Rechtsprechung

Michael A. Meer*

«luzern.ch» und «montana.ch» – Zum Konflikt von Domain Names mit anderen Kennzeichen

BGE 128 III 401 ff.1 und BGE 128 III 353 ff.2

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalte
 - 1. «luzern.ch»
 - 2. «montana.ch»
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
- IV. Anmerkungen
 - Kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr und Interessenabwägung
 - 1.1 Verwechslungsgefahr
 - 1.1.1 Wesen und Funktion der Verwechslungsgefahr
 - 1.1.2 Verwechslungsgefahr bei Domain Names
 - 1.2 Interessenabwägung
 - 1.2.1 Kein Recht aus der Domain-Name-Registrierung
 - 1.2.2 Spezialgesetzliche Schutzmöglichkeiten für Domain Names
 - 1.3 Fazit
 - 2. Regelung der zukünftigen Vergabe von Domain Names
 - 2.1 Kompetenz der Verwaltung von Domain Names
 - 2.2 Die Regelung der Art.14 ff. AEFV und des Vorentwurfs der «Technischen und administrativen Vorschriften» des BAKOM (VE-TAV)

I. Einleitung

Das Bundesgericht hat am 23. Juli 2002 zwei ähnlich gelagerte Fälle betreffend Domain Names entschieden und zum ersten Mal die Frage erörtert, wer an Domain Names berechtigt ist, die aus Gemeindenamen bestehen.

* Lic. iur. Fürsprecher, Assistent bei *Prof. Dr. Roland von Büren* am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Der Autor dankt *Prof. Dr. Thomas Koller*, Universität Bern, für seine wertvolen Hinweise und Anregungen sowie Herrn *Max Roth*, Verlag Helbing und Lichtenhahn, Basel, für das Überlassen des Übersetzungsmanuskripts des «Montana.ch»-Entscheids (vgl. Fn. 2).

¹ BGE 4C.9/2002 vom 23. Juli 2002, nachfolgend zit. «luzern.ch». Der vorinstanzliche Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern findet sich wiedergegeben in sic! 2002, 176 ff.

Beide Entscheide stützen sich zur Hauptsache auf Namensrecht (Art. 29 ZGB), sind aber ihrer Ausführungen zur Verwechslungsgefahr wegen für das gesamte Kennzeichenrecht von Bedeutung. Während im Fall «luzern.ch» bloss eine Namensanmassung geprüft werden musste, hatte sich das Bundesgericht im Fall «montana.ch» mit einer Kollision eines Gemeindenamens und einer Firma auseinanderzusetzen.

Des Weitern geben die beiden Entscheide Anlass, die seit 1. April 2002 geltenden Regeln betreffend die Zuteilung und Verwaltung von Domain Names und die vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Vorentwurf vorgelegten Ausführungsbestimmungen, die u.a. auch die Problematik der Vergabe von Gemeindenamen als Domain Names betreffen, kurz darzulegen.

II. Sachverhalte

1. «luzern.ch»

«Die X. GmbH (Beklagte) mit Sitz in Luzern liess im Jahre 1996 den Domain-Namen (www.luzern.ch) durch die Stiftung SWITCH in Zürich registrieren und führt unter dieser Adresse einen Web-Site.

Als die Stadt Luzern (Klägerin) im Jahre 1999 ihren Internetauftritt vorbereitete, stellte sie fest, dass der erwähnte Domain-Name bereits von der Beklagten besetzt war. Sie wandte sich am 10. Februar 1999 an die Beklagte und verlangte, dass diese ihr die Internet-Adresse «luzern.ch» unentgeltlich abtrete (Art. 64 Abs. 2 OG). Die Beklagte lehnte dieses Begehren ab.»³

Auf der Website^{3a} der Beklagten befanden sich «politische, wirtschaftliche und kulturelle Informationen über die Region Luzern», der Hinweis, dass es sich dabei nicht um die offizielle Website der Stadt Luzern handle, und ein Link auf die Website der Stadt Luzern⁴.

2. «montana.ch»

«La société Institut Montana Betriebs AG (ci-après: l'école), sise à Zoug, a pour but l'exploitation d'une école internationale au Zugerberg. Bien qu'elle n'ait été constituée en société anonyme qu'en 1996, l'école a été fondée en 1926 et porte depuis lors l'adjonction (Montana) qui, au dire de son directeur, est tirée du nom en latin d'école sur la montagne.

Le 24 mars 1996, l'école a enregistré auprès de la fondation SWITCH, à Zurich, le nom de domaine internet (montana.ch). Elle a par la suite développé à cette adresse électronique une (home page) sur laquelle elle fournit ses coordonnées et présente une vue aérienne de l'établis-

² BGE 4C.25/2002 vom 23. Juli 2002, nachfolgend zit. «montana.ch». Das Urteil wird in deutscher Übersetzung in Pra 2003 Nr. 3 publiziert. Der vorinstanzliche Massnahmeentscheid des Kantonsgerichts Wallis findet sich wiedergegeben in sic! 2001, 744 ff.

^{3 «}luzern.ch», E. A.

 $^{^{\}rm 3a}$ Anders als das Bundesgericht verwende ich den Begriff Website gemäss Duden in weiblicher Form.

^{4 «}luzern.ch», E. 7.1.

sement qu'elle exploite. Disposant de l'adresse e-mail (info@montana.ch), l'école est également titulaire des noms de domaine «zugerberg.li», «institut-montana.ch» et

Au début de l'année 2000, la Commune municipale de Montana (ci-après: la commune) a chargé un informaticien de créer un site internet destiné à permettre à ses administrés et aux touristes d'obtenir des informations sur cette collectivité publique (activités, autorités, règlements communaux, horaires des bureaux de votation, etc.) et d'effectuer des réservations (online) à l'aide d'un lien vers le site officiel de Crans-Montana (crans-montana.ch).

S'étant apercue que l'adresse (montana.ch) était déià attribuée, la commune a vainement pris langue avec l'école afin d'en obtenir le transfert.»5

III. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Das Bundesgericht führte zunächst aus, was unter dem Internet und einem Domain Name zu verstehen ist und welche rechtlichen Regeln darauf anwendbar sind.

«Das Internet ist ein Netzwerk von Informatiknetzwerken, das Millionen von Computern miteinander verknüpft, die mit einer besonderen Software, die sie mit einem Server verbindet, untereinander in Kommunikation treten können. Damit jeder an das Internet angeschlossene Rechner identifiziert werden und externe Daten empfangen kann, wird ihm eine spezifische Adresse, die sogenannte (Internet Protocol Address) (IP-Adress [sic]), zugeordnet, die aus einer in mehrere Untergruppen aufgeteilten Zahlenkombination besteht. Da diese Adressen von den meisten Benutzern vergessen werden, sobald sie die benutzerunfreundliche Zahlenkombination aus den Augen lassen, wurde ein hierarchisches System entwickelt, das die Übersetzung der Adressen in durch Punkte unterteilte Buchstabenfolgen erlaubt (und umgekehrt), das sogenannte Domain Name System (DNS). In den meisten Fällen sind die verwendeten Namen nicht frei erfunden, sondern beziehen sich auf bestehende Firmen oder angebotene Dienste oder Produkte. Unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren des DNS ist, dass ein Domain-Name bzw. eine IP-Nummer weltweit nur ein einziges Mal vorkommen darf.

Von rechts nach links gelesen besteht der Domain-Name aus dem Top-Level-Domain-Namen (TLD), dem Second-Level-Domain-Namen (SLD) sowie allfälligen weiteren Sub-Domain-Namen. Bei den Domain-Namen der obersten Stufe, den TLDs, sind zwei Arten zu unterscheiden: Die generischen, internationalen und die nationalen, geographischen TLDs. Unter die generischen TLD's werden bestimmte Kategorien von Organisationen thematisch zugeordnet, wie beispielsweise (.com) für kommerzielle Unternehmen, (.edu) für Bildungsinstitutionen oder (.gov) für Regierungsstellen. Die nationalen, geographischen TLDs ergeben sich aus der Abkürzung für das jeweilige Land, bestehend aus zwei Buchstaben, wie beispielsweise (.ch) für die Schweiz, (.fr) für Frankreich, (.de) für Deutschland oder (.li) für das Fürstentum Liechtenstein. Die Second-Level-Domain-Namen setzen sich aus einer dem TLD

voranzustellenden Buchstabenfolge, im zu beurteilenden Fall «luzern», zusammen. Die nationalen Top-Level-Domains (.ch) und (.li) werden von der schweizerischen Stiftung SWITCH in Zürich verwaltet. Die Vergabe von Second-Level-Domain-Namen unter den TLDs (.ch) und (.li) obliegt einer eigenständigen, an die SWITCH angegliederte Organisation, der (CH/LI DOM-REG). Diese behandelt Zuteilungs- bzw. Registrierungsgesuche nach dem Prioritätsprinzip (first come first served), also nach der Reihenfolge ihres Eingangs. Damit die für die Adressfunktion notwendige Exklusivität gewährleistet ist, kann ein Domain-Name zweiter Ebene unter einer bestimmten Top-Level-Domain nur einmal vergeben werden (vgl. zum Ganzen BGE 126 III 239 E. 2a mit Hinweis; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, S. 124 ff. (...); Derselbe, Schutz von Domänennamen im Internet, SJZ 92 (1996) 405 f.; Philippe Gilliéron, Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits, sic! 2000 71-73).

In technischer Hinsicht identifizieren Domain-Namen somit den an das Netzwerk angeschlossenen Rechner und kennzeichnen daher an sich weder eine Person noch ein bestimmtes Unternehmen. Für den Internet-Benutzer auf den bei der Frage der Funktion von Domain-Namen richtigerweise abzustellen ist - steht jedoch die technische Funktion des Domain-Namens nicht im Vordergrund Vielmehr bezeichnet dieser aus Sicht des Anwenders zunächst einen Web-Site als solchen. Zudem identifiziert er bei geeigneter Ausgestaltung auch die dahinterstehende Person, Sache oder Dienstleistung und ist insofern - je nach konkreter Situation - als Kennzeichen mit einem Namen, einer Firma oder einer Marke vergleichbar (BGE 126 III 239 E. 2b mit Hinweisen).

In der Schweiz fehlen zwar bezüglich Domain-Namen verbindliche Spezialvorschriften zu Verwendbarkeit, Exklusivität und Schutz sowie eine den Registerbehörden im Marken- oder Firmenrecht vergleichbare staatliche Prüfungsinstanz (zu den privaten Richtlinien der einzelnen Vergabestellen vgl. Ueli Buri, Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names, Diss. Bern 1999, 17 und 25 f. [im Folgenden bloss mit (Ueli Buri, Verwechselbarkeit) zitiert]). Ebenso wenig besteht ein Online-Schiedsgericht für Streitigkeiten über (.ch)-Domain-Namen nach dem Vorbild, wie es für Domain-Namen mit dem TLD (.com) geschaffen wurde (vgl. Tobias Zuberbühler, Online-Schiedsgerichte für Domain-Namen-Streitigkeiten, SJZ 97 (2001) 562 ff., mit dem Hinweis, dass auch für (.ch)-Domain-Namen bald ein ähnliches Verfahren zur Verfügung stehen sollte). Dennoch ist die Bildung von Internet-Adressen nicht dem rechtsfreien Raum zuzuordnen. So hat die Kennzeichnungsfunktion der Domain-Namen zur Folge, dass diese gegenüber den absolut geschützten Kennzeichen Dritter den gebotenen Abstand einzuhalten haben, um Verwechslungen zu vermeiden. Ist das als Domain-Name verwendete Zeichen namenrechtlich, firmenrechtlich oder markenrechtlich geschützt, kann der entsprechend Berechtigte einem Unberechtigten demnach die Verwendung des Zeichens als Domain-Name grundsätzlich verbieten, wobei über Kollisionen zwischen verschiedenen Rechten durch Abwägung der gegenseitigen Interessen zu entscheiden ist. Die Domain-Namen unterstehen überdies auch dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbsrechts (BGE 126 III 239 E. 2c; 125 III 91 E. 3c S. 93).»6

⁶ «luzern.ch», E. 4 (nicht amtlich publiziert); vgl. «montana.ch»,

- 2. In beiden Fällen hat das Bundesgericht der Gemeinde jeweils ein Namensrecht i.S.v. Art. 29 ZGB zugestanden und das Argument verworfen, die Ortsbezeichnungen seien Teil des *Gemeingutes* und somit nicht als Name kennzeichnungsfähig⁷. Die Stadt Luzern könne aus historischen Gründen «für die Individualisierungs- und die Kennzeichnungswirkung des Namens «Luzern» den Schutz nach Art. 29 ZGB in Anspruch nehmen»⁸, und der Begriff «Montana» sei nicht Gemeingut, weil damit in der Schweiz eine Walliser Gemeinde mit fünf Dörfern (darunter Crans-Montana) im Bezirk Siders, also die Klägerin bezeichnet werde⁹.
- 3. Können sich die Gemeinden auf ein Namensrecht berufen, so ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die Registrierung des gleichnamigen Domain Names eine *Namensanmassung* darstellt, wie sie in Art. 29 Abs. 2 ZGB sanktioniert wird. Das Bundesgericht äusserte sich dazu wie folgt:

«Nach Art. 29 Abs. 2 ZGB kann, wer dadurch beeinträchtigt wird, dass ein anderer sich seinen Namen anmasst, auf Unterlassung dieser Anmassung klagen. Diese Bestimmung schützt auch die Namen juristischer Personen und insbesondere diejenigen von öffentlichrechtlichen Körperschaften (vgl. BGE 112 II 369 betreffend den Namen eines Kantons und BGE 72 II 145 über den Schutz eines Gemeindenamens; Roland Bühler, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 29 ZGB). Sie setzt voraus, dass die Namensanmassung unbefugt erfolgt, das heisst durch Beeinträchtigung rechtlich schützenswerter Interessen des Namensträgers. Diese Voraussetzung ist u.a. erfüllt, wenn die Aneignung des Namens seitens eines Dritten die Gefahr einer Verwechslung oder Täuschung bewirkt oder wenn sie geeignet ist, zufolge einer blossen Gedankenassoziation in der Meinung des Publikums eine in Wirklichkeit nicht bestehende Beziehung zwischen dem bisherigen Träger des Namens und dem anmassenden Dritten herzustellen. Nach einer andern Umschreibung liegt eine unbefugte Namensanmassung auch vor, wenn die Kennzeichnungswirkung eines fremden Namens für eigene Zwecke missbraucht, das heisst, wenn der Anschein erweckt wird, der fremde Name habe etwas mit dem neuen Namensträger persönlich oder mit seinem Geschäft zu tun oder es bestehe eine enge - persönliche, ideelle, geistige oder geschäftliche – Verbindung, die in Tat und Wahrheit fehlt oder gar nur aus Gegensätzen besteht. Eine Beeinträchtigung kann daher insbesondere auch darin liegen, dass ein Namensträger durch Gedankenverbindungen in nicht vorhandene Beziehungen hineingestellt wird, die er ablehnt und vernünftigerweise auch ablehnen darf. Die Durchsetzung des Namensrechts setzt keine Beeinträchtigung vermögenswerter Interessen voraus; auch bloss ideelle Interessen sind geschützt (BGE 116 II 463 E. 3b; 112 II 369 E. 3b, je mit Hinweisen).

Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für das gesamte Kennzeichenrecht einheitlich zu umschreiben (BGE 127 III 33 E. 4, 160 E. 2a S. 165, je mit Hinweis). Massgebend ist, ob mit der Verwendung eines ähnlichen oder gleichlautenden Namens für einen Internet-Site durch einen schlechter Berechtigten die Gefahr von Fehlzurechnungen des Sites geschaffen wird, d.h. einer Fehlidentifikation der hinter dem Site stehenden Person, oder dass falsche Zusammenhänge vermutet werden. Es genügt dabei auch die Gefahr einer bloss vorläufigen Fehlzurechnung, mit der Folge, dass es zu ungewollten Zugriffen auf den Site durch Personen kommt, welche die Homepage des berechtigten Namensträgers besuchen wollten. Dabei hängt die Gefahr von Fehlzurechnungen von den gesamten Umständen ab, unter denen die Adressaten die Zeichen wahrnehmen, und von der Art, wie sie die Zeichen verstehen und in der Erinnerung behalten (vgl. BGE 127 III 160 E. 2a S. 166; 122 III 382 E. 1 S. 385, je mit Hinweisen). Entscheidend ist das Bestehen einer Verwechslungsgefahr; dass Verwechslungen tatsächlich stattgefunden haben, ist nicht erforderlich (BGE 116 II 463 E. 3b). Die Verwechslungsgefahr wird als Rechtsfrage vom Bundesgericht frei geprüft, soweit es um das Verständnis des allgemeinen Publikums geht, welches die streitige Leistung in Anspruch nimmt und kein Branchenverständnis spezifischer Verkehrskreise in Frage steht (BGE 126 III 239 E. 3a).»10

Nach Ausführungen zur deutschen Rechtsprechung in derartigen Fällen¹¹ hat sich das Bundesgericht zur *Verwechslungsgefahr* bei Domain Names geäussert und anschliessend das Vorliegen der Verwechslungsgefahr und der daraus resultierenden Namensanmassung in den konkreten Fällen überprüft.

«Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, ist nicht schematisch, sondern nach den gesamten Umständen, unter denen ein Kennzeichen verwendet wird, zu entscheiden. Massgeblich ist in allen Fällen, ob die strittige Verwendung des Städtenamens als Domain-Name beim durchschnittlichen Internet, Benutzer mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu Verwechslungen führt (BGE 122 III 382 E. 1 S. 385 f.). Wird wie vorliegend der Name einer öffentlichrechtlichen Körperschaft von einem Dritten ohne jeden Zusatz als Bezeichnung für seinen Internet-Site übernommen, ist der Bekanntheitsgrad der betroffenen Körperschaft und ihres Namens zu berücksichtigen. Die Bekanntheit einer Ortschaft kann daher rühren, dass sie Hauptort oder grösste Stadt eines Kantons ist. Weiter kann sie sich aus ihrer geographischen Lage und ihrem Angebot an Sehenswürdigkeiten ergeben. Eine Stadt kann auch grosse Bekanntheit erlangen, weil Organisationen dort ihren Sitz haben oder weil dort regelmässig Veranstaltungen durchgeführt werden. Je grösser der Bekanntheitsgrad, desto eher ist eine Verwechslungsgefahr anzunehmen.»¹²

⁷ Gemeindenamen können aber durchaus Teil des Gemeingutes sein, vgl. den Entscheid des Handelsgerichts Aargau vom 30. August 2001, in: sic! 2001 818 ff. («frick.ch»).

^{8 «}luzern.ch», E. 6.

^{9 «}montana.ch», E. 4.1.

^{10 «}luzern.ch», E. 5; vgl. «montana.ch», E. 4.

¹¹ «luzern.ch», E. 7.2.1; «montana.ch», E. 4.2.1.

^{12 «}luzern.ch», E. 7.2.2.

3.1 «luzern.ch»

«7.2.2 (...) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte mit der Registrierung des Domain-Namens (luzern.ch) zweifellos eine Verwechslungsgefahr mit der Stadt Luzern geschaffen, die einen sehr grossen Bekanntheitsgrad im In- und Ausland geniesst. Luzern ist nicht nur eine sehr alte Ortschaft, die zur Zeit der Helvetischen Republik Hauptstadt der Schweiz war und heute Hauptstadt des Kantons Luzern ist. Die Stadt bietet auch zahlreiche alte Sehenswürdigkeiten und ein Verkehrsmuseum von grosser Bekanntheit. Luzern ist sodann der Sitz der obersten Gerichtsbarkeit der Schweiz im Bereich Sozialversicherungsrecht. Der durchschnittliche Internet-Benutzer erwartet deshalb auf den Internet-Site der Klägerin zu gelangen, wenn er in seinem Computer die Adresse (www.luzern.ch) eingibt. Er vermutet dort nicht nur Informationen über die Klägerin, sondern auch Informationen und Angebote von der Klägerin zu finden, insbesondere solche, die offizielle und offiziöse Institutionen, den amtlichen Bereich, den Fremdenverkehrsbereich oder Veranstaltungen betreffen. Dies umso mehr es nach der zutreffenden Feststellung der Vorinstanz einer zunehmenden und weit verbreiteten Gepflogenheit entspricht, dass sich Gemeinwesen im Internet unter isolierter Verwendung ihres Städte- oder Ortsnamens präsentieren. Diese Feststellung wird namentlich nicht durch die unrichtige Behauptung der Beklagten entkräftet, dass die Domain-Namen (www.zuerich.ch) und (www.winterthur.ch) beide Privaten gehörten, die darunter ihre Internet-Seiten publizierten. Die Fälle dieser beiden Domain-Namen weisen eine Besonderheit auf, indem sie die Adressen zu blossen Internet-Portalen darstellen, in denen weiterführende (links) eingerichtet sind, die zu den Sites der Stadt Zürich und der Zurich Financial Services Group einerseits und zu den Sites der Stadt Winterthur und der Winterthur-Versicherungen andererseits führen. Diese Lösung ergab sich aus dem seltenen Umstand, dass jeweils eine Gleichnamigkeit zwischen den genannten Städten und Versicherungsgesellschaften besteht und der öffentliche Bekanntheitsgrad dieser Gesellschaften gleich hoch einzustufen ist, wie derjenige der Städte, was zu einer namensrechtlichen Pattsitutation führte (vgl. dazu Jann Six, [Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domänennamen im Internet, Diss. Zürich 2000], Rz. 315). Die Adresse (zurich.ch) wurde von der (Zurich Financial Services Group) mit einer gewissen Berechtigung registriert, da der Name der Stadt Zürich nach der deutschen Orthografie «Zürich» oder «Zuerich» lautet, nicht jedoch «Zurich». Wenn darüber hinaus die Klägerin bis heute im Internet unter der Adresse (www.stadtluzern.ch) auftritt, wie die Beklagte geltend macht, so rührt dies einzig daher, dass ihr die Beklagte bei der Registrierung des Domain-Namens duzern.ch), dessen Abtretung sie vorliegend verlangt, zuvorgekommen ist. Die Klägerin braucht dem Namen (luzern) auch keinen Zusatz beizufügen, um Verwechslungen mit dem Kanton Luzern zu verhindern. So hat sich auf dem Internet eine Praxis eingebürgert, nach der die Kantone ihren Site unter dem (TLD.ch) im Falle der Gleichnamigkeit zwischen ihnen und ihrem Hauptort unter einem Second-Level-Domain-Namen registrieren lassen, der aus dem offiziellen Kürzel, bestehend aus zwei Buchstaben, gebildet wird, wie es nach Art. 84 VZV (SR 741.51) zur Kantonsbezeichnung auf Fahrzeugkontrollschildern zu verwenden ist. So wird beispielsweise der Internet-Site des Kantons Luzern mit dem Domain-Namen (lu.ch), derjenige des Kantons Bern mit (be.ch) und der des Kantons Genf mit (ge.ch)

Indem die Beklagte den Namen der Klägerin in der Adresse ihres Internet-Sites verwendet, nutzt sie deren grosse Bekanntheit aus, um Internet-Nutzer, die offizielle Informationen über die Stadt Luzern suchen, auf ihren Internet-Site zu ziehen. Die Vorinstanz hat eine Verwechslungsgefahr in diesem Zusammenhang zu Recht bejaht. Dieses Ergebnis wird auch durch die Feststellungen der Vorinstanz erhärtet, wonach sich Internet-Benutzer in einigen Fällen tatsächlich getäuscht und geglaubt haben, der Site (luzern.ch) werde von der Klägerin betrieben (vgl. dazu BGE 82 II 346 E. 2b S. 353).

Am Ergebnis ändert es nichts, dass die Beklagte auf der Homepage darauf hinweist, es handle sich nicht um den offiziellen Site der Klägerin, und dass sie einen (link) zum Site der Klägerin eingerichtet hat. Dies gilt unabhängig von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, wonach der auf der Homepage angebrachte Hinweis zwar rot geschrieben sei, jedoch nicht in markanter Grösse erscheine und sich nicht besonders gut vom blauen Hintergrund abhebe. Das Bundesgericht hat die Frage, inwiefern einer Verwechslungsgefahr durch besondere Gestaltung eines Web-Sites begegnet werden könne, in BGE 126 III 239 E. 3c offen gelassen. Ein Teil der schweizerischen Doktrin vertritt dazu die Auffassung, dass durch die Verwendung des Namens einer öffentlichen Körperschaft als Domain-Name keine Verwechslungsgefahr geschaffen wird, wenn der Inhalt des Internet-Site keinerlei Zusammenhang mit dem Träger des Namens aufweist, so dass die Benutzer nicht in den Glauben versetzt werden, der Site werde vom Namensträger betrieben, und keine unerwünschten Assoziationen zu Lasten des Namensträgers ausgelöst werden (vgl. Ueli Buri, Verwechselbarkeit, 55 und 121 ff., 125; Derselbe, Ubersicht über die Rechtsprechung im Bereich Informatik und Recht in: Tagung 2000 für Informatik (und) Recht, Bern 2001, 188 f.; Rolf H. Weber/Roland Unternährer, Unlautere Verwendung von Domain-Namen, SZW 2000 262). Dieser Ansicht ist indessen nicht beizupflichten. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr, die von einer registrierten Internet-Adresse ausgeht, ist nicht der Inhalt oder die Gestaltung des damit bezeichneten Internet-Sites entscheidend, sondern die Beschaffenheit der Adresse, die den Zugriff auf den Site erlaubt, als solche. Eine Verwechslungsgefahr besteht bereits im Moment, in dem der Internet-Benutzer sich an einem Domain-Namen orientiert und in ihm Assoziationen sowie das Interesse geweckt werden, darunter bestimmte Informationen zu finden. Auch kann eine Internet Adresse nicht immer nur in der Nähe des damit bezeichneten Sites auftauchen, sondern ebenso beispielsweise auf Briefköpfen, als Teil der Absenderadresse eines E-Mails (<xxx@luzern.ch>) oder in Adresslisten, die von Internet-Suchmaschinen dargestellt werden. In solchen Fällen kann die Verwechslungsgefahr durch Hinweise im Site und auch durch seinen weiteren Inhalt nicht unmittelbar behoben werden (vgl. in diesem Sinne Jann Six, a.a.O., Rz. 143 ff.). Eine Behebung der Verwechslungsgefahr durch den Inhalt des Sites würde zudem voraussetzen, dass die dort zu diesen Zweck angebrachten Hinweise von den Internet-Benutzern in allen Fällen aufmerksam gelesen werden. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, wie auch Buri (Verwechselbarkeit, 128) einräumt. Mit anderen Worten entsteht die Verwechslungsgefahr unmittelbar mit der Verwendung des Namens einer öffentlichrechtlichen Körperschaft durch einen unbefugten Dritten als Domain-Name. Eine wie auch immer geartete Gestaltung des Web-Sites kann dagegen nicht aufkommen.

7.2.3 Die Klägerin ist vorliegend auch insoweit in schutzwürdigen Interessen betroffen, als sie durch die Namensanmassung seitens der Beklagten daran gehindert wird, ihren eigenen Internet-Site unter ihrem blossen Städtenamen zu betreiben, unter dem er nach dem vorstehend Ausgeführten vom durchschnittlichen Internet-Benutzer gesucht wird.

Von besonderen, wie den vorstehend dargestellten Fällen (Winterthur) und (Zuerich) abgesehen, darf von einer Gemeinde grundsätzlich nicht verlangt werden, dass sie im Internet mit einem Second-Level-Domain-Name auftritt, in dem ihrem Namen der Zusatz (Stadt) vorangestellt ist. Die Städte sind in den meisten Fällen ausschliesslich unter ihrem kennzeichnungskräftigen Namen bekannt, weshalb der Internet Benutzer erwarten darf, den ihnen gewidmeten Site unter diesem Namen zu finden, ohne dass er Zusätze beizufügen braucht (vgl. dazu Jann Six, a.a.O., Rz. 136 und 173). In einer Interessenabwägung wäre daher wohl auch das Interesse der Öffentlichkeit zu berücksichtigen, dass Informationen, die unter einem blossen Städtenamen publiziert werden, auch tatsächlich von der entsprechenden Körperschaft selber stammen. Da die Beklagte für ihren Gebrauch des Wortes (luzern) indessen keinerlei namensrechtlichen Schutz beanspruchen kann, mit dem der Schutzanspruch der Klägerin kollidieren könnte, erübrigt sich eine Abwägung der gegenseitigen Interessen.

7.2.4 Zusammenfassend hat die Beklagte sich den Namen der Klägerin mit seiner Verwendung als Domain-Name unbefugt angemasst und damit schutzwürdige Interessen der Klägerin verletzt.»

3.2 «montana.ch»

Um eine Abwägung der gegenseitigen Interessen kam das Bundesgericht indes im Fall «montana.ch» nicht herum, da sich die Beklagte Institut Montana Betriebs AG ihrerseits auf ein eigenes Interesse aus Firmenrecht berufen konnte. Das Bundesgericht untersuchte diese Frage aus zwei Blickwinkeln: Zuerst ging es davon aus, dass die Geschäftsfirma der Beklagten als Ganzes (d.h. als «Institut Montana Betriebs AG») zu betrachten sei und prüfte eine Anmassung des Namens der Klägerin durch die Beklagte. Der zweite Lösungsansatz fusst auf dem Umstand, dass der Begriff «Montana» das einzige kennzeichnungskräftige Element und somit Hauptbestandteil der Geschäftsfirma der Beklagten darstellt, es sich also um einen Streit um eine gleich lautende Bezeichnung zwischen zwei namens- bzw. firmenrechtlich Berechtigten handelt.

3.2.1 Namensanmassung

Das Bundesgericht stellte fest, dass die Beklagte durch die Registrierung und den Gebrauch des Domain Name «montana.ch» offensichtlich eine Verwechslungsgefahr mit der Gemeinde Montana geschaffen hat:

«En l'occurrence, il appert manifestement que l'enregistrement par la défenderesse du nom de domaine «montana.ch) crée un danger de confusion avec la commune demanderesse. Celle-ci abrite en effet une station touristique d'été et de sports d'hiver notoirement connue en Suisse, à savoir Crans-Montana. Les championnats du monde de ski alpin qui ont été organisés en 1987 dans la commune intimée ont encore contribué à la faire connaître en tout cas en Europe et en Amérique du Nord. Différents congrès et forums internationaux se tiennent en outre sur le territoire de la demanderesse. Il s'ensuit qu'en Suisse le grand public associe le nom (montana) au secteur du tourisme et des vacances. Dès l'instant où le réseau internet est de plus en plus utilisé pour les offres touristiques (ATF 126 III 239 consid. 3c), l'utilisateur moyen d'internet s'attend à trouver sous le nom de domaine (www.montana.ch) des renseignements singulièrement sur les voies d'accès au territoire de l'intimée, les sports que l'on peut y pratiquer, les modes d'hébergement offerts, voire les manifestations qui s'y déroulent et la météo locale. La défenderesse exploite ainsi la réputation de la demanderesse en attirant sur son site web des utilisateurs qui cherchent à obtenir des informations touristiques pour leurs vacances. C'est donc à juste titre que la cour cantonale a retenu l'existence d'un risque de confusion qui porte atteinte aux intérêts juridiquement protégés de l'intimée, puisque celle-ci est empêchée d'exploiter un site web sous son propre nom. (...)» 13

Weiter führte das Bundesgericht wie im Fall «luzern.ch» aus, dass die Gestaltung und der Inhalt der Website für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr unerheblich seien.¹⁴

Das Bundesgericht hielt im Fall «montana.ch» nunmehr ausdrücklich fest, was im Entscheid «luzern.ch» noch offen gelassen wurde¹⁵ – nämlich dass das *Interesse* einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, eine Website unter ihrem eigenen Namen zu betreiben, viel höher zu bewerten sei als dasjenige eines Privaten mit gleich lautendem Namensrecht:

«L'argument selon lequel la demanderesse pourrait toujours utiliser l'adresse (www.commune-montana.ch) tombe à faux. L'intérêt du titulaire du nom à enregistrer son site avec son propre nom comme adresse internet, cela sous le domaine géographique de premier niveau correspondant au code du pays dans lequel il est domicilié, est en effet particulièrement élevé pour les corporations publiques, en particulier au vu de l'attente de l'ensemble des gens à trouver sous cette adresse des informations officielles émanant de la personne morale de droit public. C'est donc bien plutôt l'usurpateur du nom protégé qui doit être contraint de mettre un ajout à son adresse internet pour éviter un risque de confusion. Il est au demeurant significatif que la recourante, sans doute pour parer à toute éventualité, a déjà réservé notamment le nom de domaine (institut-montana.ch)»16

^{13 «}montana.ch», E. 4.2.2.

^{14 «}montana.ch», E. 4.2.2.1

¹⁵ Siehe oben, «luzern.ch», E. 7.2.3.

^{16 «}montana.ch», E. 4.2.2.2.

3.2.2 Konflikt zwischen absoluten Rechten (Namensrecht, Firmenrecht)

Stehen sich ein Berechtigter aus Namensrecht (Gemeinde Montana) und ein Berechtigter aus Firmenrecht (Institut Montana Betriebs AG) betreffend die Verwendung der Bezeichnung «Montana» als Kennzeichen gegenüber, so liegt ein Konflikt zwischen zwei absoluten, gleichrangigen Rechten vor, den es zu lösen gilt. Das Bundesgericht fasste denn auch einleitend seine einschlägige Rechtsprechung zusammen¹⁷, die auf den «Gucci»-Entscheid¹⁸ zurückgeht und im «Rytz.ch»-Entscheid¹⁹ soweit ersichtlich letztmals bestätigt wurde. Danach lassen sich «Kollisionen zwischen Namensrecht einerseits, Marken- und Wettbewerbsrecht andererseits, (...) nicht schematisch nach einheitlichen Regeln beurteilen. Erforderlich ist in jedem Einzelfall ein Abwägen der gegenseitigen Interessen, die einem möglichst gerechten Ausgleich entgegenzuführen sind.»20

Dabei stellt das im ganzen Immaterialgüterrecht geltende Prioritätsprinzip, wonach ein älteres absolutes Recht dem jüngeren vorgeht, den im Normalfall anzuwendenden Bewertungsmassstab dar²¹. Im Bereich des Namensrechts können indes besondere Umstände – wie etwa Gleichnamigkeit - das Prioritätsprinzip unmassgeblich machen²², sodass die geschäftlichen und ideellen Interessen der Beteiligten²³ festzustellen und einander gegenüberzustellen sind. Bezogen auf die Problematik der Domain Name-Registrierung hält das Bundesgericht wie schon im Fall «berneroberland.ch»²⁴ fest, dass die durch die Ersteintragung eines Domain Name gewonnene (faktische) Priorität jedenfalls nicht bedeute, dass der Erstanmelder allein gestützt auf diese Tatsache eine bessere Stellung in der Interessenabwägung erhalte:

«(...) En tout cas, le principe de priorité dans le temps qui régit l'enregistrement des noms de domaine ne peut pas entraîner que le premier qui a déposé son patronyme comme nom de domaine sous un TLD géographique (code de son pays) puisse de ce seul fait avoir la prééminence sur n'importe quel homonyme désirant aussi enregistrer un nom de domaine formé sur son nom avec le même TLD (cf. à ce propos ATF 126 III 239 consid. 3b in fine).»²⁵

Das Bundesgericht kam wie beim «Luzern.ch»-Entscheid zum Schluss, dass der durchschnittliche Internetbenutzer aufgrund des weit verbreiteten Rufs der klägerischen Gemeinde als Touristenort unter dem Domain Name «montana.ch» Informationen über die (und auch von der) Gemeinde Montana zu erhalten erwartet. Demnach sei das Interesse der Gemeinde Montana höher zu werten als das Interesse der Institut Montana Betriebs AG:

«Dans le cas présent, il convient de ne pas perdre de vue qu'il y a homonymie (partielle) entre une commune et une personne morale de droit privé. Certes, si aucun schématisme ne doit gouverner la solution à apporter à la querelle, qui dépend de la pesée des intérêts antagonistes, il n'en demeure pas moins que seul un sujet de droit dont le nom bénéficierait en Suisse d'une notoriété au moins égale à celui de la corporation publique pourrait revendiquer l'utilisation d'une adresse internet avec son nom comme nom de domaine de deuxième niveau, sans y apporter aucune autre adjonction (cf. *Jann Six*, op. cit., 147–150).

Il a été retenu souverainement que la commune demanderesse bénéfice tant dans la Suisse entière qu'à l'étranger d'une large renommée au plan touristique, alors que la défenderesse, qui exploite une école internationale au Zugerberg, ne jouit d'une certaine notoriété qu'auprès d'une clientèle étudiante internationale et tout au plus localement, soit dans la région de Zoug.

Il est indubitable que le nom (Montana) est immédiatement associé en Suisse dans l'esprit du public au secteur du tourisme et des loisirs, plus particulièrement en région de montagne. La demanderesse abrite en effet sur son territoire une célèbre station de sports d'été et d'hiver, où il a été organisé en 1987 une compétition mondiale dans une discipline sportive parmi les plus populaires dans le pays.

En comparaison, la renommée de la défenderesse apparaît bien moindre, et, à tout le moins, limitée au nord-est de la Suisse. On ne sait du reste rien des matières qui y sont enseignées, des professeurs qui y dispensent leur savoir, ni des étudiants qui la fréquentent.

Dans ces circonstances, il est évident que l'utilisateur moyen d'internet escompte trouver sous le nom de domaine (montana.ch), lequel éveille en lui un endroit de villégiature dans les Alpes valaisannes, des informations relatives à la demanderesse. L'utilisateur, qui arrive sur le site de la défenderesse après avoir tapé l'adresse internet précitée, est ainsi amené à croire que la recourante a un quelconque lien avec l'intimée, alors qu'il n'en est rien. On ne saurait admettre que la défenderesse puisse tirer un profit indu de la réputation de sa partie adverse. Il suit de là que l'intérêt de la demanderesse à utiliser son nom, sans adjonction, comme nom de domaine l'emporte largement sur l'intérêt opposé de la défenderesse.

La cour cantonale n'a nullement violé le droit fédéral en considérant que l'usage du nom de domaine litigieux consacrait une atteinte au droit au nom de l'intimée.»²⁶

^{17 «}montana.ch», E.4.3.2.

¹⁸ BGE 116 II 614 ff.

¹⁹ BGE *125* III 91 ff. = Pra *88* Nr. 133.

²⁰ BGE 116 II 614 ff., E. 5d.

²¹ Patrick Troller, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Basel 1980, 211 f.; Roland Bühler, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002, N 57 zu Art. 29 m. w. Nw.

 $^{^{22}}$ BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 57 zu Art. 29 m. w. Nw., Troller (Fn. 21), 212 ff.

²³ BSK ZGB I-*Bühler* (Fn. 21), N 36 zu Art. 29 m. Nw.

²⁴ BGE *126* III 239 ff.

^{25 «}montana.ch», 4.3.2.

IV. Anmerkungen

1. Kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr und Interessenabwägung

In beiden Entscheiden gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, die Registrierung der fraglichen Domain Names stelle eine Namensanmassung im Sinne von Art. 29 Abs. 2 ZGB dar, und untersagte den Beklagten den weiteren Gebrauch der fraglichen Domain Names²⁷.

Eine unbefugte Namensanmassung setzt, wie ausgeführt, zuerst eine Verwechselbarkeit der fraglichen Zeichen (oder deren Inhaber) voraus und muss zusätzlich den Namensträger in seinen rechtlich schützenswerten Interessen beeinträchtigen²⁸. Der Entscheid des Bundesgerichts, die Verwechselbarkeit von Domain Names unabhängig vom Inhalt der Website zu beurteilen, wirft diesbezüglich einige Fragen auf, die nachfolgend kurz erörtert werden sollen.

Verwechslungsgefahr

1.1.1 Wesen und Funktion der Verwechslungsgefahr

Die Verwechslungsgefahr ist ein «Schlüsselbegriff des gesamten Kennzeichenrechts»²⁹, also des Namens-, Marken-, Firmen- und Lauterkeitsrechts, und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für das gesamte Kennzeichenrecht einheitlich zu umschreiben³⁰, auch wenn für die einzelnen Kennzeichenrechte gewisse Unterschiede bestehen³¹.

Das Namensrecht gibt dem Namensträger u.a. das Recht, einem andern die Verwendung seines Namens für Sachen, Geschäftsbetriebe, Veranstaltungen, Websites usw. zu verbieten³². Das Bundesgericht hält somit richtigerweise fest, dass eine Verwechslungsgefahr vorliegt, wenn die Gefahr von Fehlidentifikationen der hinter der Website stehenden Person geschaffen wird (unmittelbare Verwechslungsgefahr) oder wenn falsche Zusammenhänge zwischen dem Inhaber des Domain Name und einem Dritten vermutet werden (mittelbare Verwechslungsgefahr)33.

Es gilt aber zu beachten, dass die Verwechslungsgefahr nicht rein abstrakt aufgrund der Zeichenverwechselbarkeit angenommen werden darf³⁴. Vielmehr muss die Verwendung des Zeichens in die Betrachtung eingeschlossen werden, gehört doch eine Wechselwirkung zwischen Zeichenähnlichkeit und den mit den fraglichen Zeichen gekennzeichneten Objekten zum Wesen und Kern der Verwechslungsgefahr³⁵. Dieser Grundsatz muss mithin für alle Kennzeichenrechte gleich gelten:

Kennzeichnen heisst unterscheidbar machen. So will die Marke als Zeichen Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen unterscheiden³⁶; eine Firma dient dazu, ein bestimmtes Unternehmen von anderen Unternehmen³⁷, ein Name eine Person von einer anderen zu unterscheiden³⁸. Das Kennzeichen ist mit anderen Worten funktionell stets im Zusammenhang mit dem Gekennzeichneten zu verstehen. So gilt beispielsweise im Markenrecht der Grundsatz, dass der Zeichenabstand umso grösser zu sein hat, je ähnlicher die damit bezeichneten Waren oder Dienstleistungen sind³⁹. Dasselbe gilt im Firmenrecht: Je stärker sich die Tätigkeiten von zwei Unternehmen überschneiden, desto grösser hat der Zeichenabstand der beiden Firmen zu sein.⁴⁰ Im Lauterkeitsrecht wird die Verwechslungsgefahr anhand des Gesamteindrucks im Erinnerungsbild des Durchschnittskäufers beurteilt, wofür sämtliche Umstände wie eben Inhalt, Form usw. zu berücksichtigen sind⁴¹. Auch im Namensrecht schliesslich ist die Ver-

²⁷ Zur Problematik der Klage auf Übertragung eines Domain Names. Ueli Buri, [Anmerkungen zu «luzern.ch»] in: sic! 2002 867. ²⁸ Siehe oben, Ziff. III/3 und umfassend BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 31 ff. zu Art. 29 m. Nw.

²⁹ BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 42 zu Art. 29 (im Original hervorgehoben)

³⁰ Vgl. «luzern.ch», E. 5, und «montana.ch» E. 4, je m. Nw.

³¹ Vgl. Magda Streuli-Youssef, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 Wettbewerbsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1998, 142; Georg Rauber, Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich im Firmen-, Marken- und Lauterkeitsrecht nach den gleichen Grundsätzen und Massstäben, in: Martin Kurer/Didier Sangiorgio/Michael Ritscher/ David Aschmann (Hrsg.), Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts - Festschrift für Lucas David, Zürich 1996, 129 ff.; BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 43 zu Art. 29 m. Nw.

³² BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 39 zu Art. 29.

^{33 «}luzern.ch», E. 5.

³⁴ Zur Kontroverse, ob im Markenrecht abstrakt aufgrund der Zeichenverwechselbarkeit oder unter Einbezug des konkreten Markengebrauchs entschieden werden soll, ausführlich Gallus Joller. Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Diss. Zürich, Bern 2000, 179 ff. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber insbesondere, dass im Markenrecht eine Verknüpfung des Kennzeichens mit den zu individualisierenden Waren bzw. Dienstleistungen bereits aufgrund des auf bestimmte Waren- bzw. Dienstleistungsklassen beschränkten Schutzbereichs der Marke

³⁵ Vgl. Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 2002, Rz. 553 m. Nw.; Lucas David, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, 2. Auflage, Basel/Genf/München 1999. N 8 zu Art. 3.

³⁶ Art. 1 Abs. 1 MSchG.

³⁷ Vgl. etwa *Martina Altenpohl,* in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel/Genf/ München 2002, N 1 zu Art. 944 m. Nw.

³⁸ Val. etwa BSK ZGB I-*Bühler* (Fn. 21). N 2 zu Art. 29.

³⁹ Siehe etwa von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 553; MSchG-David (Fn. 35), N 8 zu Art. 3.

⁴⁰ Siehe etwa *von Büren/Marbach* (Fn. 35) , Rz. 697 f.; *Joller* (Fn. 34), 274 ff. m. Nw., 278.

⁴¹ Siehe etwa von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 1026; Streuli-Youssef (Fn. 31), 144 f. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Judikatur.

wechslungsgefahr an das bezeichnete Subjekt oder Objekt gebunden, umfasst sie doch grundsätzlich «Fehlvorstellungen über die Identität eines Namensträgers (...) oder dessen Beziehungen zu anderen Personen, Sachen Geschäften und dgl.»⁴².

1.1.2 Verwechslungsgefahr bei Domain Names

Das Bundesgericht gesteht den Domain Names zu Recht Kennzeichenfunktion zu⁴³, was bedeutet, dass die Verwechslungsgefahr nach den genannten Grundsätzen und mit *Buri*⁴⁴ und *Weber/Unternährer*⁴⁵, korrekterweise unter Einbezug des gekennzeichneten Objekts, also des konkreten Website-Inhalts, zu beurteilen wäre⁴⁶.

Das Bundesgericht beruft sich zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung auf die Ausführungen von Six47, wonach die Verwechslungsgefahr im Namensrecht (anders als im Markenrecht) nicht auf bestimmte Waren- und Dienstleistungsklassen beschränkt sei und diese bei Angeboten von Privaten gar nicht bestünden. Das ist soweit richtig, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch im Namensrecht eine relevante Fehlidentifikation oder eine Vermutung falscher Zusammenhänge eben nur aufgrund eines mit dem fraglichen Namen bezeichneten Subjekts oder Objekts, mithin «in Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls»48 erfolgen kann (wenn auch die Zeichenähnlichkeit dabei im Vordergrund steht⁴⁹). Die Nähe der sachlichen und örtlichen (Geschäfts-) Tätigkeit der Namensträger hat denn gemäss Lehre und Rechtsprechung richtigerweise auch einen Einfluss auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zweier Namen⁵⁰. Wird die Verwechslungsgefahr nur gestützt auf die abstrakte Zeichenverwechselbarkeit des Domain Name mit dem anderen Kennzeichen bestimmt, so werden die verschiedenen mit ähnlichen oder identischen Namen gekennzeichneten Subjekte oder Objekte nicht in die Beurteilung einbezogen, mitunter die zentrale Kennzeichenfunktion geradezu ignoriert.

Auch das zweite Argument für eine abstrakte Beurteilung der Verwechslungsgefahr, wonach der Domain Name ferner unabhängig von der Website in der Werbung, auf Briefköpfen usw. zu finden sei und so zu Verwechslungen führe⁵¹, schlägt aus denselben Überlegungen fehl: Nicht die Verwendung des Domain Name an sich (etwa in einem Briefkopf) führt zu fehlerhaften Identifikationen oder der Vermutung falscher Zusammenhänge, sondern erst die Art und Weise der Verwendung. So hätte denn beispielsweise die Verwendung des Domain Name «montana.ch» auf dem Briefkopf des Zuger Instituts Montana kaum zu einer Verwechslungsgefahr mit der Gemeinde Montana im Wallis geführt, wohl aber die Verwendung des Domain Name «luzern.ch» durch ein privates Unternehmen etwa in einer Werbekampagne für touristische Angebote oder in E-Mails betreffend die Stadt Luzern.

In den beiden beurteilten Fällen steht ausser Frage, dass die als Domain Name registrierten Zeichen («montana» und «luzern») aufgrund der Homonymie mit den Gemeindenamen rein als Zeichen verwechselbar sind. Die von der Beklagten unter dem Domain Name «luzern.ch» betriebene Website enthielt politische, touristische und kulturelle Informationen zur Region Luzern, also Informationen, die mit der Klägerin als Namensträgerin in einem Zusammenhang stehen und diese betreffen. Dass so eine Verwechslungsgefahr mit der Stadt Luzern bzw. deren Website geschaffen worden ist, erscheint aufgrund der Ausführungen des Bundesgerichts zur Gestaltung der Website⁵² als zutreffend.

Differenziert zu betrachten ist der Fall «montana.ch». Die Website der beklagten Institut Montana Betriebs AG enthielt Angaben zum Institut und eine Luftaufnahme der Schule, also keinerlei Informationen betreffend die klägerische Gemeinde Montana im Wallis. Aufgrund der fehlenden Überschneidung des Angebots der Website der Beklagten mit dem Tätigkeitsbereich der Klägerin sind Fehlidentifikationen oder falsche Vermutungen über Zusammenhänge kaum denkbar. Eine kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr müsste somit verneint werden.

In beiden Fällen war aber auch die Bekanntheit bzw. Berühmtheit der betroffenen Gemeinden zu beachten, die den kennzeichenrechtlichen Schutzbereich erweitert und so die Verwechslungsgefahr beeinflusst: Analog zur berühmten Marke (Art. 15 Abs. 1 MSchG), deren Schutzbereich im Gegensatz zur normalen Marke ausgedehnt und nicht (mehr) auf einzelne Waren- und Dienstleistungsklassen beschränkt ist, könnte

⁴² BSK ZGB I-*Bühler* (Fn. 21), N 45 zu Art. 29 m. Hinweisen. ⁴³ «luzern.ch», E. 4, «montana.ch», E. 3; BGE *126* III 239 ff.,

⁴⁴ *Ueli Buri*, Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names nach schweizerischem Firmen-, Marken-, Namens- und Lauterkeitsrecht, Bern 2000, 125 und *ders*. (Fn. 27), 866.

⁴⁵ Rolf H. Weber/Roland Unternährer, Unlautere Verwendung von Domain-Namen, in: SZW 2000 262.

⁴⁶ Kritisch zur bundesgerichtlichen Argumentation in Bemerkungen zu den beiden Entscheiden auch *Philippe Gilliéron*, in: sic! 2002, 773, und *Buri* (Fn. 27), 866 f.

⁴⁷ Jann Six, Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domänennamen im Internet, Diss. Zürich 2000, Rz. 143 ff.; gl. M. *Gallus Joller*, Gemeinfreie Begriffe in Domainnamen?!, in: AJP 2002 957

⁴⁸ BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 45 zu Art. 29.

⁴⁹ BSK ZGB I-*Bühler* (Fn. 21), N 45 zu Art. 29 m. Nw.

⁵⁰ Joller (Fn. 34), 340 ff. mit zahlreichen Nachweisen; BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 45 zu Art. 29.

⁵¹ Six (Fn. 47), 145.

^{52 «}luzern.ch», E. 7.2.2 al. 4.

beispielsweise die Gemeinde Montana als berühmter Wintersportort⁵³ *jede* kennzeichenmässige Verwendung ihres Namens durch Dritte verbieten lassen, welche dessen Unterscheidungskraft gefährdet oder ihren Ruf ausnützt bzw. beeinträchtigt⁵⁴.

In den beiden vom Bundesgericht beurteilten Fällen käme man somit auch unter Einbezug des Website-Inhalts nicht unbedingt zu anderen Resultaten. Die vom Bundesgericht gewählte Formulierung der Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei Domain Names birgt aber ein Problem: Sie beschränkt sich nicht explizit auf die Verwechslungsgefahr im Namensrecht, sondern spricht allgemein von der «Verwechslungsgefahr, die von einer registrierten Internet-Adresse ausgeht»55. Da die Frage, wie aufgezeigt, den Kern der Verwechslungsgefahr betrifft, muss deren Lösung in Anwendung des Grundsatzes der einheitlichen Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht folglich auch auf Konflikte von Domain Names mit anderen Kennzeichenrechten übertragen werden können.

Ein Beispiel soll die Tragweite dieser Entscheidung veranschaulichen: Könnte nun etwa ein Markeninhaber gestützt auf die neue Rechtsprechung erfolgreich gegen einen Dritten vorgehen, der das markengeschützte Zeichen als Domain Name registriert hat und darunter Waren oder Dienstleistungen anbietet, die *nicht* in die für die Marke registrierten Waren- oder Dienstleistungsklassen, also nicht in den Schutzbereich der Marke fallen?⁵⁶ Die offene bundesgerichtliche Formulierung lässt eine derartige Auslegung im Hinblick auf den einheitlichen Begriff der Verwechslungsgefahr durchaus zu. Dass dadurch die aufgezeigten kennzeichenrechtlichen Grundsätze umgestossen würden, liegt auf der Hand⁵⁷.

1.2 Interessenabwägung

Wie ausgeführt muss für eine unbefugte Namensanmassung weiter eine Beeinträchtigung

53 «montana.ch», E. 4.2.2/4.3.3.

rechtlich schützenswerter Interessen des Namensträgers vorliegen, wobei die Interessen aller Beteiligten gegeneinander abzuwägen sind⁵⁸.

Ist der Domain-Name-Inhaber gleichzeitig Inhaber eines Namens-, Firmen- oder Markenrechts, so handelt es sich um einen Konflikt absoluter, gleichrangiger Rechte, wie ihn das Bundesgericht im «montana»-Entscheid zu beurteilen hatte⁵⁹. Wie ist nun aber eine Interessenabwägung vorzunehmen, wenn der Domain-Name-Inhaber kein zusätzliches absolutes Recht an der eingetragenen Zeichenfolge geltend machen kann (z.B. bei einer Fantasiebezeichnung, die nicht markenrechtlich geschützt ist)?

Entscheidend ist, welche Rechtsstellung ein Inhaber eines Domain Names als solcher innehat.

1.2.1 Kein Recht aus der Domain-Name-Registrierung

Die Lehre und die kantonale Judikatur gehen davon aus, dass die Registrierung eines Domain Name kein Ausschliesslichkeits*recht* begründet, sondern nur ein faktisches Monopol schafft⁶⁰. Das Bundesgericht stützt diese Auffassung, indem es dem Erstanmelder eines Domain Name ausdrücklich *keine geschützte Prioritätsposition* zubilligt⁶¹.

Das bedeutet, dass derjenige Domain-Name-Inhaber, der sich nicht auf ein Immaterialgüterrecht berufen kann, in der Interessenabwägung gegen einen aus Marken-, Firmen- oder Namensrecht Berechtigten regelmässig unterliegt. Die abstrakte Feststellung der Verwechslungsgefahr schwächt die Stellung des Domain-Name-Inhabers noch zusätzlich: Eine Verwechslungsgefahr wird eher anzunehmen sein, wenn nur auf die Zeichenverwechselbarkeit abgestellt wird, als wenn man die Website in die Betrachtung einbindet. So werden die Fälle zahlreicher werden, in denen es wegen gegebener Verwechslungsgefahr zu einer für den Domain-Name-Inhaber ungünstigen Abwägung der beidseitigen Interessen kommt.

Zu beachten ist immerhin das Weiterbenützungsrecht (Art. 14 MSchG), wonach der Markeninhaber einem anderen nicht verbieten kann, ein von diesem bereits vor der Hinterlegung gebrauchtes Zeichen im bisherigen Umfang weiter zu gebrauchen⁶². Hat der Domain-Name-Inhaber vor der Markeneintragung durch den Dritten eine

⁵⁴ Vgl. *Joller* (Fn. 34), 337 f., und der dort erörterte BGE *102* II 161 ff.; BSK ZGB I-*Bühler* (Fn. 21), N 46 ff. zu Art. 29; *Buri* (Fn. 44), 104 ff

⁵⁵ «luzern.ch», E. 7.2.2. al. 4; etwas konkreter auf das Namensrecht bezogen allerdings «montana.ch», E. 4.2.2.1 («Toutefois, ce qui est décisif *pour juger* du risque de confusion *en cause*, ce n'est pas le contenu du site mais bien l'adresse internet qui permet d'y accéder.», Hervorhebungen nicht im Original).

⁵⁶ Vgl. Obergericht Thurgau vom 6. Juni 2002, in: sic! 2002 683 ff., insbesondere E. 4. b. aa («eMarket.ch»; rechtskräftig gemäss Auskunft der Obergerichtskanzlei des Kantons Thurgau vom 1.11.2002).

⁵⁷ Vgl. Buri (Fn. 27), 867, der vorbringt, dass vorliegend «sinnvollerweise nicht mit dem Begriff der Verwechslungsgefahr operiert [wird], da sonst entweder der Grundsatz des einheitlichen Begriffs aufgegeben werden oder aber festgestellt werden muss, dass der Begriff der Verwechslungsgefahr im Internet gleicher ist als im herkömmlichen Verkehr ...».

⁵⁸ BSK ZGB I-Bühler (Fn. 21), N 35 / 53 ff. zu Art. 29 m. Nw.

⁵⁹ Siehe oben, Ziff. III./3.2.2.

⁶⁰ Rolf H. Weber, Schutz von Domänennamen im Internet, in: SJZ 92 (1996) 408; Buri (Fn. 44), 60; Joller (Fn. 47), 953 und die dort in Anm. 55 zitierten Autoren und Entscheide; Philippe Gilliéron, Les noms de domaine: Possibilités de protection et de résolution des conflits, in: sic! 2000 75.

^{61 «}montana.ch», E. 4.3.2.

^{62 «}eMarket.ch» (Fn. 56), E. 4 b aa in fine; vgl. Gilliéron (Fn. 60), 77.

entsprechende Website betrieben, so kann ihm der Markeninhaber seinen Domain Name nicht streitig machen.

1.2.2 Spezialgesetzliche Schutzmöglichkeiten für Domain Names

1.2.2.1 Marken- und Firmenrecht

Im Hinblick auf die regelmässig erfolgende Interessenabwägung ist somit jedem Domain-Name-Inhaber nachdrücklich zu empfehlen, sich einen spezialgesetzlichen Schutz über Firmen- oder Markenrecht zu sichern. Domain Names oder Teile davon können als Firmenbestandteil oder als Marke eingetragen werden, solange sie die entsprechenden Schutzvoraussetzungen erfüllen⁶³. Bei der Markeneintragung von Domain Names ist zu beachten, dass die Top Level Domains alleine oder in Verbindung mit einem Begriff des Gemeinguts als nicht schutzfähig betrachtet werden. Nicht als Marke eingetragen werden kann deshalb beispielsweise die Zeichenfolge «auto.ch» für den Verkauf von Autos.⁶⁴ Bei der Firmenbildung ist zu beachten, dass Interpunktionszeichen als Bestandteile einer Firma nur zulässig sind, «wenn sie mit Buchstaben und Zahlen kombiniert werden. Wiederholungen oder Kombinationen von Interpunktionszeichen sind jedoch unzulässig, sofern sie keine sprachliche Bedeutung haben.»65 Als Firma zulässig ist demnach beispielsweise «plenaxx.com AG»66, unzulässig wäre dagegen «http://karix-AG»⁶⁷.

1.2.2.2 Lauterkeitsrecht

Das Bundesgericht stellt die Domain Names auch unter das Lauterkeitsgebot des *Wettbewerbsrechts*, d.h., ein Betroffener kann gestützt auf UWG gegen einen Domain-Name-Inhaber vorgehen⁶⁸. Umgekehrt muss dem Inhaber eines Domain Name als nicht firmen- oder markenregistriertes Kennzeichen (mithin ein «nicht registriertes» Kennzeichen im immaterialgüterrechtlichen Sinne) das Recht zugestanden werden, sich auf den Schutz aus UWG gegen die Verwendung eines identischen oder ähnlichen Kennzeichens zu berufen⁶⁹. Im Vordergrund ste-

hen die Generalklausel von UWG 2 und der Irreführungstatbestand von Art. 3 lit. d UWG⁷⁰.

Dabei deckt auch der lauterkeitsrechtliche Schutz nicht sämtliche Sachverhalte ab, fallen doch Handlungen im rein privaten Rahmen nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des UWG⁷¹. Das bedeutet, dass Domain-Name-Inhaber, die sich ihrerseits nicht auf ein absolutes Recht stützen können, für rein private Websites ohne kennzeichenrechtlichen Schutz sind.

Die Möglichkeit des Domain-Name-Inhabers, sich auf den Schutz des UWG berufen zu können, ist vor allem von Bedeutung, weil im Lauterkeitsrecht das Prinzip der Gebrauchspriorität herrscht. Danach kann sich derjenige auf den Schutz berufen, der das Kennzeichen zuerst als solches verwendet hat⁷². So könnte sich beispielsweise der Domain-Name-Inhaber gegen eine spätere Firmen- oder Markeneintragung seines Zeichens gestützt auf Art. 3 lit. d UWG zu wehren versuchen⁷³. Der Grundsatz der Gebrauchspriorität bedeutet hingegen auch, dass für den bloss registrierten Domain Name, unter welchem keine Website betrieben wird und der nicht sonstwie als Kennzeichen benutzt wird, kein Schutz aus UWG beansprucht werden kann.

Durch die Ausblendung des Website-Inhalts bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr wird die Position des Domain-Name-Inhabers auch lauterkeitsrechtlich zusätzlich geschwächt, da er nicht mehr vorbringen kann, der Inhalt und die Gestaltung der Website sei geeignet, einer allfälligen Verwechslungsgefahr vorzubeugen⁷⁴.

1.3 Fazit

Wird die Verwechslungsgefahr bei Domain Names rein abstrakt aufgrund der Zeichenverwechselbarkeit beurteilt, so werden in Anwendung des Grundsatzes der einheitlichen Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht zahlreiche Domain-Name-Verwendungen unzulässig, die in Anwendung des (bisherigen) Begriffs der Verwechslungsgefahr kennzeichenrechtlich eigentlich nicht zu beanstanden wären. Die andere Auslegungsmöglichkeit der bundesgerichtlichen Formulierung in dem Sinne, dass diese nur für die namensrechtliche Verwechslungsgefahr bei Domain Names gilt, würde hingegen heissen, den

⁶³ Buri (Fn. 44), 151 ff., 159 ff., Gilliéron (Fn. 60), 75.

⁶⁴ Siehe dazu die «Richtlinien für die Markenprüfung» des IGE, Ziff. 4.3.6 (abrufbar via http://www.ige.ch/D/jurinfo/pdf/j11000.pdf).

⁶⁵ Anleitung und Weisung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen des Eidg. Amtes für das Handelsregister vom 1. Januar 1998, Rz 153.

⁶⁶ Siehe SHAB Nr. 127 vom 4.7.2002, Meldungsnr. 541808.

⁶⁷ Anleitung und Weisung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Prüfung von Firmen und Namen des Eidg. Amtes für das Handelsregister vom 1. Januar 1998, Rz 155.

⁶⁸ Vgl. BGE 126 III 239 ff. («berneroberland.ch»).

⁶⁹ Weber (Fn. 60), 408; Buri (Fn. 44), 184 ff.; Gillièron (Fn. 60), 76; vgl. Christian Hilti, Der Schutz nicht registrierter Kennzeichen, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III Kennzeichenrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 465 ff.

⁷⁰ Gilliéron (Fn. 60), 76; vgl. Weber (Fn. 60), 409.

⁷¹ Von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 954.

⁷² Von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 1027

⁷³ Wer unter einem bestimmten Kennzeichen Geschäfte betreibt, kann sich gegen die Eintragung des Zeichens als Firma durch einen Dritten wehren, vgl. von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 1037 mit Hinweis auf BGE 109 II 483 ff. («Computerland»). Zum Verhältnis von MSchG und UWG s. die Übersicht über die Lehrmeinungen bei von Büren/Marbach (Fn. 35), Rz. 975 ff. Betreffend Domain Names a.M. Gilliéron (Fn. 60), 77.

⁷⁴ Siehe dazu Buri (Fn. 44), 140 ff. m. Nw.

Grundsatz des einheitlichen Begriffs der Verwechslungsgefahr aufzugeben⁷⁵.

Es ist daher zu bedauern, dass die Ausführungen des Bundesgerichts zur Verwechslungsgefahr bei Domain Names letztlich mehr Fragen aufwerfen, als sie Antworten geben. Für zahlreiche Website-Betreiber wurde dadurch eine latente Rechtsunsicherheit über die Rechtmässigkeit ihrer Domain Names und letztlich den Fortbestand ihrer Websites unter diesem Domain Name geschaffen.

2. Regelung der zukünftigen Vergabe von Domain Names

Vorliegend sind ferner die neuesten gesetzgeberischen Entwicklungen im Gebiet des öffentlichen Fernmelderechts von Interesse, welche die zukünftige Vergabe und Verwaltung von Domain Names regeln. Im Folgenden seien sie überblickartig dargestellt.

2.1 Kompetenz der Verwaltung von Domain Names

Seit 1987 nimmt die schweizerische Stiftung SWITCH die Vergabe von Second Level Domains für die Top Level Domain «.ch» vor. Gemäss Art. 28 Abs. 1 des seit dem 1.1.1998 geltenden Fernmeldegesetzes (FMG)⁷⁶ gehört die Verwaltung von Adressierungselementen im Telekommunikationsbereich, die auch Domain Names als Kommunikationsparameter umfassen⁷⁷, aber in den Kompetenzbereich des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), Gestützt auf Art. 28 Abs. 2 FMG kann das BAKOM seine Kompetenz einem Dritten delegieren. Der Bundesrat hat mit der seit 1.4.2002 geltenden Änderung der Adressierungselementeverordnung (AEFV)⁷⁸ Regeln betreffend die Übertragung der Verwaltung von Adressierungselementen an Dritte erlassen. Das BAKOM seinerseits kann gestützt auf Art. 13m AEFV weitere technische und administrative Vorschriften bestimmen. Ein entsprechender Vorentwurf betreffend Domain Names wurde im Oktober 2002 veröffentlicht⁷⁹.

Das BAKOM hat angekündigt⁸⁰, die Stiftung SWITCH als Registerbetreiberin für die Verwal-

tung und Zuteilung der Domain Names für die Schweiz zu mandatieren und mit ihr einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abzuschliessen (vgl. Art. 14a Abs. 1 AEFV).

2.2 Die Regelung der Art.14 ff. AEFV und des Vorentwurfs der «Technischen und administrativen Vorschriften» des BAKOM (VE-TAV)

Gemäss Art. 14b Abs. 3 AEFV ist die Registerbetreiberin grundsätzlich verpflichtet, ihre Dienste allen Nutzerinnen und Nutzern des Internets anzubieten.

Die Registerbetreiberin hat die Domain Names auf Gesuch und nach der Reihenfolge der Gesuchseingänge zu erteilen (Art. 14f Abs. 1 AEFV). Sie darf nicht überprüfen, ob der Anmelder am zu registrierenden Zeichen berechtigt ist (Art. 14f Abs. 2 AEFV), d.h., sie «nimmt keine Überprüfung der Berechtigung des im Gesuch genannten Inhabers auf die Zuteilung und die Verwendung des Domain-Namens vor»⁸¹. Sie hat hingegen einen Streitbeilegungsdienst mit einem gerechten, raschen und kostengünstigen Verfahren zu schaffen (Art. 14g Abs. 1 und 2 AEFV). Eine allfällige Zivilklage bleibt vorbehalten (Art. 14g Abs. 4 AEFV).

Die Registerbetreiberin kann die Zuteilung eines Domain Name nur aus bestimmten Gründen verweigern, so etwa in Fällen von Nichtzahlung oder zweifelhafter Zahlungsfähigkeit⁸². Mit anderen Worten besteht (neu) ein weitgehender Kontrahierungszwang seitens der Stiftung SWITCH. Indes besteht kein Anspruch auf die Zuteilung eines bestimmten Adressierungselements, d.h. eines bestimmten Domain Names (Art. 4 Abs. 4 AEFV).

Zur Prävention von Kollisionen zwischen geschützten Kennzeichen und einzutragenden Domain Names ist die Registerbetreiberin verpflichtet, den Anmelder über Schutzrechtsverzeichnisse bzw. über die entsprechenden Rechtsgrundlagen zu informieren (Art. 14 f Abs. 5 AEFV). Die Registerbetreiberin hat zu diesem Zwecke Links zum Zentralen Firmenindex des Eidgenössischen Amts für das Handelsregister, zum schweizerischen Markenregister des IGE, zum internationalen Markenregister der WIPO und weiteren Registern bzw. Rechtsgrundlagen anzubringen⁸³.

Der Grundsatz, dass die Registerbetreiberin die Berechtigung des Anmeldenden am Zeichen nicht überprüfen darf, gilt jedoch nicht absolut. Nach Art. 14 f Abs. 4 AEFV kann das BAKOM nämlich «die Zuteilung einzelner Bezeichnungska-

⁷⁵ Buri (Fn. 27), 867, und oben, Fn. 57.

⁷⁶ Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. April 1997, SR 784.10.

⁷⁷ Art. 3 lit. f/g FMG.

⁷⁸ Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV), vom 6. Oktober 1997, SR 784.104.

⁷⁹ Vorentwurf «Technische und administrative Vorschriften für die Zuteilung und Verwaltung der Domain-Namen der zweiten Ebene, die der Internet-Domain (.ch) untergeordnet sind» (nachfolgend zit. VE-TAV), abrufbar via http://www.bakom.ch/de/telekommunikation/grundlagen/konsult/unterseite9/index.html.

⁸⁰ http://www.bakom.ch/de/telekommunikation/internet/dnm/index.html.

⁸¹ VE-TAV, Ziff. 4.1.3, Hervorhebungen nicht im Original.
⁸² Vgl. die Aufzählung der Verweigerungsgründe in Ziff. 4.2 VE-TAV.

⁸³ VE-TAV, Ziff. 8.

tegorien reservieren, wenn ein *überwiegendes öffentliches Interesse* es erfordert oder sich die Anpassung an internationale Empfehlungen als notwendig erweist»⁸⁴. Der VE-TAV setzt diese Ausnahmebestimmung nun in Ziff. 2.4 für *Gemeindenamen* um, worin die entsprechenden Domain Names wie folgt zugeteilt werden sollen:

«Die Registerbetreiberin führt seit 1.1.1997 eine Gemeindenamenliste, auf welcher 2964 Namen von politischen Gemeinden (siehe Annex 2) aufgeführt sind. (...) Die sich auf der Gemeindeliste der Registerbetreiberin befindenden Gemeindenamen werden der politischen Gemeinde oder dem Inhaber eines Kennzeichenrechts nach dem Grundsatz (first come, first served) zugeteilt. Das heisst verdeutlicht an einem Beispiel: Sollte ein Antragsteller ein Gesuch um Zuteilung z.B. des Domain-Namens (rossura.ch) stellen, so wird ihm dieser Domain-Name zugeteilt, wenn er (Rossura) heisst, eine gleichlautende Firma, Marke oder eine Berechtigung an einem sonstigen Kennzeichenrecht (Marken, Firmen, Namen, geographische Herkunftsbezeichnungen) nachweist, sofern der Domain-Name nicht bereits durch die Gemeine Rossura belegt ist oder diese nicht zuvor ein Gesuch um Zuteilung des Domain-Namens gestellt hat.»

Gemäss Auskunft der Stiftung SWITCH⁸⁵ entspricht dies der Praxis, wie sie bereits seit dem 1.1.1997 ausgeübt wird. Kennzeichenkonflikte wie der dem «montana.ch»-Entscheid zu Grunde liegende können dadurch allerdings nicht vermieden werden.

Vor diesem Datum an nicht Kennzeichenberechtigte erteilte Domain Names können von der Registerbetreiberin *nicht widerrufen* werden⁸⁶. Grundsätzlich kann die Registerbetreiberin zwar die Zuteilung von Adressierungselementen wider-

rufen, wenn eine Änderung der Vorschriften über die Verwaltung der Kommunikationsparameter dies erfordert87. Trotzdem ist ein Widerruf der Domain-Name-Erteilung nicht möglich: Im Fall der Domain Names ist zu beachten, dass diese bislang auf rein privatrechtlicher Grundlage durch einen Vertrag zwischen der Stiftung SWITCH und dem Anmelder zugeteilt worden sind⁸⁸, ein Widerruf daher nicht wie im Regelfall als Widerruf einer Verfügung zu beurteilen ist⁸⁹. Das vertraglich erworbene Recht auf die Benutzung des Domain Name dürfte im öffentlichrechtlichen Kontext als wohlerworbenes Recht gelten⁹⁰. Ein Widerruf wäre also nur unter den Voraussetzungen zulässig, wie sie für einen Eingriff in die verfassungsmässige Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) als Grundrecht gelten: Er muss sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV)91. Art. 11 Abs. 1 lit.a AEFV dürfte aber kaum eine genügende gesetzliche Grundlage für einen solchen Eingriff darstellen⁹², der zudem in jedem Fall (voll) entschädigungspflichtig wäre (Art. 26 Abs. 2 BV). Letzterem wiederum steht Art. 30 FMG entgegen, wonach eine Änderung der Vorschriften über die Kommunikationsparameter durch die Behörden keinen Anspruch auf Entschädigung begründet.

Betroffene Gemeinden haben deshalb in solchen Fällen den Inhaber des entsprechenden Domain Name auf dem *Zivilprozessweg* einzuklagen⁹³. Die Prozesschancen für betroffene Gemeinden sind angesichts des explizit vorrangigen öffentlichen Interesses⁹⁴ allerdings als intakt zu werten.

⁸⁴ Hervorhebungen nicht im Original.

⁸⁵ E-Mail vom 6.1.2003 an den Autor.

⁸⁶ VE-TAV, Ziff. 2.4 in fine.

 $^{^{87}}$ Art. 11 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13e Abs. 2 AEFV, vgl. VE-TAV, Ziff 6.3.

⁸⁸ Val *Buri* (Fn. 44). 60 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu etwa *Ülrich Häfelin/Georg Müller,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 994 ff.

⁹⁰ Zum Begriff des wohlerworbenen Rechts s. Häfelin/Müller (Fn. 89), Rz. 1008 ff.

⁹¹ Häfelin/Haller (Fn. 89), Rz. 1008 in fine; *Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, 421.

⁹² Vgl. *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht – Die neue Bundesverfassung, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 310 ff. und Rz. 601; *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 606 f.; *Tschannen/Zimmerli/Kiener* (Fn. 91), 94 ff.

⁹³ VE-TAV, Ziff. 2.4 in fine.

⁹⁴ Siehe oben, Ziff. III./3.2.1; «montana.ch», E. 4.2.2.2.