auszugehen.

Eine praktische Lösung hätte sich – für Österreich – insoweit angeboten, als die geschäftliche Nutzung unter der Domain „shell.co.at“ und die private Verwendung unter der Domain „shell.at“ aufrechterhalten werden könnte. Gleichfalls wäre an die Möglichkeit eines Domain-Sharing zu denken gewesen.⁷²

4.1.3.3 Ausblick: Neue Herausforderungen im Recht der Gleichnamigen

Gerade die vorliegende E macht deutlich, dass dem über Jahrzehnte eher stiefmütterlich behandeltem Recht der Gleichnamigen in modernen Internetzeiten unerwartete Aktualität zukommt. Die Fallkonstellationen bei Gleichnamigkeit im Internet sind vielfältig.⁷³ Die juristischen Herausforderungen beginnen schon bei der Registrierung von Domains, hängt aber auch damit zusammen, dass die Gerichte dem Prinzip des Interessenausgleichs bzw. der Rücksichtnahme bei der Benutzung von Namen durch Namensgleiche für die offline-Welt (allzu) große Bedeutung beigemessen haben. Eine **differenzierende Übertragung der Grundsätze des Gleichnamigenrechts auf Domainstreitigkeiten** ist mE daher sachgerecht.⁷⁴

Heutzutage ist in Österreich unbestritten anerkannt, dass Domains Kennzeichenfunktion haben können. Insbesondere dann, wenn die Domain gerade zur Kennzeichnung einer natürlichen oder juristischen Person gewählt worden ist. Festzuhalten ist, dass nicht jeder Domain Namensfunktion zukommt, sondern tatsächlich nur solchen, die einen Bezug zu der hinter der Domain stehenden Person erkennen lassen, Domains also, die Namensbestandteile enthalten oder namensmäßig anmuten.⁷⁵

Damit stellt sich die **Frage, ab welchem Zeitpunkt der Schutz des § 43 ABGB für eine Namensdomain überhaupt in Anspruch genommen werden kann?** Der BGH hatte sich mit diesem Problem nicht zu befassen, konnte er doch die Gleichnamigkeit der Streitteile zum Registrierungszeitpunkt der Domain unbestrittenermaßen voraussetzen. Der vom OGH zur Domain *ortig.at* entschiedene Sachverhalt⁷⁶ hat ansatzweise bereits die Problematik des Beginns des Namensschutzes unter Gleichnamigen thematisiert, aber letztlich keiner Lösung bedurft, weil der Domain-Name "ortig.at" von den Beklagten für eine noch nicht einmal bestehende und damit auf dem Markt auch noch nicht in Erscheinung getretene Organisation treuhändig gehalten und damit unbefugt, weil ohne eigenes oder von einem Berechtigten abgeleitetes Recht, benutzt worden ist.⁷⁷

⁷¹ Z.B. gegen die Sunrise-Periode-Vorschriften bei der .info-Domainvergabe; dazu *Stomper*, Neue TLDs: Unregelmäßigkeiten bei der .info-Registrierung und ihre Folgen, abrufbar unter <http://www.rechtsprobleme.at>.

⁷² Z.B. wie bei „winterthur.ch“ oder „schering.com“; im Einzelnen dazu, *Viefhues*, Domain-Name-Sharing, MMR 2000, 334.

⁷³ Vgl. z.B. die empirische Einordnung von *Linke*, Das Recht der Namensgleichheit bei Domains, CR 2002, 271, 273 ff.

⁷⁴ Ebenso für das deutsche Namensrecht *Bücking*, Namens- und Kennzeichenrecht im Internet (1999), Rz 188 f.

⁷⁵ Vgl. OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h - *ortig.at*; in diesem Sinn auch völlig zutreffend *Höhne*, Marginalien zu „sattler.at“ in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck*, Das Recht der Domain Namen (2001), 79, 82 f; an anderer Stelle habe ich bereits vertreten, insoweit von „Namensdomains“ zu sprechen, siehe *Thiele*, Entscheidungsanmerkung zu *bernhart.at*, wbl 2001, 493, 495.

⁷⁶ Siehe E vom 21.12.1999, 4 Ob 320/99h.

⁷⁷ Die „unbescheinigte“ Behauptung, die Domainregistrierung sei zugunsten eines in Gründung befindlichen Vereins, dessen Name abgekürzt „ORTIG“ bedeute, hat das österreichische Höchstgericht zu Recht für wenig überzeugend gehalten.

Bei einem nur wenig veränderten Sachverhalt, stellt sich allerdings tatsächlich ein **Gleichnamigkeitsproblem**:⁷⁸ um dem **in Gründung befindlichen Unternehmen** einen Internetauftritt unter eigenem Namen zu sichern, wird die Domain „ortig.at“ auf einen der künftigen Gesellschafter registriert. Nach Eintragung der z.B. Ortig GesmbH wird die Domain auf die Gesellschaft übertragen. Stellt man auf den maßgebenden Prioritätszeitpunkt der Domainregistrierung ab, kommt der Frage, ob die Ortig GmbH bereits zu diesem Namensrechte an der strittigen Domain hatte, streitentscheidende Bedeutung zu. *Aicher*⁷⁹ vertritt die Auffassung, dass der Träger des gleichlautenden (Familien-)Namens mit dem „besseren“ Recht ausgestattet sei, weil der Beklagte den Domainnamen „für einen erst zu gründenden Verband (vorsorglich) belegt“ habe. Aufgrund seines früheren Namensgebrauches habe Herr Ortig „ein Recht auf eine (zusätzliche) Namensverwendung gegenüber dem registrierten Domain-Namen-Verwender“.⁸⁰ Dazu ist zunächst zu bemerken, dass anerkanntermaßen bereits in der Registrierung einer Namensdomain ein Gebrauch iSd § 43 ABGB liegt, der nach der unterstützenswerten Ansicht des BGH den primären Anknüpfungspunkt für den juristischen Prioritätsgrundsatz darstellt. Der potenzielle Namensträger befindet sich, insbes. bei juristischen Personen, idR noch *in statu nascendi*. Gerade im Bereich des E-Commerce ist es üblich, zuerst die Domain zu registrieren, um sie für das zeitgleich zu gründende namensgleiche Unternehmen zu „sichern“, da Domains als knappe Güter rasch vergriffen sind.⁸¹ Diese „Branding-Strategie“ ist bei Public-Relations- und Werbeagenturen ebenso branchenübliche Praxis, wobei sich die Domainregistrierung als gängiges Gründungsgeschäft darstellt. Ist die **Domainregistrierung als Gründungsgeschäft der namensgleichen Person** bescheinigt bzw. nachgewiesen, ist zu prüfen, ob deren Namensrecht auf den Registrierungszeitpunkt zurückwirkt und somit prioritätswährend ist. Die Registrierung für einen potenziell Gleichnamigen ist mE also gewissermaßen analog § 22 ABGB auflösend bedingt mit dessen Gründung *und* Übernahme der Domain.⁸²

Zu bedenken ist ferner, dass sich die Kollision von rechtlich relevanten Interessen erst dann verwirklicht, wenn der bereits bestehende Namensträger seinerseits beschließt, unter seinem Namen im Internet aufzutreten. Die vorher nur potenziell bestehende Möglichkeit dies zu tun, kann kaum schon als schützenswertes Interesse des Namensträgers angesehen werden, zumal sie eben noch keine Außenwirkung entfaltet hat.⁸³ Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich eher dem bereits bestehenden Namensträger zuzumuten, eine andere Second Level Domain zu wählen, als dem in Gründung befindlichen Namensträger, der sich die Domain bereits gesichert hat *und* auf den die Namensdomain dann tatsächlich auch übertragen wird. Im Ergebnis hat damit nicht der Inhaber der Domain bzw. der für ihn Handelnde (Gründer)⁸⁴ ein überwiegendes Interesse an dessen Weitergebrauch darzulegen,

⁷⁸ Vgl. auch z.B. den Fall, in dem ein internetbegeisterter Großvater dem noch Ungeborenen Enkelsohn seiner Tochter eine Namensdomainschenkt, die nach Geburt des Kindes mit Zustimmung der Eltern auf den Neugeborenen übertragen wird.

⁷⁹ In *Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 3a.

⁸⁰ AA bereits ansatzweise *Kapferer/Pahl*, Kennzeichenschutz für Internet-Adressen („domains“), ÖBl 1998, 275, 278.

⁸¹ Vgl. zu dieser Praxis jüngst *Schafft*, Die systematische Registrierung von Domain-Varianten. Nicht sittenwidrig, sondern sinnvoll, CR 2002, 434 ff.

⁸² Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich der Handelnde (Gesellschaftsgründer) gegenüber dem Kennzeichninhaber auf die Priorität seiner Gesellschaft berufen kann. IdR liegt jedoch zumindest eine (schlüssige) Gestattung der Namensverwendung vor (OGH 29.5.2001, 4 Ob 123/01v – *dullinger.at*).

⁸³ Das mag auch der Grund dafür sein, dass der BGH den „bemakelten Erwerb“ einer Domain ablehnt, d.h. innerhalb der Interessenabwägung kann es dem Domaininhaber nicht angelastet werden, dass er die Domain von einem Dritten erworben hat, der selbst offensichtlich kein Recht an der Bezeichnung „shell“ besaß.

⁸⁴ ISd § 2 GmbHG; zum Begriff vgl. OGH 16.1.1991, 1 Ob 625/90, ecolex 1991, 251 = EvBl 1991/84 = SZ 64/4 = wbl 1991, 208; zur Vertretungsmacht des Vorgesellschafters vgl. OGH 23.3.1999, 1 Ob 71/99v, GesRZ

sondern der Namensträger ein solches an der eigenen Verwendung der Domain. Dies dürfte praktisch nur dann gelingen, wenn der Namen im geschäftlichen Verkehr verwendet wird und dort zum Registrierungszeitpunkt der Domain eine so überragende Verkehrsgeltung genießt, dass dem Namensträger ein Ausweichen auf eine andere Domain wegen der damit verbundenen Behinderung seiner Geschäftstätigkeit nicht zugemutet werden kann. So unbefriedigend diese Situation namentlich aus der Sicht des vermeintlich älteren Zeicheninhabers auch scheint, lässt sie sich – soweit ersichtlich – mit rechtlichen Mitteln nicht ohne Systemwidrigkeiten beseitigen. Insbesondere besteht keine Möglichkeit, den aktuellen Inhaber einer Domain gegen dessen Willen zu einer gemeinsamen Nutzung der Internetadresse zu zwingen.⁸⁵ Allerdings fragt es sich, ob es überhaupt die Aufgabe des (nationalen) Rechts ist, die technischen Engpässe des Domain-Name-Systems (DNS) durch die Einführung einer entsprechenden Pflicht zu beseitigen. Vielmehr erscheint das hierarchisch aufgebaute DNS dazu geeignet, diesen Zustand durch das hinzufügen von Zusätzen bzw. alternativer Top-Level-Domains (z.B. shell.ag) iSe einer Abgrenzungspflicht für Zuspätgekommene zu beseitigen.

4.2 Rechtsfolgenaspekte

Bei Verletzung des Namensrechts durch einen Nichtberechtigten kommt zunächst ein Beseitigungsanspruch aus § 43 ABGB in Betracht, der von der jüngsten Judikatur in Domainsachen außerhalb des Sicherungsverfahrens auch tatsächlich gewährt wird.⁸⁶ Dieser führt zu einer Löschung der Domain. Um aber in der Praxis bereits vorgekommene Fälle einer Neuregistrierung durch einen anderen als den im Prozess Siegreichen zu verhindern,⁸⁷ muss der berechtigte Namensinhaber bestrebt sein, die Domain direkt auf sich - per Gerichtsurteil - übertragen zu lassen. Der BGH verneint vor dem Hintergrund der deutschen Domain-Vergabepaxis allerdings mit dem fehlenden Bedürfnis für ein solches Begehren dessen rechtliche Zulässigkeit.⁸⁸ In Österreich ist dies wohl anders zu sehen.

4.2.1 Die Argumentation des BGH

In der betreffenden Urteilspassage werden zunächst die – noch einen Herausgabe gewährenden - Erwägungen des Berufungsgerichtes⁸⁹ hinsichtlich der Konstruktion eines Übertragungsanspruches in Anlehnung an bestehende Normen des deutschen Patent- und Sachenrechts abgelehnt. *"Das Berufungsgericht hat - in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung - auf Bestimmungen zurückgegriffen, die nach seiner Ansicht vergleichbar sind: auf die patentrechtliche Vindikation nach § 8 Satz 2 dPatG⁹⁰ und auf den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Dabei hat das Berufungsgericht jedoch nicht hinreichend beachtet, dass es zwar ein absolutes Recht an einer Erfindung oder an einem Grundstück, nicht aber ein absolutes, gegenüber jedermann durchsetzbares Recht auf Registrierung*

1999, 182 = RdW 1999, 527; zur Rechtsverfassung der Vor-Gesellschaft vgl. jüngst *Torggler*, Das Sein und das Nichts: Die Vorgesellschaften als Rechtsverhältnis und als Rechtsträger, 945 in *FS Krejci* (2001) mwN.

⁸⁵ Die WIPO lehnt zwar eine Pflicht zum Betreib von Gateways, die Hyperlinks zu den Websites der verschiedenen Kennzeicheninhaber enthalten ab, ermutigt aber zur Prüfung einer solchen Maßnahme im Hinblick auf die friedliche Streitbeilegung (Report of the WIPO Internet Domain Name Process vom 30.4.1999, WIPO-Veröffentlichung Nr. 439, 32 [N. 128], abrufbar unter http://wipo2.wipo.int/process/eng/final_report.html). Ein Beispiel für einen gemeinsam benützten Domain Namen ist etwa <http://www.winterthur.ch>.

⁸⁶ OGH 13.3.2002, 4 Ob 39/02t - *kunstnetz.at*; **aA** noch *Burgstaller/Feichtinger*, Internet Domain Recht (2001), 25 unter Berufung auf *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³, § 43 Rz 23.

⁸⁷ Vgl. den von *Schanda*, Entscheidungsanmerkung zu *bundesheer.at II*, *ecolex* 2002, 191 geschilderten Fall.

⁸⁸ Kritisch dazu bereits *Foerstl*, Die Entscheidung "shell.de" - Stärkung von Kennzeichenrechten im Internet?, CR 2002, 518, 524, der im konkreten Fall eine analoge Anwendung von § 8 dPatG für vertretbar gehalten hätte.

⁸⁹ OLG München, 25.3.1999, 6 U 4557/98, CI 1999, 148 = CR 1999, 382 = JurPC Web-Dok 104/2000.

⁹⁰ Anspruch des Erfinders gegen den Nichtfinder, wenn die Anmeldung zum Patent geführt hat [*Anmerkung des Verfassers*].

eines bestimmten Domain-Namens gibt. Dem Gesetz lässt sich kein Anspruch auf die Registrierung eines bestimmten Domain-Namens entnehmen.“

Im Anschluss wendet sich der BGH den übrigen bislang im Schrifttum und der Rechtsprechung angeführten Argumenten zur Übertragungsproblematik zu und lehnt auch diese ab. In der Presseveröffentlichung zu besagtem Urteil war dazu noch zu finden: *„Soweit die Deutsche Shell allerdings die Übertragung der Internet-Adresse 'shell.de' auf sich verlangt hatte, hat der Bundesgerichtshof die Klage abgewiesen. Die Klägerin könne nur den Verzicht des Beklagten auf die Adresse 'shell.de', nicht aber die Übertragung auf sich beanspruchen. Auch wenn dies im konkreten Fall keine Rolle spiele, könne einem Dritten ein gleich gutes oder ein noch besseres Recht zustehen. Deshalb sei ein Anspruch auf Übertragung des Domain-Namens generell abzulehnen“*.⁹¹

Der bloße Verweis auf ein potentiell Drittrecht hätte für eine "generelle" Ablehnung des Übertragungsanspruches mE überhaupt nicht überzeugt und findet sich im ausgefertigten Urteilstext in dieser Form auch nicht wieder. Die besagten "Drittrechte" spielen jedoch eine entscheidende Rolle in der Argumentation des deutschen Höchstgerichtes zu den einzelnen für den Übertragungsanspruch bislang von Lehre⁹² und den Instanzgerichten⁹³ herangezogenen Rechtsnormen des § 687 Abs 2, §§ 681, 667 BGB, des § 812 Abs 1 Satz 1 2. Alt. BGB, sowie den in einer derartigen Streitkonstellation Schadensersatz gewährenden Normen.

*„Aber auch die im Schrifttum diskutierte Lösung, dem Zeicheninhaber einen Anspruch wegen angemessener Eigengeschäftsführung aus § 687 Abs. 2, §§ 681, 667 BGB oder - wenn es am Vorsatz fehlt - einen Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB (Eingriffskondition) zu gewähren ... scheitert daran, dass der Eintrag eines Domain-Namens nicht wie ein absolutes Recht einer bestimmten Person zugewiesen ist. Auch wenn einem Zeicheninhaber Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer sein Kennzeichenrecht verletzenden Internet-Adresse zustehen, handelt es sich bei der Registrierung nicht unbedingt um sein Geschäft; denn der Domain-Name kann auch die Rechte Dritter verletzen, denen gleichlautende Zeichen zustehen.“*⁹⁴

Schließlich bemerkt der BGH mit Blick auf die Übertragung unter dem Aspekt eines Schadensersatzanspruches: *„Auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann die Klägerin nicht die Umschreibung des Domain-Namens auf sich beanspruchen ... Denn mit einem Anspruch auf Umschreibung würde der Anspruchsteller unter Umständen besser gestellt, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte. Denn es bliebe dabei unberücksichtigt, dass es noch weitere Prätendenten geben kann, die - wird das schädigende Ereignis weggedacht - vor ihm zum Zuge gekommen wären.“*

Die rechtliche Würdigung des Senats kann wohl nur mit dem entsprechenden Verständnis der deutschen Rechtslage nachvollzogen werden. Die Ergebnisfindung ist deshalb nur bedingt auf die Gesetzeslage hiezulande übertragbar. Die in der deutschen juristischen Meinung heftig umstrittene Frage, ob bei einem domainrechtlichen Namens- oder Kennzeichenrechtskonflikt ein Domain-Übertragungsanspruch des Inhabers des stärkeren oder besseren Namens- bzw. Kennzeichenrechtes gegenüber dem Domaininhaber besteht, stellt sich für deutsche Verhältnisse letztlich als rein akademisch dar, worauf auch der BGH hinweist: *„Im Übrigen besteht für einen Anspruch auf Umschreibung oder Übertragung auch kein praktisches Bedürfnis: Ist der Anspruchsteller der erste Prätendent, kann er sich seinen Rang durch einen sogenannten Dispute-Eintrag⁹⁵ bei der DENIC absichern lassen.“*

Die Argumente des BGH lassen sich über weite Strecken auf die österreichische Rechtslage übertragen und halten stand. Insbesondere kennt auch das österreichische Markenrecht mit

⁹¹ Mitteilung Nr. 87/2001 der Pressstelle des BGH, abgedruckt in MR 2001, 402.

⁹² Hackbarth, Entscheidungsanmerkung, CR 1999, 384; derselbe, CR 1998, 558, 559; Kur in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 340 f; Poeck in Schwarz, Recht im Internet, 32; Hoeren, Rechtsfragen im Internet (1998), Rz. 67; nicht ganz eindeutig Ingerl/Rohnke, MarkenG (1998), Vor §§ 14–19 MarkenG Rz 97; Fezer, Markenrecht³, § 3 MarkenG Rz 351.

⁹³ LG München I, 15.1.1997, 1 HK O 3146/96 - juris.de, CR 1997, 479; LG Saarbrücken, 30.1.2001, 7 IV O 97/00, JurPC Web-Dok. 175/2001; LG Hamburg, – eltern.de, CR 1999, 47; LG Köln, 15 O 15/98 - zivildienst.de;

⁹⁴ Vgl. Ernst, MMR 1999, 487, 488; Viefhues, NJW 2000, 3239, 3242; OLG Frankfurt ZUM-RD 2001, 391, 392.

⁹⁵ D.h. eine von der deutschen Registrierungsstelle beherrschte technische Veränderungssperre der Inhabereinträge einer delegierten Domain [Anmerkung des Verfassers].

Ausnahme von § 30a MSchG keinen kennzeichenrechtlichen Herausgabeanspruch.⁹⁶ Ein Dispute-Eintrag ist der österreichischen Vergabepaxis der NIC.AT allerdings fremd, sodass nachfolgend schon aus realen Bedürfnissen heraus die Möglichkeit einer zwangsweisen Domainübertragung geprüft wird.

4.2.2. Der Übertragungsanspruch als Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB

4.2.2.1 Volle Anspruchskonkurrenz

Im Fall einer Kennzeichenverletzung gem. § 9 UWG ist schon seit langem anerkannt, dass Wettbewerbsrecht und allgemeines bürgerliches Recht selbstständig nebeneinander stehen, ohne sich gegenseitig auszuschließen. Kann daher ein konkreter Sachverhalt sowohl einem Tatbestand des UWG als auch einem des ABGB unterstellt werden, dann treten grundsätzlich beide Rechtsfolgen nebeneinander ein. Dies führt dazu, dass der z.B. durch §§ 1 oder 9 UWG erlangte wettbewerbsrechtliche Schutz gemäß § 1041 ABGB auch zum Anspruch des Verletzten auf Herausgabe des durch den Eingriff erzielten Nutzens führt.⁹⁷ Der OGH hat den Verwendungsanspruch bezüglich des Namens bereits ausdrücklich bejaht.⁹⁸ Nachfolgend sind daher die weiteren Voraussetzungen dieser Norm im Hinblick auf Namensdomainverletzungen zu prüfen.

4.2.2.2 Anwendung auf Domainstreitigkeiten

Gemäß § 1041 ABGB kann der Eigentümer eine Sache in Natur zurückfordern, wenn sie zum Nutzen eines anderen verwendet worden ist. Der **bereicherungsrechtliche Rückgabeanspruch** ist primär, d.h. solange die Herausgabe möglich ist, kann der Verkürzte keinen Wertersatz verlangen.⁹⁹

„**Eigentümer**“ ist dabei jeder, dem ein Rechtsgut zugeordnet ist, wofür absolute Rechte wie z.B. die Persönlichkeitsrechte oder Immaterialgüterrechte ausreichen.¹⁰⁰ „**Sache**“ iSd § 1041 ABGB ist im weiten Sinn des § 285 ABGB zu verstehen und umfasst sowohl einfache Forderungs- als auch Namensrechte. Die Rsp¹⁰¹ betrachtet auch den „Bekanntheitsgrad“ einer Person als Sache iSd Vorschrift. Dass eine Domain, die aus einem Namensbestandteil gebildet ist oder namensmäßig anmutet, unter diesen Sachbegriff fällt, dürfte wohl einhelliger Lehre entsprechen.¹⁰²

Schließlich stellt die „**Verwendung**“ jede dem Recht des Eigentümers widersprechende Nutzung dar, die im Gebrauch des fremden Gutes aber auch in einer Verfügung bestehen

⁹⁶ So bereits *Haller*, Entscheidungsanmerkung zu *format.at*, MMR 2000, 352; vgl. auch *Brandl/Fallenböck*, Zu den namens- und markenrechtlichen Aspekten der Domain-Namen im Internet, wbl 1999, 481.

⁹⁷ OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94 - *Schuldrucksorten*, ecolex 1995, 192 = JBl 1995, 378 = ÖBl 1995, 116 = RdW 1995, 62 = SZ 67/207 = wbl 1995, 167; 29.4.1980, 4 Ob 337/80 - *Verdichterstation*, ÖBl 1981, 8.

⁹⁸ 11.5.1976, 4 Ob 369/75 - *Smile*, EvBl 1977/17 = GRURInt 1977, 337 = JBl 1977, 423 = ÖBl 1976, 124 = SZ 49/63; zur dogmatischen Grundlage siehe *Torggler*, Der Bereicherungsanspruch beim Missbrauch von Unternehmenskennzeichen, JBl 1976, 1, 5, auf den sich der OGH völlig zutreffend stützt.

⁹⁹ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB², § 1041 Rz 24.

¹⁰⁰ *Welser* in *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts II¹¹ (2000), 249 mwN.

¹⁰¹ OGH 16.2.1981, 4 Ob 406/81, SZ 55/12; 23.10.1990, 4 Ob 147/90 – *Jose Carreras*, ecolex 1991, 155 = MR 1991, 68 = ÖBl 1991, 40 = wbl 1991, 137; 6.12.1992, 4 Ob 127/94 – *Fußballer-Abziehbilder*, ecolex 1995, 272 = JUS Z/1791 = MR 1995, 109 m Anm *Walter* = ÖBl 1995, 284 = SZ 67/224 = ZfRV 1995/24; deutlich 24.2.1998, 4 Ob 368/97i – *Hörmann*, ÖBl 1998, 298 = wbl 1998/209.

¹⁰² Zur Rechtsnatur der Domain bereits *Thiele*, Verträge über Internet Domains, ecolex 2000, 210; *derselbe*, Pfändung von Internet Domains, 2001, 38; *derselbe*, Triplik, ecolex 2001, 600; insoweit übereinstimmend *Burgstaller*, Pfändung von Internet Domains – (k)ein Problem!, ecolex 2001, 197; siehe auch *Kilches*, Exekution auf Internet Domains, RdW 2002, 11; *Jakusch*, Exekution auf Internet Domains, RdW 2001, 580; *Oberkofler*, (Ver-)Pfändung von Internet Domains – Neue Entwicklungen im Domain-Recht, MR 2001, 185.

kann, die mit der Zuweisung des Rechtes des Eigentümers im Widerspruch steht.¹⁰³ Insofern ist bereits die Registrierung einer Domain zugunsten eines Nichtberechtigten als Verwendung iSd § 1041 ABGB zu werten.

Der Rückgabeanspruch gem § 1041 ABGB kann daher mE in Domainstreitigkeit dazu dienen, die strittige Domain auf den verletzten Kennzeichenträger zu übertragen.¹⁰⁴ Die Durchsetzung des Übertragungsanspruchs erfolgt dadurch, dass der beklagte Domaininhaber dazu verurteilt wird, gegenüber der Vergabestelle eine entsprechende Abtretungserklärung abzugeben. Da mit der betreffenden Willenserklärung letztlich ein Parteiwechsel in der Registrierungsvereinbarung verbunden ist, hängt ihr Erfolg von der Zustimmung der Vergabestelle ab, welche zu erteilen diese – jedenfalls kennzeichenrechtlich – nicht verpflichtet ist. Die NIC.AT GmbH hat sicher aber freiwillig *in praxe* verpflichtet, derartige Übertragungsurteile über erste Aufforderung zu erfüllen, sofern sie bestimmt genug und widerspruchsfrei sind.¹⁰⁵ Mit dem an die Vergabestelle gerichteten, formwirksamen Antrag auf Übertragung der strittigen Domain auf den Kennzeicheninhaber ist dessen Herausgabeanspruch demnach mE als erfüllt anzusehen.

5. Zusammenfassung: Auswirkungen für die österreichische Praxis

Das Urteil des BGH ist ein weiterer Meilenstein der Rsp zur Problematik der Gleichnamigkeit im Hinblick auf Domains und die Anerkennung des Prioritätsprinzips als Entscheidungsgrundlage, dessen normativer Bezugspunkt die Registrierung der Domain ist. Die Verwendung des eigenen Namens als Domain zu geschäftlichen Zwecken unterliegt dem Prioritätsprinzip iSd Erstgebrauchsvorranges sowie dem Lauterkeitsgebot des § 1 UWG. Niemandem kann allerdings untersagt werden, seinen Namen als Internet-Domain im privaten Verkehr zu verwenden. In diesem Bereich ist eine erhebliche Verwechslungsgefahr hinzunehmen, selbst wenn diese v.a. bei häufigen Namen in beruflichen Belangen (im Personalwesen, bei öffentlichem Wirken, im wissenschaftlichen Literaturbetrieb etc.) zu großen Misshelligkeiten führt. Im privaten Bereich verbleibt nach österreichischem Recht als einziges Korrektiv das Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 2.HS ABGB, wenn die Benutzung des Domain-Namens gegen die guten Sitten verstößt.

Nach der hier vertretenen Auffassung hat der in seinem Namensrecht Verletzte einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB, der zu einer Übertragung der rechtswidrig registrierten Domain an den Berechtigten führt.

¹⁰³ Welser in *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts II¹¹ (2000), 250 mwN.

¹⁰⁴ Offenbar hat der OGH bereits einmal mit Urteil vom 16.10.2001, 4 Ob 226/01s – *onlaw.co.at*, die Übertragung einer Domain an den erfolgreichen Kläger gewährt, ohne sich allerdings mit den dogmatischen Grundlagen diesbezüglich auseinander zu setzen: „Die Beklagte ist schuldig, in eine Löschung des zu ihren Gunsten bei nic.at Internet-Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft mbH, 5020 Salzburg, Jakob-Harringer-Straße 8, registrierten Domain-Namen 'www.onlaw.co.at' zugunsten der klagenden Partei einzuwilligen“ [Hervorhebungen vom Verfasser].

¹⁰⁵ Vgl. Pkt. 3.8. der AGB 2000/Version 1.0 vom 1.6.2000, abrufbar unter <http://www.nic.at/german/agbs.html>.