

- 1. Domainnamen sind frei wählbar und lassen sich deshalb bewusst für die Kennzeichnungsstrategien eines Unternehmens einsetzen. Der namensmäßige Gebrauch der Bezeichnung einer Tourismusregion als Domain-Name durch ein Unternehmen, das nicht repräsentativ für die Region ist, stellt eine unlautere Wettbewerbshandlung dar.**
- 2. Die Verwendung eines Namens als "Second-Level-Domain" stellt einen namensmäßigen Gebrauch dar, dem der Namensträger zugestimmt haben muss.**
- 3. Ein Eingriff in das Namensrecht scheidet nicht deshalb aus, wenn nur bestimmte Teile eines Namens verwendet werden.**

Das Handelsgericht des Kantons Bern, durch den Präsidenten Obergerichter Ehrsam, die Handelsrichter Dietrich und Breitschmid, und des Gerichtsschreibers Kohler hat in seiner Sitzung vom 24. August 1999 in Sachen Verein Berner Oberland Tourismus,, 3800 Interlaken, vertreten durch Fürsprecherin Dr., ..., 3000 Bern, als Kläger gegen die K**** AG,, 3700 Spiez, vertreten durch Fürsprecher, 3601 Thun, als Beklagte befunden und erwogen:

I.

1. Mit Klage vom 10. März 1999 stellte und begründete der Kläger folgendes Rechtsbegehren: Die Beklagte sei unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu verurteilen, den Gebrauch des Internet-Domainnamens "berneroberland.ch" mit sofortiger Wirkung zu unterlassen und für diesen Domainnamen gegenüber der schweizerischen Registrationsstelle für Domainnamen, SWITCH CH/LI DOM-REG, Limmatquai 138, 8001 Zürich, eine Löschungserklärung im Sinne von Ziff. 14 der SWITCH Domain Name Policy abzugeben - unter Kosten und Entschädigungsfolge.

2. In ihrer Klageantwort vom 18. Mai 1999 stellte die Beklagte folgende Begehren:

1. Hauptbegehren: Die Klage sei, ohne Prüfung der Begründetheit, zurückzuweisen;
2. Eventualbegehren: Die Klage sei abzuweisen - unter Kosten und Entschädigungsfolge.

3. In der Hauptverhandlung vom 24. August 1999 bestätigte der Kläger sein Rechtsbegehren (HV-p. 2, 18). Die Beklagte bestritt das Erreichen der Streitwertgrenze nicht mehr und beantragte nunmehr ausschließlich die Abweisung der Klage (HV-p. 3, 18).

4. In Hauptverhandlung wurden H*** I*** (Direktor) als Vertreter des Klägers und H*** K**** als (einzeln zeichnungsberechtigter) Vertreter der Beklagten abgehört. U*** W*** (Gemeindepräsident Spiez) und M*** H**** (zusammen mit H*** K**** Mitbegründer der P**** GmbH) wurden als Zeugen einvernommen.

5. Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist gegeben. Bezüglich Streitwert verwies der Kläger in der Klageschrift besonders auf die Gefahr einer nachhaltigen Imageschädigung der Tourismusregion Berner Oberland. Im ersten Parteivortrag betonte er die wachsende Bedeutung des Internet, gerade was touristische Angebote anbelangt. Da Internetbenutzer via www.berneroberland.ch auf die Homepage der Beklagten gelangen, besteht aus Sicht des Klägers die Gefahr, diese könnten sich vom Berner Oberland abwenden, wenn die Seite ihren Ansprüchen nicht genügt (woraus für den Kläger ein Imageschaden resultiere), oder sie könnten dort ein touristisches Angebot in Anspruch nehmen, in der irrigen Annahme, zwischen den Internetseiten und dem Kläger bestehe ein Zusammenhang. Sehr konkret sind die finanziellen Interessen des Klägers (und seiner Mitglieder) jedoch insbesondere deshalb,

weil potentielle Gäste auf dem World Wide Web nicht bloß Informationen sammeln, sondern (immer häufiger) direkt Angebote der touristischen Anbieter per E-Mail buchen. Erfolgen wegen der behaupteten Verwechslungsgefahr Buchungen überhaupt nicht oder nicht über den Kläger, entstehen diesem und seinen Mitgliedern Schäden.

Bei Klagen auf Unterlassung von unlauteren Wettbewerbshandlungen ist die Ermittlung des Streitwertes kaum je mit mathematischer Genauigkeit möglich (vgl. dazu auch BGE 82 II 79f., 87 II 114f., 104 II 126). Immerhin ist festzustellen, dass, wenn dem Kläger und seinen Mitgliedern infolge von Verwechslungen und Imageschädigungen jährlich auch nur Geschäfte und Einnahmen im Umfang von Fr. 3.000,- entgehen sollten, sich bei unbeschränktem Andauern des von ihm gerügten Zustandes schon im Laufe von 10 Jahren ein Ausfall von Fr. 30.000,- ergibt. De facto könnte dem Kläger zweifellos ein weit höherer Ausfall drohen, misst er doch schon einer einzigen Buchungsanfrage einen durchschnittlichen Wert von Fr. 1.000,- zu, wobei allgemein bekannt ist, dass sich die im Internet getätigten Geschäfte sowohl bezüglich Größe wie auch bezüglich Anzahl in rasantem Wachstum befinden. Zur Streitwertbestimmung unerheblich sind demgegenüber die Kosten des bestehenden Internetauftrittes des Klägers unter www.berneroberland.com (KB 30a-d).

6. Nach Art. 9 Abs. 1 UWG ist klageberechtigt, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Sind die Voraussetzungen der Aktivlegitimation nicht erfüllt, ist die Klage wegen fehlender Sachlegitimation abzuweisen (Rauben, SIWR V/1, S. 249), denn Letztere ist nicht Bedingung der prozessualen Zulässigkeit, sondern der materiellen Begründetheit der Klage (Leuch/Marbach/Kellerhals, 4. Auflage, 1995, N 9 zu Art. 192, S. 389). Die entsprechenden Erwägungen folgen deshalb weiter unten.

II.

Die Beklagte hat als Erste den Domainnamen www.berneroberland.ch für sich registrieren lassen und stellt ihn offenbar der mit ihr verbundenen P***** GmbH zur Verfügung. Der Kläger, der zu spät eine entsprechende Anmeldung durch die P*****(!) einleiten ließ, versuchte vorerst, den gewünschten Domainnamen (oder jedenfalls ein umfassendes Benützungsrecht) im gegenseitigen Einvernehmen (über vertragliche Absprachen) zu erhalten. Nach dem Scheitern der Verhandlungen geht er nun den Klageweg.

III.

1. Der Kläger verweist auf verschiedene Domainnamen-Eintragungen (www.spiez.ch, www.niesen.ch, [www.schlosskonzert\(e\).ch](http://www.schlosskonzert(e).ch), www.selve.ch, www.wanderwege.ch [KB 43, 44]) und vermutet, H*** K****, die Beklagte und die P***** GmbH reservierten sich Domainnamen auf Vorrat, um sie dann besser Berechtigten gegen eine Abgeltungssumme oder sonstige Vorteile abzutreten (Art. 1 der Klage, KB 45a/b [betr. [www.schlosskonzert\(e\).ch](http://www.schlosskonzert(e).ch)]). Ebenso verhalte es sich bezüglich des Domainnamens www.berneroberland.ch: die Beklagte sei nicht darauf angewiesen, diesen benützen zu können (sonst hätte sie ihn auch nicht "zur Miete angeboten" [Art. 7 der Klage; KB 19]), und sie habe - nur weil sie ein im Berner Oberland ansässiges Unternehmen sei - auch kein besonderes Anrecht dazu.

a) Auf diesen Sachverhalt sei grundsätzlich das UWG anwendbar, ohne dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Kläger und Beklagter gegeben sei.

b) Das Verhalten der Beklagten verletze Art. 3 lit. d UWG, denn Internetbenützer könnten nach der Adresseingabe der Meinung sein, sie befinden sich bei www.berneroberland.ch auf den Seiten des Klägers oder eines anderen offiziellen Trägers. Andere wiederum könnten vermuten, es bestehe eine Beziehung zwischen der Beklagten und dem Kläger. Diese könnten

sich darüber hinaus über den fehlenden direkten Zugang zum Kläger ärgern, womit eine Imageschädigung verbunden sei.

c) Das Verhalten der Beklagten verletzte auch Art. 3 lit. b UWG, denn geografische Bezeichnungen dürften nur von Unternehmen geführt werden, die entsprechend repräsentativ für die Gegend seien.

d) Das Verhalten der Beklagten verstoße im übrigen gegen sein Namensrecht, denn auch Namensteile seien schutzwürdig. Jedenfalls könne er verlangen, dass die Verwendung von Teilen seines Namens nicht zu Verwechslungen führe.

e) Die Beklagte habe die unter www.berneroberland.ch abgelegte Web-Seite unter dem Druck der Klage verändert (KB 18, 46, 47, AB 1, 2). Es bestehe mithin Wiederholungsgefahr.

2. Die Beklagte ist der Meinung, das UWG sei vorliegend nicht anwendbar, weil zwischen den Parteien kein Wettbewerbsverhältnis herrsche (Klageantwort S. 2f., HV-p. 3). Die Beklagte habe die Domainnamen www.spiez.ch und www.niesen.ch für eigene Zwecke reserviert. Die Niesenbahn habe an www.niesen.ch kein Interesse gehabt, und www.spiez.ch sei ohne Gegenleistung auf die Gemeinde Spiez übertragen worden. Bezüglich des Domainnamens www.berneroberland.ch handle es sich gerade nicht um Piraterie, weil die Beklagte nicht bereit sei, die Adresse abzugeben (HV-p. 4). Neben touristischen Anbietern hätten auch andere Unternehmen und Personen ein legitimes Interesse, über die Adresse www.berneroberland.ch erreichbar zu sein. Mittels der nun realisierten zentralen Eintrittsseite könnten alle Interessen gerecht befriedigt werden, und der (via Link erreichbare) Kläger könne auch kein Rechtsschutzinteresse mehr geltend machen. Diesbezüglich könne auch auf die gemeinsame Eintrittsseite www.winterthur.ch (Stadt Winterthur und Winterthurversicherungsgruppe) hingewiesen werden.

Dem Kläger stünden zahlreiche andere Möglichkeiten offen, die Bezeichnung "Berner Oberland" in eine Internetadresse zu kleiden, z.B. auch durch die Wahl der top-leveldomains "com" und "org". Auf Namensrecht könne sich der Kläger nicht stützen, denn er heiße nicht "Berner Oberland", sondern "Berner Oberland Tourismus".

IV.

1. Das Internet ist ein multimediales Kommunikationssystem, das viele verschiedene Computernetzwerke weltumspannend miteinander verbindet. War es noch vor wenigen Jahren nur einigen Computerinteressierten ein Begriff, so ist es nun schon seit längerem ein Thema der Massenmedien und bereits heute im Alltag unzähliger Menschen fest verankert. Das Internet hat sich u.a. zu einem gigantischen globalen Marktplatz entwickelt. Es ist Werbemedium und (immer häufiger) zugleich Plattform für Vertragsabschlüsse.

2. Die in der Schweiz an das Internet angeschlossenen Rechner sind üblicherweise der toplevel-domain "ch" zugeordnet. Die dazugehörenden second-level-domainnames werden durch die Stiftung SWITCH registriert. Ein second-level-domainname kann unter derselben top-level-domain nur einmal vergeben werden. Es gilt das Prinzip "first come, first served": wer den second-level-domainname als erster registriert, hat ihn (in der Regel) für sich (KB 15, S. 64). Neben "ch" sind weitere top-level-domains "de" (Deutschland), "fr" (Frankreich) etc., sowie "com" (Unternehmen) und u.a. (die mehrheitlich in Nordamerika gebräuchlichen) "edu" (Bildung), "org" (nicht kommerzielle Organisationen), "gov" (Bundesbehörden).

3. Der Domainname (second-level-domainname) ist kein Name im technischen Sinn, denn er ist nicht einem bestimmten Namensträger zuzuordnen. Es handelt sich vielmehr um die Adresse des angerufenen Computers, auf dem der Adressat seine Homepage abgelegt hat. Diese Adresse besteht in einer bestimmten Nummernfolge, welche naturgemäß selten an die Einprägsamkeit eines aus Buchstaben zusammengesetzten Namens heranreichen kann. Die Nummernkombinationen wurden daher in Buchstaben "übersetzt" (KB 39, S. 2), wodurch sie eine höhere Aussagekraft erlangen als z. B. Telefonnummern. Domainnamen sind frei wählbar und lassen sich deshalb bewusst für die Kennzeichnungsstrategien eines

Unternehmens einsetzen (Weber in SJZ 1996, S. 407; David in AJP 1999, S. 1170). Bei der Wahl eines Domainnamens entscheiden sich auch deshalb viele Netzteilnehmer für eine (eventuell abgekürzte) Form ihres Namens, ihrer Firma oder eines anderen Kennzeichens. Weil Anbieter mit einem einfachen (einprägsamen) Domainnamen von den Nachfragern bevorzugt werden, stellt ihre Wahl einen nicht zu unterschätzenden wirtschaftlichen Faktor dar (vgl. zur "Kanalisierungsfunktion der Domainnamen" auch Kur Annette, Internet Domainnames, Computer und Recht 1996, S. 328f.). Oder, anders gesagt, die Domainnamen stellen wirtschaftlich betrachtet eine werthaltige Information dar, welche sich von einem Unternehmen im Wettbewerb einsetzen lässt (Weber, SZW 1999, S. 202). Sie können Träger des mit einem Unternehmen oder dessen Produkten und Leistungen verbundenen Goodwills sein (KB 15, 75).

4. Die Beklagte K**** AG beschäftigt sich gemäss Handelsregisterauszug mit der Vermittlung von Informations- und Kommunikationstechniken, insbesondere Organisation und Realisierung von Informatik-Projekten, Planung, Evaluation und Beschaffung von Hard- und Software, Handel mit Hard- und Software u.a.m. (KB 1). H*** K**** zeichnet einzeln sowohl für die Beklagte wie auch für die P**** GmbH, als deren Zweck "Entwicklung und Vertrieb von sowie Handel mit Hard- und Software, weiteren Investitionsgüterprodukten und Erbringung von damit zusammenhängenden Dienstleistungen" im Handelsregister angegeben ist (KB 4).

5. Das Beweisverfahren hat ergeben, dass die Beklagte (wenn auch unsystematisch) aus dem Berner Oberland stammende Namen als Domainnamen hat reservieren lassen (HV-p. 8, 9 [Aussage H***]). Sie wollte dabei einerseits Auswärtigen zuvorkommen, andererseits gedachte sie so Aufträge zu generieren, indem sie die Domainnamen den entsprechenden Namensinhabern übertragen hätte, nachdem diese sie beauftragt hätten, ihnen ihren Internetauftritt zu gestalten. So verhielt es sich auch mit der Gemeinde Spiez, die gegen einen entsprechenden Auftrag den Domainnamen www.spiez.ch übertragen erhielt. Wenig glaubwürdig - und M*** H*** widersprechend (HV-p. 9) - behauptete H*** K****, es sei nicht geplant gewesen, Domainnamen zu verkaufen (HV-p. 14). Freilich ging es nicht in erster Linie um den Verkauf der "nackten" Adressen, sondern um das Aquirieren von Aufträgen. Personen, deren Namen (oder Namensteile) als Domainname registriert worden war, sollten veranlasst werden, ihren Internetauftritt durch die Beklagte oder die P**** GmbH ausführen zu lassen.

6. H*** K**** hat den Domainnamen www.berneroberland.ch am 13. März 1996 für die Beklagte registrieren lassen (KB 12, Abschnitt A). Die Reservation erfolgte nicht zufällig und erfolgte auch nicht deshalb, weil die Beklagte ihren Sitz im Berner Oberland hat. Vielmehr ging es wohl wie oben beschrieben darum, bei der Vergabe eines Internetauftrages in bevorzugter Position starten zu können.

7. Der Kläger ist der Dachverband aller lokalen und subregionalen Tourismusorganisationen des Berner Oberlandes (Amtsbezirke Oberhasli, Interlaken, Thun, Frutigen, Niderrimmthal, Obersimmthal und Saanen) unter Einbezug anderer am Tourismus interessierter Kreise. Er bezweckt die Förderung des Tourismus in der Region. Dabei setzt er sich für ein qualitativ hochstehendes, leistungsfähiges und ertragskräftiges Angebot ein. Er berücksichtigt die Interessen der einheimischen Bevölkerung und der Gäste sowie den Schutz der Landschaft und des Ortsbildes (KB 22, 23). Schon die Zusammensetzung seiner Mitglieder und des Vorstandes dokumentiert die sehr breite Abstützung im Berner Oberland (vgl. Art. 3, 15 der Statuten [KB 22]). Der Kläger verwendet die Bezeichnung Berner Oberland schon seit langer Zeit als Kennzeichen auf Drucksachen etc. (KB 33ac). Neustens soll die Bezeichnung auch als Marke eingetragen worden sein (HV-p. 12).

8. Offenbar beauftragte der Kläger die P**** GmbH im Zusammenhang mit seinem unter www.berneroberland.ch gewünschten Internetauftritt (KB 12 Abschnitt C, KB 14). In

der Folge stellte sich heraus, dass die Adresse bereits (durch die Beklagte) reserviert worden war. Verhandlungen zwischen dem Kläger und der P**** GmbH resp. der Beklagten wurden zwar geführt, in welchem Umfang ist jedoch unklar (HV-p. 12, 14, 17, AB 5). Jedenfalls scheiterten sie schließlich. Zur Zeit ist die Homepage des Klägers unter www.berneroberland.com erreichbar.

9. Zur Zeit findet sich unter der Adresse www.berneroberland.ch eine Einstiegsseite mit mehreren Links, darunter eine solche zum Kläger (KB 46). Nach Klageeinreichung erfuhr die Seite eine Änderung, der Inhalt gemäss KB 18 findet sich jetzt unter www.beomarketing.ch (KB 18, 46, 47, AB 1, 2).

10. Nachgewiesenermaßen kam es in der Vergangenheit zu Verwechslungen, indem Internetbenutzer die Seite www.berneroberland.ch einer Tourismusorganisation zuordneten (KB 21). Erstaunlicherweise erlag sogar eine Internetzeitschrift diesem Irrtum (KB 34ff.) Daraus folgt, dass ein nicht unerheblicher Teil der Internetbenutzer geneigt ist anzunehmen, www.berneroberland.ch sei die Adresse des Klägers oder eines offiziellen Trägers, oder es bestehe mindestens ein Zusammenhang zum einen oder anderen. Touristisch interessierte Internetbenutzer werden häufig www.berneroberland.ch anwählen, weil unzählige Destinationen im In- und Ausland ihre Homepage dieser Logik entsprechend abgelegt haben.

11. Verwechslungen sind auch bei der Verwendung gleicher Kennzeichen nicht zwingend, wenn sich die Geschäftsbereiche der beteiligten Unternehmen nicht überschneiden (KB 15, S. 102; vgl. auch KB 15, S. 88). Im übrigen lassen sich Verwechslungen auch vermeiden, indem eine Homepage explizit auf ihre Urheberschaft hinweist, resp. sich entsprechend abgrenzt.

12. Die Beklagte bestimmt heute alleine über den Inhalt der unter der Adresse www.berneroberland.ch abgelegten Homepage. Sie kann den Domainnamen auch Dritten zur Verfügung stellen, was sie getan hat (PopNet GmbH). Unzählige in irgend einer Weise am Berner Oberland interessierte Internetbenutzer werden in Zukunft (aufgrund der Konstruktion der Adresse) die unter www.berneroberland.ch abgelegte Homepage besuchen. Dieses wirtschaftliche Potential hat die Beklagte erkannt, weshalb sie den Domainnamen auch nicht (mehr) abzutreten gedenkt (HV-p. 4). Für den Kläger besteht damit freilich die Gefahr, dass die unter der Adresse abrufbaren Inhalte von einem Tag auf den anderen in der Art abgeändert werden, dass sogar eine Mehrheit der Seitenbesucher vermutet, sich auf der Homepage des Klägers zu befinden. Allenfalls angebotene Buchungsmöglichkeiten oder Hyperlinks würden dann ebenfalls dem Kläger zugeordnet, und es würde ihnen der Goodwill entgegengebracht, den der Kläger und seine Mitglieder in jahrelanger Arbeit aufgebaut haben. Selbst für den Fall, dass die Beklagte eine aktive Nutzung der reservierten Adresse unterlässt, besteht für den Kläger wenig Sicherheit, dass getäuschte Internetbenutzer schließlich an ihn gelangen. In diesem Zusammenhang signalisierte die Beklagte kaum Einfallsreichtum, wenn sie offenbar nicht auf die Idee kam, entsprechende Anfragen an den Kläger weiterzuleiten (KB 21).

V.

1. Der Kläger stützt sein Unterlassungsbegehren auf Art. 9 Abs. 1 UWG und Art. 29ff. ZGB. Das Gericht ist grundsätzlich nicht an die rechtliche Begründung der Parteianträge gebunden. Die Anwendung der Rechtssätze auf den ermittelten Sachverhalt ist ausschließlich seine Sache und erfolgt von Amtes wegen (*iura novit curia*; Leuch/Marbach/Kellerhals, 4. Auflage, 1995, N 3b zu Art. 202, S. 427).

2. Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1). Durch die Erwähnung "aller Beteiligten" wird die Rolle der Konsumenten als Adressaten und Mitgestalter des Wettbewerbs verdeutlicht. Zudem wird die Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit deutlich gemacht

("Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts" BBI 1983 II 1043, 1058). Vor diesem Hintergrund ist das Gesetz auszulegen und zu konkretisieren.

3. Die hier interessierenden Artikel des UWG lauten:

Art. 2 Grundsatz

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.

Art. 3 [...] und anderes widerrechtliches Verhalten

Unlauter handelt insbesondere, wer: [...]

d. Maßnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen; [...]

Die Sondertatbestände (Art. 3 UWG) sind beispielhafte Anwendungsfälle der Generalklausel (Art. 2 UWG). Erfüllt ein Wettbewerbsverhalten einen Spezialtatbestand, ist es auch im Sinne der Generalklausel unlauter. Diese bildet daneben die gesetzliche Grundlage für die Beurteilung von Fällen, die nicht in Einzeltatbeständen erfasst sind (Müller, SIWIR V/1, 2. Auflage 1998, S. 59; BBI 1983 II 1059; Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 1992, S.36f.; Taufer, Einbezug von Dritten im UWG, Zürich 1997, S. 17).

4. In Art. 3 lit. d UWG geht es um Maßnahmen, die beim Durchschnittsabnehmer den (falschen) Eindruck erwecken, eine bestimmte Leistung stamme von einem anderen (als dem effektiven) Produzenten (unmittelbare Verwechslung), oder es bestehe ein enges geschäftliches Verhältnis zwischen den Mitbewerbern (mittelbare Verwechslung [116 II 470, E. 4c]). Die Nachahmungsabsicht spielt dabei keine Rolle, kann aber als Indiz ausgewertet werden (Pedrazzini/von Bilren/Marbach, a.a.O., N 881, S. 212f.; BBI 1983 II 1063). Die Verwechslungsgefahr kann auf der Benutzung eines verwechselbaren Kennzeichens (Name, Marke, Firma, Firmenkürzel, Geschäftsbezeichnung etc.) beruhen. Dies ist dann der Fall, wenn das Original Kennzeichnungskraft hat (allenfalls erhebliche Bekanntheit oder Geltung in Verkehrskreisen besitzt [SMI 1991, S. 236 unten, mit Hinweis auf BGE 113 II 84]), und der Nachahmer durch die Übernahme eine Verwechslungsgefahr mit dem Erzeugnis des andern schafft (sogenannte "vermeidbare Herkunftstäuschung"). Domainnamen sind zwar keine Kennzeichen im herkömmlichen Sinn; sie sind diesen aber ähnlich, jedenfalls was ihre Wirkung auf das Publikum anbelangt (Kur Annette, Internet Domainnames, Computer und Recht 1996, S. 325ff., 329; Kur Annette, Namens- und Kennzeichenschutz im Cyberspace, Computer und Recht 1996, S. 590). Ob eine Verwechslungsgefahr vorliegt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien festzustellen (vgl. auch Thomann, Kennzeichnungs- und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Internet-Domainnamen, in "Le droit au défi d'Internet", Genf 1997, S. 49). Nach Weber (SJZ 1996, S. 408; vgl. auch SJZ 1999, S. 203) liegt meist ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vor, wenn ein Unbeteiligter einen Domainnamen registrieren lässt, der auf ein Unternehmen bzw. eine bekannte Marke hinweist, ohne dass sachliche Gründe für diese Namenwahl sprechen.

5. Die Generalklausel ist - wie oben gesagt - im Lichte des Zweckartikels zu lesen (BBI 1983 II 1042, 1058); sie ist direkt anwendbar (Müller, a.a.O., S. 54). Als unlauter gilt u.a. die Rufausbeutung, die Rufbeeinträchtigung sowie die Verwässerung von Kennzeichen (Müller, a.a.O., S. 45, 54, 74; Streuli-Youssef, a.a.O., S. 138; Schneider, in GRUR International 1998, S. 465; Pedrazzini, a.a.O., S. 69). Im übrigen verstößt es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn die Konsumenten irreführt werden über die betriebliche Herkunft einer Ware, jedenfalls dort, wo sich der Konsument für den Hersteller interessiert. Im Falle einer Homepage mit touristischen Angaben ist es für den Konsumenten zweifellos von Bedeutung, um wessen Seite es sich handelt. Er wird dabei geneigt sein, eine Seite die er der lokalen Tourismusorganisation zuordnet, für vollständig zu halten, während er bei privaten Seiten davon ausgeht, dass sie beispielsweise bezüglich Hotels nur auf eine (aufgrund willkürlicher Kriterien erfolgte) Auswahl verweisen. Im übrigen lässt sich die

Generalklausel von Art. 2 UWG in dem Sinn aktivieren, dass lauterkeitsrechtlich die Erzielung eines ungerechtfertigten, d.h. sich nicht aus den Parametern des Leistungswettbewerbs ergebenden Marktvorsprungs gegenüber den Konkurrenten als verpönt zu erachten wäre (Weber, in SZW 1999, S. 203).

6. Nach Art. 9 Abs. 1 UWG ist klageberechtigt, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird. Letztere umfassen auch das Interesse eines Wettbewerbsteilnehmers auf Unterscheidung von anderen, so dass z. B. auch die Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit der unerwünschten Wirkung der unzutreffenden Annahme einer wirtschaftlichen Verflechtung darunter fällt (Pedrazzini, a.a.O., S. 226f). Ob die Handelnden auf dem gleichen wirtschaftlichen Gebiet tätig sind oder nicht, ist grundsätzlich irrelevant. Das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses i.e. ist nicht Voraussetzung der Anwendbarkeit des UWG (Rauber, SIWR V/1, S. 250, 252ff., Taufer, a.a.O., S. 173; BBl 1983 II 1075). Schon eine bloß drohende Verletzung führt zu einer Klageberechtigung (vgl. dazu unten). Ein Verschulden ist nicht erforderlich (Müller, a.a.O., S. 53). Sind die Voraussetzungen der Aktivlegitimation nicht erfüllt, ist die Klage wegen fehlender Sachlegitimation abzuweisen (Rauber, a.a.O., S. 249).

7. Mit einer Unterlassungsklage begehrt der Berechtigte, dass dem Beklagten gerichtlich verwehrt werde, bestimmte unlautere Handlungen (Verhalten oder Geschäftsgebaren im Sinne von Art. 2 UWG) zu begehen. Voraussetzung der Gutheißung ist eine drohende Wiederholungsgefahr oder mindestens eine ernsthafte Befürchtung, dass die beklagte Partei einen rechtswidrigen Eingriff in die Sphäre der klägerischen Partei plant (Pedrazzini, a.a.O., S. 199, m.w.H.; Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., N 747, S. 178). Für die Abgrenzung einer Bedrohung vom irrelevanten Verdacht sind die Umstände des Einzelfalles entscheidend (Rauber, a.a.O., S. 257).

VI.

1. Das Gericht hat festgestellt, dass die von der Beklagten reservierte Adresse www.berneroberland.ch in der Vergangenheit nicht unwesentliche Verwechslungen verursacht hat. Aufgrund des Adressaufbaus werden auch in Zukunft zahlreiche Internetbenutzer auf die dort abgelegte Homepage gelangen. Diese kann jederzeit vom Adresseninhaber in beliebiger Weise umgestaltet werden. Es besteht dadurch erst recht die Gefahr, dass ein beachtlicher Teil der Besucher die Seite dem Kläger zuordnet oder mit ihm in Verbindung bringt. Deren Irrtum gewinnt zudem an Bedeutung, wenn es darum geht, touristische Angebote online über das Internet zu buchen.

2. Die Beklagte konnte den Beweis nicht erbringen, dass gerade sie resp. ihr Angebot unter der Adresse www.berneroberland.ch erreichbar sein muss. Inwiefern die Adresse der P**** als Provider des Berner Oberlandes Kunden bringen soll, blieb ebenfalls unklar. Im hier gefragten Zusammenhang unwesentlich (und überhaupt wenig gewichtig) erscheint die Tatsache, dass Kunden der P**** (oder der Beklagten), deren E-Mail Adresse nach dem Prinzip "Name@berneroberland.ch" gebildet wurde, bei einer Freigabe des Domainnamens www.berneroberland.ch durch die Beklagte eine Änderung ihrer elektronischen Adresse hinnehmen müssen.

3. Das Adressen-Vergabekriterium der Stiftung SWITCH "first come, first served" entspricht dem freien Wettbewerb und damit grundsätzlich marktwirtschaftlichen Kriterien. Wer Bedürfnisse und Tendenzen früher erkennt, soll auch die entsprechenden Früchte ernten dürfen. Wer hingegen die Zeichen der Zeit nicht zu deuten wusste, soll die entsprechenden Nachteile, weil selbst verschuldet, tragen müssen. Dies mag zutreffen für Domainnamen wie beispielsweise www.fahrplan.ch, www.auto.ch oder www.shop.ch, deren Stärke im Begriff selbst begründet ist. Betreffend die Adresse www.berneroberland.ch liegen die Dinge anders. Die Stärke der Adresse liegt in der Vermutung unzähliger Internetbenutzer, hinter ihr stehe

der Kläger oder eine offizielle Trägerschaft. Damit versucht die Beklagte, die ihr wohl bewusste Verwechslungsgefahr zu ihren Gunsten einzusetzen, womit sie jedoch gegen das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verstößt. Es besteht die begründete Gefahr, zumal die wirtschaftliche Bedeutung des Internet unaufhörlich wächst, dass sie in Zukunft noch vermehrt versuchen wird, ihre Vorzugsstellung auszunützen, beispielsweise durch das Placieren touristischer Werbung oder entsprechender Hyperlinks.

Verfügt die Beklagte weiterhin über die Adresse www.berneroberland.ch, wird es mit größter Wahrscheinlichkeit zu Verwechslungen im oben beschriebenen Sinn kommen. Gleichzeitig profitierte die Beklagte von einem Imagetransfer (der vermeintlichen Homepage einer offiziellen Tourismusorganisation oder eines offiziellen Trägers wird mehr Vertrauen entgegengebracht [vgl. dazu auch KB 15, S. 76, 2. Absatz]), während das Ansehen des Klägers zu leiden droht. Daneben drohen dem Kläger finanzielle Einbussen, indem ihm (online-) Buchungen entgehen. Somit sind die wirtschaftlichen Interessen und das Ansehen des Klägers bedroht, womit seine Aktivlegitimation gegeben ist (vgl. oben V. Ziff. 6). Die Bedrohungslage widerspricht dem vom UWG bezweckten lauterer und unverfälschten Wettbewerb. Die Klage ist deshalb gutzuheißen. Beizufügen ist, dass eine Interessenabwägung nur dann vorzunehmen gewesen wäre, wenn die Wahl der Adresse www.berneroberland.ch seitens der Beklagten aus nachvollziehbar legitimen Gründen erfolgt wäre.

4. Nachdem der Beklagten bereits aufgrund von Art. 3 lit. d UWG die weitere Verwendung der Adresse www.berneroberland.ch zu untersagen ist, braucht an sich nicht weiter geprüft zu werden, ob ein solches Verbot auch gestützt auf andere gesetzliche Bestimmungen ausgesprochen werden könnte. Immerhin ist festzuhalten, dass das Gericht seinen Entscheid auch im Namensrecht abgestützt sieht. Nicht nur namensmäßige Zeichenverwendungen stellen Namensanmaßungen dar. Ebenso kann beispielsweise die Verwendung einer Marke, einer Geschäftsbezeichnung oder eben einer Internet-Adresse den Tatbestand gemäß Art. 29 Abs. 2 ZGB erfüllen (ZGB-Bühler, N 17 zu Art. 29; vgl. auch Thomann, Kennzeichnungs- und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Internet-Domainnamen, a.a.O., S. 48, sowie die Erwägungen i.S. "www.heidelberg.de", Computer und Recht 1996, S. 353ff). Dabei besteht eine Verwechslungsgefahr nicht nur dann, wenn ein völlig übereinstimmender Name verwendet wird, sondern ebenso, wenn nur kennzeichnende Hauptbestandteile übernommen werden (ZGB-Bühler, N 20 zu Art. 29). Das Argument der Beklagten, der Kläger heiße "Berner Oberland Tourismus" und nicht "Berner Oberland", und könne sich folglich nicht auf Namensschutz berufen, schlägt daher fehl.

VII.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beklagte kostenpflichtig (Art. 58 Abs. 1 ZPO); sie hat daher die Gerichtskosten zu tragen und dem Kläger die Parteikosten zu ersetzen. Die Bestimmung der Kosten erfolgte durch das Gericht nach der öffentlichen Verhandlung. Das Gericht ging von einem Streitwert von Fr. 60.000,- aus. Gestützt darauf setzte es das Anwaltshonorar gemäss Normalgebühr auf das Maximum fest. Die Voraussetzungen eines Zuschlages gemäss Art. 11 lit. a des Gebührendekretes sind hingegen nicht gegeben, weshalb ein solcher nicht zugesprochen werden kann. Das Mandat brachte weder in tatbestandlicher noch in rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten mit sich, die einen Zuschlag rechtfertigten. Ein solcher ist nur ausnahmsweise angezeigt (Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Anhang 2, N 1 zu Art. 11). Ein solcher Ausnahmefall kann hier nicht erblickt werden. Bezüglich Auslagen stützte sich das Gericht auf die eingereichte Honorarnote.

Aus diesen Gründen wird

erkannt:

1. Die Beklagte wird unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB verurteilt, den Gebrauch des Internet-Domainnamens "berneroberland.ch" mit sofortiger Wirkung zu unterlassen und für diesen Domainnamen innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils gegenüber der schweizerischen Registrationsstelle für Domainnamen, SWITCH CH/LI DOM-REG, ..., 8001 Zürich, eine Löschungserklärung im Sinne von Ziff. 14 der SWITCH Domain Name Policy abzugeben.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. ... pro Partei, inklusive Beweiskosten von Fr. ..., insgesamt somit Fr. ... werden der Beklagten zur Bezahlung auferlegt.
3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die Parteikosten zu ersetzen, welche bestimmt werden auf ...
4. Nach Eintritt der Rechtskraft der schweizerischen Registrationsstelle für Domainnamen, SWITCH CH/LI DOM-REG, ..., 8001 Zürich mitzuteilen.
5. Den Parteien schriftlich zu eröffnen. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Empfang beim Handelsgericht des Kantons Bern, Postfach 7475, 3001 Bern, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Anmerkung

Der vom Beklagten fristgerecht eingelegten Berufung hat das Schweizerische Bundesgericht (BGE) mit Urteil vom 2.5.2000, 4C.450/1999/rnd, nicht Folge gegeben.

RA Dr. Clemens *Thiele*, LL.M.