

# Territoriales Markenrecht im Global Village

## Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet

Torsten Bettinger<sup>\*)</sup>/Dorothee Thum<sup>\*\*)</sup>

### Inhalt

- A. Einleitung
- B. Technische Reterritorialisierung des Internet?
- C. Beispiele aus der Rechtsprechung zu internationalen Kennzeichenkonflikten im Internet
- D. Internationale Tatortzuständigkeit
  - I. Einführung in die Problematik
  - II. Die internationale Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ
    - 1. Rechtliche Grundlagen
    - 2. Rechtsprechung zur Tatortzuständigkeit bei grenzüberschreitenden Massenmedien
  - III. Internationale Tatortzuständigkeit für Kennzeichenkonflikte im Internet
    - 1. Anwendung der herkömmlichen Grundsätze
    - 2. Einschränkung der Tatortzuständigkeit im Internet
      - a) Forum non conveniens
      - b) hinreichender Inlandsbezug
        - aa) prozessuale Aspekte
        - bb) materiellrechtliche Akzessorietät der Zuständigkeitseinschränkung
    - 3. Erforderlichkeit einer Zuständigkeitsbegrenzung
- E. Anwendbares Recht
- F. Materielles Recht
  - I. Allgemeine Grundsätze
  - II. Die spezifische Problemstellung bei Kennzeichenbenutzungen im Internet
  - III. Ansatzpunkte für eine normative Einschränkung des Kennzeichenrechts
    - 1. Online-Werbung im WWW
      - a) hinreichender Inlandsbezug
      - b) Abwägungsvorbehalt
      - c) gesetzliche Korrektur
    - 2. Absatzhandlungen
- G. Internationale Domainnamenskonflikte als kennzeichenrechtlicher Sondertatbestand
  - I. Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte
  - II. Rechtsschutz im Rahmen der geplanten „Administrative Dispute Resolution Procedures“ des WIPO Interim Report
- H. Zusammenfassung und Ausblick

### A. Einleitung

Das Internet hat eine neue Phase der Internationalisierung des Handels eingeleitet. Mit geringstem finanziellen und logistischen Aufwand steht es jedem Unternehmen

offen, für seine Waren und Dienstleistungen weltweit zu werben und diese im Falle ihrer Digitalisierbarkeit unmittelbar über die weltweiten Computernetze an seine Abnehmer zu übertragen<sup>1)</sup>.

Die durch die neue Kommunikationstechnologie erreichbare weltweite Werbe- und Absatztätigkeit stellt ein beträchtliches Potential zur Erweiterung der Geschäftsaktivitäten der Unternehmen dar, sie birgt jedoch auch erhebliche rechtliche Risiken. Bislang häufigster Anlaß für Rechtsstreitigkeiten im Internet war die Verletzung fremder Kennzeichenrechte. Unternehmen, die das Internet als Kommunikations- und Handelsplattform nutzen, müssen damit rechnen, aufgrund der Verwendung eines Kennzeichens auf ihrer Website oder eines Domainnamens vor einem weit entfernten ausländischen Forum wegen Verletzung dort bestehender Kennzeichenrechte in Anspruch genommen zu werden. Aufgrund des in allen Rechtsordnungen anerkannten Territorialitätsgrundsatzes und der daraus folgenden Möglichkeit, daß identische Kennzeichen für identische Produkte in verschiedenen Staaten für verschiedene Inhaber geschützt sind, kann die Benutzung eines Kennzeichens im Internet auch dann zu Konflikten führen, wenn die Zeichen bislang konfliktfrei koexistierten, weil sich die Benutzungshandlungen im allgemeinen Geschäftsverkehr auf das Inland beschränkten.

Der folgende Beitrag erörtert die durch die grenzüberschreitenden Wirkungen des Internet aufgeworfenen Rechtsfragen der internationalen Tatortzuständigkeit, des Kollisionsrechts und des materiellen Rechts bei Kennzeichenkonflikten im Internet<sup>2)</sup>.

Im ersten Teil wird zunächst geklärt, ob den durch die Grenzenlosigkeit des Internet aufgeworfenen Rechtsproblemen auf dem Wege einer „technischen Reterritorialisierung des Internet“ begegnet werden kann. Es wird sich zeigen, daß eine solche Lösung sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus technischen Gründen nicht praktikabel ist und die Antworten auf die rechtlichen Fragen daher vom Rechtssystem selbst erbracht werden müssen. Der zweite Teil enthält als Diskussionsgrundlage für die zu erörternden Rechtsfragen einen kurzen Überblick über die bislang ergangene Rechtsprechung zu internationalen Kennzeichenkonflikten im Internet. Die Entscheidungen sollen dabei helfen, die den Konfliktfällen zugrunde liegenden typischen Sachverhaltskonstellationen aufzudecken und erste normative Gesichtspunkte für die zu lösenden rechtlichen Fragestellungen zu entwickeln. Im dritten Teil werden sodann die herkömmlichen Grundsätze zur Bestimmung der internationalen Tatortzuständigkeit bei grenzüberschreitend verbreiteten Wer-

<sup>\*)</sup> LL.M. (London School of Economics), Rechtsanwalt in München; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München; der Verfasser zeichnet für die Teile F und G verantwortlich.

<sup>\*\*)</sup> Rechtsanwältin in München, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München; die Verfasserin zeichnet für die Teile D und E verantwortlich.

1) Nach einer Studie von Forester Research soll das Marktpotential beim Handel zwischen Unternehmen bis zum Jahr 2000 auf 66 Milliarden anwachsen, der Internet-Verkauf an Endkunden soll nach der Prognose sieben Milliarden Dollar erreichen.

2) Vgl. zu diesen Fragen inzwischen auch die soeben erschienene Study concerning the use of Trademarks on the Internet des WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT 2/9/Prov., Second Session, Second Part, Geneva 7 to 12, 1999.

beanzeigen auf Kennzeichenbenutzungen im Internet zunächst übertragen und anschließend die Möglichkeiten einer Einschränkung des zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes untersucht. Es wird deutlich werden, daß einerseits die starre deutsche Zuständigkeitsprüfung nur wenig Spielraum für differenzierende Lösungen bei der Tatortzuständigkeit läßt, und andererseits eine Beschränkung der internationalen Tatortzuständigkeit sinnvollerweise erst dann erfolgen kann, wenn eine Klärung der durch die Kennzeichenbenutzung im Internet aufgeworfenen materiellrechtlichen Fragen erreicht ist.

Der vierte Teil enthält eine Darstellung der kollisionsrechtlichen Problematik. Hieran anschließend werden im fünften Teil mögliche Antworten auf die materiellrechtlichen Fragen diskutiert. Es wird gezeigt, daß das traditionelle zeichenrechtliche Instrumentarium mit dem ihm zugrunde liegenden Ausschließlichkeitsprinzip nur bedingt geeignet ist, bei Kennzeichenkonflikten im Internet zu angemessenen Ergebnissen zu führen und daher durch einschränkende Kriterien korrigiert werden sollte.

## B. Technische Reterritorialisierung des Internet?

Wie regelmäßig, wenn das Recht durch neue technische Entwicklungen herausgefordert wird, stellt sich die Frage, ob nicht dieselbe Technik, welche die Probleme verursacht, auch die Mittel zu ihrer Lösung bereitstellen kann. Die durch die Globalität des Internet veranlaßten Rechtsfragen ließen sich am leichtesten lösen, wenn die globalen Wirkungen des Internet im Streitfall wieder auf nationalstaatliche Grenzen beschränkt werden könnten. Dem Kennzeichenverletzer würde die Pflicht auferlegt, seine Absatztätigkeit und Werbung territorial aufzuspalten und insbesondere die Website so einzurichten, daß diese von den Nutzern des Staates, in dessen Territorium die Abrufbarkeit zu einer Kennzeichenverletzung führt, nicht mehr abgerufen werden kann.

Es besteht jedoch Einigkeit, daß der Weg einer technischen Reterritorialisierung des Internet nach Staatsgrenzen auf der Grundlage der bestehenden Netzinfrastruktur weitgehend verwehrt ist<sup>3)</sup>. Zwar ist im Hinblick auf *Online-Absatzhandlungen* eine gewisse territoriale Eingrenzung zunächst nicht generell ausgeschlossen. Vorheriger Vertragsschluß mit Kreditkartenüberprüfung und/oder Paßwortvergabe für den Datenbankzugriff ermöglichen in Grenzen eine persönliche Identifizierung des Vertragspartners und damit den Ausschluß von Internetnutzern aus Staaten mit kollidierenden Kennzeichenrechten vom Bezug der digitalen Angebote.

Anders sieht es jedoch bei der frei abrufbaren *Online-Werbung* aus. Zwar ist es auch hier grundsätzlich technisch möglich, den Abruf von Websites für bestimmte Rechner zu verhindern, indem der eigene Webserver mit Sperrlisten der entsprechenden Rechnerkennungen (IP-Adresse oder Domainname) versehen wird<sup>4)</sup>. Es gibt jedoch derzeit keine Datenbank, in der die physikalischen Standorte der einzelnen Rechner verzeichnet sind. Da eine solche Datenbank für die Funktionsweise des Netzes auch nicht erforderlich ist und nur mit erheblichem finanziellen Aufwand geschaffen werden könnte,

steht nicht zu erwarten, daß eine derartige Datenbank, die zudem angesichts ständig neuer Rechneranbindungen zwangsläufig niemals vollständig sein könnte, jemals geschaffen wird. Und selbst wenn eine solche Datenbank existieren würde, ließe sich aus ihr nicht ersehen, ob der Benutzer, der von einem bestimmten Rechner aus auf einen Webserver zugreift, sich wirklich an diesem Rechner befindet, oder ob er sich von einem anderen Ort der Welt auf ihm eingeloggt hat<sup>5)</sup>.

Denn zum einen gibt es große lokale Netzwerke, beispielsweise von internationalen Firmen oder überregionalen Zugangs Providern (z. B. AOL; CompuServe), die sich über Staatsgrenzen hinweg erstrecken, und deren Rechner alle unter der gleichen IP-Adresse geführt werden. In diesem Fall scheidet die Möglichkeit festzustellen, wo sich der auf einen Webserver zugreifende Rechner befindet, von vornherein aus. Zum anderen kann bei der derzeitigen Netzinfrastruktur nicht verhindert werden, daß sich die Nutzer aus einem bestimmten Land die Inhalte eines Webserver mittels sog. „Proxy-Server“ verschaffen, welche nicht auf der Sperrliste verzeichnet wären und durch welche die Informationen eines Webserver daher auch dann abgerufen werden können, wenn der unmittelbare Zugriff auf den Webserver für einen bestimmten Rechner gesperrt wäre<sup>6)</sup>.

Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß der Internet-Technologie derzeit zwar eine zentrale Bedeutung innerhalb der globalen Kommunikationssysteme zukommt, diese jedoch schon heute nicht die einzige globale Kommunikationsplattform darstellt. Wie das „Grünbuch der EU zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen“<sup>7)</sup> anschaulich vor Augen führt, wird die digitale Technologie weitere, ihrem Wesen nach globale Kommunikations- und Informationsdienste ermöglichen, die sowohl im Hinblick auf die genutzten Übertragungswege (terrestrische Frequenzen, Kabelnetze, Satellit) als auch die zu ihrer Nutzung erforderlichen Endgeräte (Telefon, Fernseher, PC) miteinander verschmelzen. Die Rechtsordnungen werden daher nicht umhinkönnen, sich mit den aus der Globalität der Kommunikationstechnik zu ziehenden rechtlichen Konsequenzen auseinanderzusetzen. Daß hierbei in einzelnen Rechtsbereichen mitunter erhebliche Korrekturen der auf nationalstaatliche Grenzen bezogenen Rechtsgrundsätze erforderlich werden, kann kaum bezweifelt werden. Zu zeigen, daß auch das Kennzeichenrecht nicht ohne Anpassungen an die globale Kommunikationstechnik wird auskommen können, ist Gegenstand des folgenden Beitrags.

## C. Beispiele aus der Rechtsprechung zu internationalen Kennzeichenkonflikten im Internet

Bevor wir uns den Grundsätzen zuwenden, die für internationale Zuständigkeit, Kollisions- und materielles Recht bei Kennzeichenkonflikten gelten, soll ein kurzer

3) Die Verfasser danken Herrn Prof. Dr. Gerhard Schneider von der Gesellschaft für wissenschaftliche Datenverarbeitung für wertvolle Hinweise zu den technischen Fragen.

4) So kann auf jedem Http-Server genau eingestellt werden, welcher Rechner eine Seite abrufen darf. Die Zugriffsbeschränkung kann dabei sowohl für einzelne Rechner als auch für ganze Bereiche von IP-Nummern oder Domains erfolgen.

5) Z. B. mittels des Terminalemulationsprotokolls TELNET, das die Anwahl von anderen Computern im Internet ermöglicht.

6) Um Netzressourcen zu schonen und dem Nutzer lange Wartezeiten beim Abrufen von Internet-Informationen zu ersparen, setzen praktisch alle Internet Access Provider derartige Proxy-Server ein, die als Zwischenspeicher einmal abgerufene Seiten aus dem Internet in ihrem lokalen Arbeitsspeicher (sog. Cache) vorhalten.

7) KOM (97) 623 endg. vom 3. 12. 1997, abrufbar ist das Grünbuch unter der Website <http://www.ispo.ccc.be/convergencegp/>.

Blick auf die Entscheidungen geworfen werden, die sich mit internationalen Zeichenkollisionen im Internet zu befassen hatten. Während die Problematik in der wissenschaftlichen Literatur bereits vermehrt Beachtung fand, erweist sich das Anschauungsmaterial aus der Rechtspraxis noch als recht dürr<sup>8)</sup>. Im folgenden werden aus dem bislang vorhandenen Fallmaterial drei Entscheidungen herausgegriffen, die geeignet erscheinen, die wesentlichen Sachverhaltskonstellationen aufzuzeigen und die durch die Globalität des Internet für den Kennzeichenrechtsschutz entstandenen Rechtsfragen zu illustrieren.

## I. SG2 v. Brokat<sup>9)</sup>

Einer der wenigen echten internationalen Kennzeichenkonfliktfälle, in dem nicht allein die Verwendung eines Domainnamens, sondern auch die Benutzung einer Marke auf einer Website kennzeichenrechtlich beanstandet wurde, lag dem Tribunal de Grande Instance de Nanterre zur Entscheidung vor. Das französische Softwareunternehmen SG2 hatte vor dem Gericht in Nanterre gegen die deutsche Firma Brokat in Stuttgart den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, mit der dieser untersagt werden sollte, ein für sie als deutsche Marke registriertes Zeichen „payline“ weiterhin für das von ihr angebotene Internet-Zahlungssystem „Brokat-payline“ zu benutzen, das sie unter der Web-Adresse „brokat.de“ im Internet vertrieb. Die französische Firma ihrerseits hatte das Zeichen „payline“ bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Frankreich für die gleichen Dienstleistungen als Marke registrieren lassen<sup>10)</sup>. Des weiteren stand fest, daß die deutsche Firma ihr Produkt bislang auf dem französischen Markt noch nicht vertrieben hatte und dies auch in der Zukunft nicht beabsichtigte, da sie ansonsten gegen nationale französische Kryptographiebestimmungen verstoßen hätte.

Die Beklagte rügte die fehlende internationale Zuständigkeit der französischen Gerichte für die Aussprache des beantragten, weltweit wirkenden Nutzungsverbots, das ihrer Ansicht nach allenfalls durch ein deutsches Gericht hätte erlassen werden dürfen, und berief sich im übrigen in der Sache selbst auf ihr dem französischen Markenrecht der Klägerin gleichwertiges deutsches Markenrecht.

Das TGI Nanterre hingegen erließ die Verfügung wie beantragt. Seine internationale Tatortzuständigkeit begründete es damit, daß die Website der Beklagten weltweit abgerufen werden könne und somit ein Begehungsort auch auf französischem Territorium zu bejahen sei (Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ). Im Hinblick auf die weltweite Wirkung des von ihm ausgesprochenen Verbots führte es aus, daß ein französisches Gericht dann, wenn es als Gericht am Begehungsort zuständig sei, auch die nach

8) Zahlreiche Entscheidungen zu interlokalen Kennzeichenkonflikten im Internet hat dagegen die amerikanische Rechtsprechung hervorgebracht; vgl. hierzu und zu den allgemeinen Grundsätzen des US-amerikanischen internationalen Zuständigkeitsrechts *Bettinger*, GRUR Int. 1998, 660 ff.; *Koch*, CR, 1999, 125; *Pichler*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 31 S. 81, München 1999.

9) Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Ordonnance de référé vom 13. Oktober 1996, SG 2 ./ Brokat Informationssysteme GmbH-rechtskräftig. . .

10) Darüber hinaus hatte die französische Firma das Zeichen auch als Gemeinschaftsmarke angemeldet, allerdings erst nach dem Tag der deutschen Anmeldung durch Brokat und ohne die Möglichkeit, die Priorität der bereits vor dieser getätigten früheren französischen Anmeldung in Anspruch nehmen zu können. Im Ergebnis konnte damit die Gemeinschaftsmarkenanmeldung das deutsche Markenrecht der Beklagten nicht mehr beeinflussen.

französischem Markenrecht vorgesehenen Sanktionen verhängen können müsse, da ansonsten ein Kennzeichenrecht nicht mehr auf seinem Territorium geschützt wäre. Das deutsche Unternehmen sei daher verpflichtet, die Verwendung der Bezeichnung „payline“ in Frankreich in jeglicher Form und damit insbesondere auch im Internet zu unterlassen.

## II. Playboy v. Chuckleberry<sup>11)</sup>

Etwas vorsichtiger – und die Internationalität des Sachverhalts stärker berücksichtigend – urteilte hingegen der District Court for the Southern District of New York bei einer ähnlichen Fallkonstellation im Jahre 1996. Klägerin war die das weltweit bekannte „Playboy“-Magazin herausgebende Playboy Enterprises Inc. Beklagter war der Herausgeber des italienischen Herrenmagazins „Playmen“, der auf einem italienischen Internetserver eine Homepage eingerichtet hatte, auf der die Bezeichnung „Playmen“ benutzt wurde. Abrufbar waren zum einen das Titelblatt des italienischen Magazins, zum anderen Fotos, welche je nach dem Grad ihrer Freizügigkeit unter dem Namen „Playmen-Lite“ kostenlos und unter dem Namen „Playmen-Pro“ gegen Gebühr zugänglich gemacht wurden. Die Firma Playboy Enterprises Inc. beanstandete, daß die Beklagte mit ihrem Online-Service gegen eine bereits im Jahre 1981 erstrittene Unterlassungsverfügung verstoße, mit der diese der Vertrieb und Verkauf des *Playmen*-Magazins in den USA wegen der Verletzung der amerikanischen „Playboy“-Marke verboten worden war.

Das New Yorker Gericht hielt sich ohne weiteres für international zuständig und sah auch in der Abrufbarkeit der beiden *Playmen*-Versionen durch US-Bürger via Internet einen zeichenverletzenden Vertrieb der Online-Publikationen in den USA und damit einen Verstoß gegen die Verfügung aus dem Jahre 1981. Es verpflichtete den Betreiber der italienischen Homepage dazu, den Abruf von „Playmen-Lite“ und „Playmen-Pro“ durch Internetnutzer aus den USA zu verhindern. Die Beklagte müsse zum einen das bereits für die „Playmen-Pro“-Version bestehende Verfahren der Paßwortvergabe im Hinblick auf die Kreditkartenüberprüfung dahingehend verbessern, daß Nutzer aus den Vereinigten Staaten herausgefiltert würden. Zum anderen müsse die Beklagte auch den Zugriff auf die „Playmen-Lite“-Version durch US-amerikanische Bürger verhindern. Dies könne beispielsweise dadurch geschehen, daß für die „Playmen-Lite“-Version eine kostenlose Paßwortvergabe nach Überprüfung der Nutzer-IDs erfolge, mit deren Hilfe wiederum US-amerikanischen Bürgern der Zugriff verwehrt würde. Die grundsätzliche Gleichbehandlung mit der „Playmen-Pro“-Version ergebe sich daraus, daß auch die „Playmen-Lite“-Version bereits das Produkt selbst darstelle und nicht mehr bloße Werbung sei.

Im Hinblick auf die Nutzung der in den USA verbotenen Bezeichnung „Playmen“ durch die Beklagte auf der Homepage ihres italienischen Dienstes stellte das Gericht allerdings fest, daß niemand daran gehindert werden dürfe, unter einem bestimmten Namen eine Website einzurichten, bloß weil diese Website auch von einem Land aus zugänglich ist, in dem der Vertrieb der auf der Website beworbenen Produkte wegen Markenrechtsverletzung verboten wäre.

11) *Playboy Enterprises v. Chuckleberry Publishing Inc.* 39 USPO 2d 1746 (S.D.N.Y. 1996).

### III. Bensusan v. King<sup>12)</sup>

Ein lediglich interlokaler, aber ebenso als internationaler Konflikt vorstellbarer Sachverhalt lag der Entscheidung *Bensusan v. King* zugrunde. Auslöser des Streits war die Benutzung eines Firmenlogos auf der Homepage einer Website. Richard King, Betreiber eines Jazzlokals mit dem Namen „Blue Note“ in Columbia (Missouri), hatte im Internet eine Website eingerichtet, auf deren Homepage die Bezeichnung „Blue Note“ zu sehen war. Bensusan Restaurant Corp., die Betreiberin eines gleichnamigen Jazzlokals in New York und anderen Städten, berief sich auf ihre für die Bezeichnung „Blue Note“ eingetragene Marke und verklagte King vor dem New Yorker District Court wegen Markenverletzung und unlauteren Wettbewerbs.

Zum Zeitpunkt der Klageerhebung enthielt die Website neben einer Programmübersicht sowie einer Telefonnummer zur Kartenvorbestellung folgenden „Disclaimer“:

„The Blue Note's Cyberspot should not be confused with one of the world's finest jazz clubs Blue Note, located in the heart of New York's Greenwich Village. If you should find yourself in the Big Apple, give them a visit.“

Außerdem enthielt die Website einen „Hyperlink“, der die Internetnutzer direkt auf Bensusan's Website führte.

Der angerufene New Yorker District Court sah die Voraussetzungen für seine Zuständigkeit nach New Yorker „long-arm statute“<sup>13)</sup> als nicht erfüllt an. Zwar genüge für das Vorliegen einer deliktischen Handlung in Form einer Markenverletzung, daß nur ein einziges der die Markenrechte des Klägers verletzenden Produkte auf dem New Yorker Markt angeboten werde. Nicht ausreichend sei jedoch die bloße Abrufbarkeit einer Website mit Angabe einer Telefonnummer. Die Tatsache, daß eine Person Informationen über vermeintlich markenverletzende Dienstleistungen im Internet abrufen könne, sei nicht gleichzusetzen mit Werbung, dem Verkauf oder einer sonstigen Maßnahme, um die eigenen Produkte auf dem New Yorker Markt zu platzieren.

Auch das weitere Anknüpfungsmoment des New Yorker „long-arm statute“, nach dem die Zuständigkeit begründet ist, wenn der Beklagte erwartet oder vernünftigerweise erwarten kann, daß seine Tätigkeit Auswirkungen im Gerichtsstaat habe und zu einem erheblichen Einkommen aus dem interstaatlichen bzw. internationalen Handel führen werde, sei nicht erfüllt. Denn nach einem Affidavit des Beklagten beruhen 99 % seines Einkommens auf Kartenverkäufen an die ortsansässigen, überwiegend studentischen Besucher aus Columbia, Missouri.

Im übrigen würde, selbst wenn man die Voraussetzungen der prozeßrechtlichen Bestimmungen als erfüllt ansehe, die Bejahung der Zuständigkeit in New York

den verfassungsrechtlichen Grundsatz des „due process“ verletzen, denn King habe wie viele andere lediglich eine Website im Internet zum Abruf bereit gehalten. Auch wenn dies technisch bedingt bundesweite oder gar weltweite Auswirkungen habe und für King vorhersehbar gewesen sei, so habe er sich damit allein noch nicht zielgerichtet auf dem New Yorker Markt betätigt.

### D. Internationale Tatortzuständigkeit

#### I. Einführung in die Problematik

Kommt es, wie in den dargestellten Beispielfällen, wegen einer Zeichenbenutzung im Internet zu einem Konflikt zwischen Parteien aus verschiedenen Ländern, so stellt sich als erstes die Frage, in welchem Land der potentiell Verletzte zulässigerweise Klage erheben und eine Entscheidung in der Sache selbst herbeiführen kann. Die Antwort hierauf geben die nationalen Regeln über die internationale Zuständigkeit der inländischen Gerichte. Im deutschen Recht werden insoweit – vorbehaltlich vorrangiger völkerrechtlicher Abkommen<sup>14)</sup> wie vor allem dem EuGVÜ<sup>15)</sup> – die Vorschriften der ZPO über die örtliche Zuständigkeit herangezogen. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte liegt danach vor, wenn im konkreten Fall bei einem rein nationalen Sachverhalt ein deutsches Gericht nach den §§ 12 ff. ZPO örtlich zur Entscheidung zuständig wäre (sog. Doppelfunktionalität der Gerichtsstandsvorschriften)<sup>16)</sup>. Da bei internationalen Zeichenkonflikten im Internet der potentielle Verletzer zumeist weder Sitz, Niederlassung oder Vermögen im Inland hat, sind die deutschen Gerichte in diesen Fällen regelmäßig nur dann international zuständig, wenn der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung eröffnet ist (§ 32 ZPO bzw. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ).

Die Bestimmung der Reichweite des deliktischen Gerichtsstands im globalen und grenzenlosen Internet bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Denn soweit die aufgrund der Ubiquität des Internet ohne weiteres auch in Deutschland technisch mögliche Abrufbarkeit einer Website zur Begründung eines zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes im Inland als ausreichend angesehen wird, führt dies dazu, daß sich ausländische Unternehmen wegen ihrer Zeichennutzung im Internet stets vor deutschen Gerichten verantworten müßten, wenn sich der Inhaber eines deutschen Zeichenrechts hierdurch beeinträchtigt fühlt. Bei Maßgeblichkeit der technischen Abrufbarkeit einer Website scheint sich der deliktische Gerichtsstand im Internet zu einer Art „exorbitantem“ Gerichtsstand ohne ausreichenden Inlandsbezug zu

12) *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295, 299 (S.D.N.Y. vom 9. September 1996); die Entscheidung ist mittlerweile durch die Berufungsinstanz bestätigt worden (United States Court of Appeals No. 1383, Docket Nr. 96–9344, September 10, 1997).

13) Die entsprechende Vorschrift des § 302 (a) Civil Practice Law and Rules („CPLR“) eröffnet die Zuständigkeit in folgenden Fällen: § 302 (a) (1) addressing the transaction of business in New York; § 302 (a)(3) governing the commission of a tortious act outside New York causing injury in New York where the defendant either (1) regularly transacts business or „derives substantial revenue from goods or consumed services rendered in the state“ or (2) expects his act „to have consequences in the state and derives substantial revenue from interstate or international commerce“; vgl. hierzu auch den Bericht über die neuere Rechtsprechung amerikanischer Gerichte zur interlokalen und internationalen Zuständigkeit bei Kennzeichenverletzungen im Internet bei *Bettinger*, GRUR Int. 1998, 660 ff.

14) Vgl. inzwischen auch den Vorentwurf der Haager Konferenz für IPR zu einem internationalen Zuständigkeitsabkommen vom 18. 6. 1999, abrufbar unter [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

15) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen vom 27. 9. 1968 (BGBl. 1972 II, S. 774) i. d. F. des 4. Beitrittsübereinkommen vom 29. 11. 1996 (BGBl. 1999 II S. 419), das den Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden regelt, ist am 1. 1. 1999 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.

16) Allg. M. BGHZ 94, 156, 157 mit weiteren Nachw. BGHZ 115, 90, 91; *Geimer* IZPR Rdnr. 943. Dabei liegt die internationale Zuständigkeit bereits dann vor, wenn auch nur irgendein deutsches Gericht örtlich zuständig ist, es muß nicht das konkret angerufene Gericht sein. Im übrigen ist die Doppelfunktionalität kein starres Prinzip, sondern die Indizwirkung der örtlichen Zuständigkeit läßt Raum für die Berücksichtigung spezifisch internationalrechtlicher Wertungen und Interessen bei der internationalen Zuständigkeit, s. *Schack* IZVR Rdnr. 236.

entwickeln<sup>17)</sup>. Insbesondere in Fallkonstellationen, in denen die Geschäftstätigkeit des beklagten Unternehmens ihrer Natur nach regional begrenzt ist und keine Gefahr einer Ausdehnung auch ins Ausland hinein besteht, wie etwa in dem geschilderten Jazzclub-Fall (*Bensusan v. King*), drängt es sich auf, die weitgezogene Tatortzuständigkeit aus Gründen des Beklagten schutzes einzuschränken. In solchen Fällen soll es dem Beklagten schon nicht zugemutet werden, überhaupt vor deutschen Gerichten erscheinen zu müssen, um sich gegen die von vornherein aussichtslose Klage zu verteidigen.

Im Schrifttum mehren sich daher die Stimmen, die für Internetstreitigkeiten eine Einschränkung der deutschen internationalen Tatortzuständigkeit fordern. Teilweise werden dabei flexible Zuständigkeitsregeln befürwortet, die eine Zuständigkeit über Handlungen im Internet nur in schwerwiegenden Fällen erlauben und die Möglichkeit offenlassen, die Zuständigkeit im Einzelfall zu verneinen.<sup>18)</sup> Überwiegend wird jedoch vorgeschlagen, für die Zuständigkeit darauf abzustellen, ob die Website (auch) „für den deutschen Markt bestimmt“ und insoweit in Deutschland „bestimmungsgemäß abrufbar“ ist<sup>19)</sup>.

Eine über die bloße Einschränkung hinausgehende Abschaffung der internationalen Tatortzuständigkeit für Verletzungsklagen aufgrund von Zeichennutzungen im Internet ist bislang noch nicht gefordert worden<sup>20)</sup>, auch wenn Entscheidungen wie diejenigen des TGI Nantese im *Payline*-Fall die Befürchtung aufkommen lassen, daß die erforderliche Interessenabwägung bei Zeichenkollisionen im Internet einseitig zugunsten des inländischen Zeichninhabers ausfällt. Die folgenden Überlegungen gehen jedoch davon aus, daß es auch den Gerichten am Tatort gelingen wird, die Internationalität der Sachverhalte rechtlich in den Griff zu bekommen. Im Vordergrund steht daher die Frage, ob und inwieweit die derzeit diskutierte Beschränkung der deutschen Tatortzuständigkeit auf „bestimmungsgemäß abrufbare“ Websites im deutschen internationalen Prozeßrecht sinnvoll und praktisch durchführbar ist.

## II. Die internationale Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ

### 1. Rechtliche Grundlagen

Die internationale Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO setzt das Vorliegen eines inländischen Begehungsortes voraus. Unter „Begehungsort“ im Sinne von § 32 ZPO ist dabei sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort einer deliktischen Handlung zu verstehen (Ubiquitäts-

prinzip)<sup>21)</sup>. Liegen diese Orte, wie bei grenzüberschreitenden Distanz- und Streudelikten, in verschiedenen Ländern, hat der Verletzte grundsätzlich die Wahl, in welchem Land er Klage gegen den Verletzer wegen des gesamten, einheitlichen Verletzungsvorgangs erheben möchte<sup>22)</sup>. Bei Kennzeichenrechtsverletzungen ergeben sich allerdings aufgrund des immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsgrundsatzes Besonderheiten. Denn danach entfalten Kennzeichenrechte als nationale Monopolrechte materiellrechtliche Wirkungen nur auf dem Territorium des sie gewährenden Staates<sup>23)</sup>. Das Ausschließlichkeitsrecht ihres Inhabers endet in räumlicher Hinsicht an den Grenzen des jeweiligen Staatsgebiets. Aufgrund dieser territorialen Begrenzung des materiellen Geltungsanspruchs eines Kennzeichenrechts kann aber seine Verletzung per definitionem nur im jeweiligen Verleihungsstaat erfolgen, Handlungs- und Erfolgsort fallen insoweit zusammen<sup>24)</sup>. Durch im Inland begangene Handlungen können somit keine ausländischen Zeichenrechte verletzt werden und umgekehrt, ausländische Handlungen können lediglich im Einzelfall eine Erstbegehungsfahr für das Inland begründen und damit die internationale Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO für eine vorbeugende Unterlassungsklage eröffnen<sup>25)</sup>. Das bedeutet im Ergebnis zugleich, daß ein zuständigkeitsbegründender Begehungsort im Inland stets nur hinsichtlich der Verletzung inländischer Zeichenrechte vorhanden sein kann<sup>26)</sup>. Der deliktische Gerichtsstand des § 32 ZPO ist auf Klagen aus deutschen Zeichenrechten beschränkt<sup>27)</sup>.

Hat der Beklagte seinen Sitz in einem Mitgliedstaat des EuGVÜ, kommt anstelle des § 32 ZPO vorrangig die weitgehend parallele, grundsätzlich aber vertragsauto-

17) Als exorbitant werden solche Gerichtsstände bezeichnet, die sich auf aus dem Rahmen fallende, international nicht allgemein anerkannte Zuständigkeitsmerkmale stützen, wie bspw. § 23 ZPO, s. *Schack*, IZVR Rdnr. 195.

18) So insbesondere *Kuner*, CR 1996, 453, 458.

19) Allgemein: *Koch*, CR 1999, S. 121, 129; *Pichler*, in *Hoeren/Sieber*, Hdb. Multimedia-Recht, 1999, Rdnr. 137, 157; speziell für das Kennzeichenrecht: *Ubber*, WRP 1997, 497, 502; *Kur* in *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 375, *Wegner*, CR 1998, 676, 680; für das Wettbewerbsrecht: *Bachmann*, IPRax 1998, 179, 185 f.

20) Vgl. aber demnächst den Vorschlag von *Kur*, Vortragspapier für die WIPO-Konferenz E-commerce and intellectual property vom 14.-16. September 1999 in Genf. Danach sollen die Gerichte am Tatort nur noch befugt sein, zur Aufnahme von Disclaimern oder Zusätzen zu verurteilen, ein generelles Verbot einer bestimmten Zeichennutzung im Internet soll jedoch in erster Linie den Gerichten am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten vorbehalten bleiben.

21) BGH NJW 1980, 1224, 1225; BGH NJW 1990, 1533; *Schack*, IZVR Rdnr. 293. Erfolgsort ist dabei ausschließlich derjenige Ort, an dem die Rechtsgutsverletzung eingetreten ist; der mehr oder weniger zufällige Ort des Schadenseintritts spielt keine Rolle, vgl. *Schack*, IZVR Rdnr. 304.

22) RG JW 1936, 1291; *Geimer*, IZPR Rdnr. 1500. *Staudinger/von Hoffmann*<sup>12)</sup>, Art. 38 EGBGB Rdnr. 255a mit weiteren Nachw.

23) BGH GRUR 1964, 372, 375 – *Maja*; LG Mannheim GRUR Int. 1968, 236 – *Tannenzeichen*; Die Geltung des Territorialitätsprinzips war nicht von Anfang an selbstverständlich. Für Deutschland wurde sie vom RG mit der „*Hengstenberg*“-Entscheidung „*Springendes Pferd*“ (RGZ 118, 76) im Jahre 1927 unter Aufgabe der bis dahin gültigen Theorie von der universalen Geltung des deutschen Warenzeichens begründet.

24) Vgl. *Ulmer/Beier/Schricker*, GRUR Int. 1985, 104, 106; *Sandrock*, GRUR Int. 1985, 507, 513 f.; v. *Bar*, IPR II Rdnr. 710; *Geimer*, IZPR 1519.

25) OLG Hamburg GRUR 1987, 403 f. – Informationsschreiben; *Schack*, IZVR Rdnr. 292.

26) Soweit der BGH in seinem *Zeiß*-Urteil (GRUR 1958, 189, 197) angenommen hat, bei einem Transit über das Gebiet der Bundesrepublik könne wegen drohender Verletzung ausländischer Kennzeichenrechte im Bestimmungsland ein inländischer Begehungsort nach § 32 ZPO bejaht werden, ist die Entscheidung mit dem Territorialitätsprinzip kaum vereinbar. Der Transit stellt sich ausschließlich als Vorbereitungshandlung für die mit Grenzübertritt beginnende Zeichenrechtsverletzung im Ausland dar, er gehört jedoch nicht bereits selbst zum Verletzungstatbestand des ausländischen Kennzeichenrechts. Bemerkenswert ist daher, daß auch der BGH im zu entscheidenden Fall die deutsche internationale Tatortzuständigkeit hinsichtlich einer fraglichen Verletzung der ausländischen Zeichenrechte infolge Transits über deutsches Territorium im Ergebnis abgelehnt hat, wenn er es auch mit der fehlenden örtlichen Zuständigkeit des konkret angerufenen Gerichts begründet hat. So ist auch in der Literatur die Ablehnung der internationalen Tatortzuständigkeit durch den BGH begrüßt und allein ihre Begründung kritisiert worden, s. *Hefermehl*, GRUR 1958, 199; eher zust. *Steindorff*, JZ 1958, 241.

27) S. zur vergleichbaren Frage bei Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ *Stauder*, GRUR Int. 1976, 465, 474; *Kieninger*, GRUR Int. 1998, 280, 282; a.A. *Kubis*, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, 1999, S. 201 ff., 243.

nom auszulegende Vorschrift des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ zur internationalen Tatortzuständigkeit zur Anwendung<sup>28)</sup>. Danach können Klagen aus unerlaubter Handlung, wozu auch Immaterialgüterrechtsverletzungen zählen<sup>29)</sup>, vor dem Gericht desjenigen Ortes geltend gemacht werden, „an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“. Hierunter versteht der EuGH in weiter Auslegung sowohl den Ort des ursächlichen Geschehens als auch denjenigen Ort, an dem der Schaden entstanden ist, und räumt dem Geschädigten ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Gerichtsständen ein<sup>30)</sup>. Aufgrund der territorialen Wirkungsbeschränkung der nationalen Kennzeichenrechte wird der Tatort auch bei Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ wie bei § 32 ZPO immaterialgüterrechtsspezifisch dahingehend modifiziert, daß der deliktische Gerichtsstand mit dem jeweiligen Erteilungsstaat zusammenfällt und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ die Zuständigkeit nur für Klagen aus inländischen, nicht jedoch auch aus ausländischen Zeichenrechten eröffnet<sup>31)</sup>.

Die Zuständigkeiten nach § 32 ZPO und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ laufen damit für kennzeichenrechtliche Verletzungsklagen weitgehend parallel,<sup>32)</sup> insbesondere können in beiden Gerichtsständen neben Schadensersatz ohne weiteres auch zeichenrechtliche Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden<sup>33)</sup>. Die nachfolgenden Überlegungen zur Bestimmung des zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes bei Zeichenkonflikten im Internet können daher grundsätzlich für beide Vorschriften gemeinsam angestellt werden.

28) Zur autonomen Auslegung des EuGVÜ, die grundsätzlich dem EuGH obliegt vgl. *Kropholler*, EuGVÜ Einl. Rdnr. 18 ff. Das EuGVÜ ist innerhalb seines Anwendungsbereichs zwingend und verdrängt das nationale Zuständigkeitsrecht. Für die im Kennzeichenrecht bedeutsamen Eilverfahren bleiben allerdings gemäß Art. 24 EuGVÜ die nationalen Zuständigkeitsregeln neben denjenigen des EuGVÜ weiterhin anwendbar. Vgl. inzwischen EuGH EuZW 1999, 413, 416 – Van Uden Maritime/Deco-Line.

29) Dies ergibt sich im Umkehrschluß aus Art. 16 Nr. 4 EuGVÜ, der eine ausschließliche Zuständigkeit des Erteilungsstaates nur für Bestandsklagen vorsieht. Vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, Rdnr. 10 zu Art. 5 EuGVÜ; *Stauder*, GRUR Int. 1976, 465; *Kieninger*, GRUR Int. 1998, 282.

30) EuGH NJW 1977, 493 – *Bier/Mines de Potasse d'Alsace S.A.* Unter Schadensort versteht man dabei nur denjenigen Ort, an dem sich der erste Schaden realisiert hat, nicht jedoch den Ort weiterer Folgeschäden. Der Schadensort entspricht damit im wesentlichen dem Erfolgsort als dem Ort des Eintritts der Rechtsgutverletzung im autonomen deutschen Recht. Vgl. EuGH IPRax 1997, 331 – *Marinari/Lloyds Bank*.

31) *Stauder*, GRUR Int. 1976, 465, 474, 477; *Kieninger*, GRUR Int. 1998, 282.

32) Insbesondere führt die einschränkende Auslegung von Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für die Verbreitung ehrverletzender Presseartikel in international verbreiteten Presseorganen durch die Entscheidung *Fiona Shevill v. Presse Alliance S.A.* (EuGH NJW 1995, 1882) zu keiner unterschiedlichen Reichweite der beiden deliktischen Zuständigkeiten bei zeichenrechtlichen Schadensersatzklagen, da sich Ansprüche aus Kennzeichenverletzungen aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes ohnehin auf den Schaden im jeweiligen Schutzland beschränken. Daß bei zeichen- oder wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen eine nach nationalem Recht bestehende Unterlassungspflicht extraterritoriale Wirkungen entfaltet, läßt nach bisherigem Verständnis nicht die Tatortzuständigkeit entfallen, sondern führt allenfalls dazu, daß die Unterlassungspflicht als solche keinen Bestand hat.

33) Der einzige Unterschied ergibt sich insoweit im Hinblick auf vorbeugende Unterlassungsklagen. Während eine Erstbegehungsgefahr eine Zuständigkeit nach § 32 ZPO begründen kann, ist dies im Hinblick auf seinen Wortlaut „eingetreten ist“ bei Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ eine umstrittene Frage, s. dazu *Behr* GRUR Int. 1992, 604 mit weiteren Nachw. Ablehnend OLG Bremen RIW 1992, 231, 233 – *Beta*. Zweifelnd BGH im zwischenzeitlich erledigten Vorlagebeschluß (RIW 1994, 591).

## 2. Rechtsprechung zur Tatortzuständigkeit bei grenzüberschreitend verbreiteten Massenmedien

Die Judikatur zur internationalen Tatortzuständigkeit für Klagen aus deutschen Kennzeichenrechten gegen Zeichennutzungen in international verbreiteten Pressemedien ist äußerst spärlich. Höchststrichterliche Rechtsprechung gibt es nicht<sup>34)</sup>. Die einzige bislang zu dieser Problematik ergangene instanzgerichtliche Entscheidung ist, soweit ersichtlich, die *Tannenzeichen*-Entscheidung des LG Mannheim aus dem Jahre 1967.

In dem der *Tannenzeichen*-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine nordamerikanische Firma in weltweit verbreiteten amerikanischen Zeitschriften für ihre ausschließlich in den USA vertriebenen Produkte geworben, wobei ein geringer Teil der Gesamtauflage – per Abonnement – auch nach Deutschland geliefert wurde. Ein deutsches Unternehmen, das das gleiche Zeichen in Deutschland für identische Waren als Marke registriert hatte, sah in der Verwendung des Tannenzeichens in den Werbeanzeigen des amerikanischen Unternehmens eine Verletzung seines deutschen Zeichenrechts und klagte auf Unterlassung der Verbreitung der Anzeigen in Deutschland.

Das Landgericht bejahte die deutsche internationale Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO, wies die Klage im Ergebnis jedoch ab. Es betonte, daß die Tatsache, daß sich schon aus dem Vorbringen der Klägerin das Fehlen eines rechtswidrigen Eingriffs in den Schutzbereich des deutschen Klagezeichens ergebe, nicht geeignet sei, eine Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts zu begründen. Zwar habe grundsätzlich der Kläger die Tatsachen, aus denen sich die internationale Zuständigkeit ergibt, schlüssig darzulegen. Wenn allerdings in einem Fall die rechtliche Würdigung bestimmter Tatsachen umstritten sei, könne dies nicht bedeuten, daß der Kläger auch die gerade erst zu prüfende richtige Rechtsansicht vertreten müsse. Denn anderenfalls würde eine in materielle Rechtskraft erwachsende Feststellung, daß in bestimmten Tatsachen gerade keine unerlaubte Handlung zu sehen sei, unmöglich. Es müsse somit für die Begründung der internationalen Zuständigkeit nach § 32 ZPO genügen, wenn sich die vom Kläger vorgetragene Tatsachen, in denen die unerlaubte Handlung seiner Ansicht nach bestehen soll, im Gerichtsbezirk abgespielt haben<sup>35)</sup>.

Nicht um kennzeichenrechtliche, sondern ausschließlich um wettbewerbsrechtliche Fragen von Werbeanzeigen in grenzüberschreitenden Pressemedien ging es in der *Tampax*-Entscheidung des BGH, auf die zur Bestimmung der Reichweite der internationalen Tatortzuständigkeit für Zeichenrechtsverletzungen im Internet immer wieder zurückgegriffen wird<sup>36)</sup>. Dort hatte ein britisches Unternehmen in einer deutschsprachigen schweizerischen Zeitschrift für ein Produkt geworben, das auch in Deutschland erhältlich war, hier jedoch von einem anderen Unternehmen vertrieben wurde. Eine Konkurrentin des deutschen Unternehmens klagte auf Unterlassung

34) Dies dürfte vor allem daran liegen, daß bislang ein Handlungsort stets ohne Schwierigkeiten im Inland lokalisiert werden konnte und in rechtlicher Hinsicht allein fraglich war, ob in der inländischen Benutzungshandlung – etwa der Kennzeichnung von Waren für den Export oder des Transits – zugleich auch eine Verletzung deutschen Zeichenrechts zu sehen sei. Vgl. *Ingerl/Rohnke*, § 14 MarkenG Rdnr. 121 ff. mit weiteren Nachw.

35) In der Sache selbst hielt das Landgericht deutsches Zeichenrecht aufgrund inländischer Verbreitung ohne weiteres für anwendbar. Vgl. dazu unten F.

36) BGH GRUR 1971, 153 m. Anm. *Droste*.

der Werbung wegen Verstoßes gegen das deutsche UWG. Der BGH bejahte die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach § 32 ZPO, da die Zeitschriften im regelmäßigen Geschäftsbetrieb über die Grenzen gelangten und die grenzüberschreitende Wirkung der Werbung für den Werbenden deshalb voraussehbar gewesen sei. Dabei wies er darauf hin, daß von einem „Verbreiten“ einer Zeitschrift in Deutschland und damit von einem „Handeln im Inland“ nur in solchen Fällen nicht gesprochen werden könne, in denen „lediglich da und dort ein Einzelstück oder eine Mehrzahl von Zeitschriften über die Grenze gelange“<sup>37)</sup>.

Aus dieser Entscheidung wird der Schluß gezogen, die internationale Tatortzuständigkeit deutscher Gerichte für Werbeanzeigen in grenzüberschreitenden Pressemedien liege nur dann vor, wenn die Anzeigen gezielt, d. h. „bestimmungsgemäß“ auch auf den deutschen Markt ausgerichtet seien. Bei genauerer Betrachtung enthält die Tampax-Entscheidung jedoch kein derartiges Präjudiz. Auf die Zielrichtung der Werbung kam es für die Frage, ob ein zuständigkeitsrechtlicher inländischer Verbreitungs- und damit Begehungsort vorhanden sei, gerade nicht an. Allein entscheidend war das objektiv vorhandene „regelmäßige“ Verbreitungsgebiet des Mediums. Nur die wirklich zufälligen und vereinzelt bleibenden Grenzüberschreitungen sollten, wie der BGH andeutet, nicht zuständigkeitsbegründend im Inland wirken können, da es insoweit an der Voraussehbar- und Zurechenbarkeit für den Werbenden fehlt. Auf die darüber hinausgehende Frage, ob ein inländischer Begehungsort – trotz regelmäßiger Verbreitung des Werbemediums in Deutschland – abgelehnt werden kann, weil sich die Werbung den Umständen nach offensichtlich weder zielgerichtet noch bestimmungsgemäß auf den deutschen Markt richtet, brauchte der BGH, da er die Zuständigkeit im zu entscheidenden Fall als gegeben ansah, nicht näher einzugehen. Der Tampax-Entscheidung läßt sich somit keine restriktive Auslegung des zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes für Werbeanzeigen in grenzüberschreitend verbreiteten Medien entnehmen.

Hiervon abgesehen wäre eine einschränkende Auslegung des zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes für Wettbewerbsverstöße – die in der Tampax-Entscheidung allein in Frage standen – auch in grundsätzlicher Hinsicht auf Kennzeichenrechtsverletzungen nicht ohne weiteres übertragbar. Denn während im Wettbewerbsrecht der territoriale Bezug zu einem bestimmten Land auf kollisionsrechtlicher Ebene durch die Anknüpfung an den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision aufgelockert wird<sup>38)</sup>, gilt im Kennzeichenrecht das Territorialitäts- und Schutzlandprinzip. Wegen des grundsätzlichen Ausschließlichkeitscharakters eines Monopolrechts ist ein zuständigkeitsrechtlicher Begehungsort zu bejahen, wenn sich die Tatsachen, in denen nach klägerischer Auffassung die Zeichenrechtsverletzung bestehen soll, im Gerichtsbezirk abgespielt haben. Ob die Tatsachen insoweit auch ausreichend sind, um das Klagebegehren zu stützen, ist nicht eine Frage der Zulässigkeit der Klage, sondern ihrer Begründetheit. Im Ergebnis ist somit als Begehungsort von Kennzeichennutzungen innerhalb eines grenzüberschreitenden Massenmediums nach herkömmlicher Auffassung mindestens<sup>39)</sup> jeder Ort anzuse-

hen, an dem dieses dritten Personen (objektiv) regelmäßig und damit nicht bloß zufällig zur Kenntnis gebracht wird.

### III. Internationale Tatortzuständigkeit für Kennzeichenkonflikte im Internet

#### I. Anwendung herkömmlicher Grundsätze

Wendet man die für international verbreitete Massenmedien entwickelten Grundsätze zur Bestimmung des zuständigkeitsrechtlichen Begehungsortes auf das Internet an, so stellt sich die Frage, ob und inwieweit Deutschland als Teil des „regelmäßigen Verbreitungsgebiets“ des Internet anzusehen ist. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, daß die in das Internet eingespeisten Inhalte in objektiv-technischer Hinsicht keineswegs zufällig, sondern durchaus bestimmungsgemäß zu allen an das Internet angeschlossenen Rechnern gelangen. Jedes Unternehmen, das im Internet aktiv ist, weiß um die technisch mögliche weltweite Abrufbarkeit seiner Website. Der einzige Unterschied zu herkömmlichen grenzüberschreitend verbreiteten Presseerzeugnissen besteht darin, daß die Informationen nicht durch den Presseverlag in materieller Form über die Grenze zu ihren Adressaten transportiert werden, sondern in digitaler Form auf einem Server zum jederzeitigen Zugriff und Abruf durch ausländische Internetnutzer bereitliegen. Dieser technische Unterschied in der Kommunikation zwischen dem Werbemedium Internet und herkömmlichen Massenmedien rechtfertigt jedoch keine unterschiedliche rechtliche Behandlung. Es erscheint insbesondere wenig sinnvoll, das Internet als ein lediglich „bereithaltendes System“ von solchen Systemen zu unterscheiden, die Daten und Nachrichten an einen anderen Ort weiterleiten, wie es beispielsweise Zeitungen oder der Rundfunk tun, und insoweit an den Orten der Abrufbarkeit überhaupt eine Verbreitung zu verneinen<sup>40)</sup>. Zum einen wird die den Kommunikationsvorgängen zugrundeliegende Technik, daß der einzelne Nutzer die Daten von im Ausland befindlichen Servern „anfordern“ muß, in der praktischen Handhabung des Internet nicht sichtbar. Zum anderen ist der Kontakt, der durch das „Bereithalten“ von Inhalten im Internet zu den Orten ihrer Abrufbarkeit hergestellt wird, aufgrund der Tatsache, daß die Inhalte zu jedem beliebigen Zeitpunkt und wiederholt von den Nutzern abgerufen werden können, dauerhaft und damit jedenfalls in technischer Hinsicht intensiver als bei den mehr oder weniger ephemeren Medien wie Zeitungen, Zeitschriften, Fernsehen oder Hörfunk. Die technische Abrufbarkeit einer Website ist damit grundsätzlich der regelmäßigen, nicht zufälligen Verbreitung eines Pressemediums gleichzusetzen.

Auf die darüber hinausgehende Frage, ob die Werbung in Deutschland auch tatsächlich wahrgenommen wird und in rechtlicher Hinsicht eine „Spürbarkeitsgrenze“ überschreitet oder nicht, kommt es für das Vorliegen einer Verbreitungshandlung bei der Zuständigkeitsprüfung nach § 32 ZPO hingegen nicht an<sup>41)</sup>. Ebensowenig spielt

37) So schon RG GRUR 1936, 670 – *Primeros*; OLG Köln GRUR 1953, 396; OLG Stuttgart GRUR 1954, 131.

38) Grundlegend BGH GRUR 1962, 243 – *Kindersaugflaschen*. S. dazu Großkomm. UWG/Schricker, Einl F 162, 183 ff.

39) Sogar noch weitergehend gehen *Ingerl/Rohnke* davon aus, daß die Verletzungstatbestände des erweiterten Schutzes bekannter

Kennzeichen gemäß §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG, ohne weiteres auch durch Versendung der Druckschrift an Orte erfüllt werden können, die nicht zum „regelmäßigen Verbreitungsgebiet“ gehören und die Zuständigkeit insoweit eröffnet wird (§ 140 MarkenG Rdnr. 46 f.).

40) Ablehnend auch *Bachmann*, IPRax 1998, 179, 185.

41) Der Tampax-Entscheidung läßt sich zwar eine kollisionsrechtliche Spürbarkeitsgrenze für die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts entnehmen, s. *Schricker*, GRUR Int. 1982, 720, 724; *ders.* Großkomm. UWG Einl. F 190, nicht jedoch eine

die subjektive Seite eine Rolle, ob und inwieweit das Unternehmen mit seiner Werbung zielgerichtet gerade auch in Deutschland befindliche Internetnutzer ansprechen möchte oder es die Wahrnehmbarkeit seiner Website in Deutschland lediglich als unvermeidbare Streuwirkung der notwendigerweise weltweiten Nutzungshandlung in Kauf nimmt.

Im Ergebnis begründet damit bei herkömmlicher Auslegung des zuständigsrechtlichen Begehungsortes als „regelmäßiges und nicht nur zufälliges Verbreitungsgebiet“ eines Werbemediums die technisch mögliche Abrufbarkeit von Deutschland aus die Zuständigkeit deutscher Gerichte als Tatortgerichte für sämtliche Klagen, bei denen es um Fragen der Verletzung deutscher Kennzeichenrechte durch Zeichennutzungen auf von Deutschland aus abrufbaren Websites geht.

## 2. Einschränkung der Tatortzuständigkeit im Internet

Diese „universelle“ deutsche Tatortzuständigkeit gilt es nach überwiegender Ansicht im Schrifttum einzuschränken.<sup>42)</sup> Hauptmotiv für die geforderte Zuständigkeitsbegrenzung ist dabei der Schutz ausländischer Beklagter vor dem Risiko, vor weit entfernten Gerichtsständen wegen einer Zeichenbenutzung im Internet in Prozesse verwickelt zu werden. Denn hierdurch könnten insbesondere kleine und mittlere Unternehmen von einem Auftritt im Internet abgeschreckt werden. Verwiesen wird dabei regelmäßig auf diejenigen Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte, die in Fällen, in denen der Beklagte wie im *Bensusan*-Fall über die bloße Abrufbarkeit seiner Website hinaus keinerlei weitere Kontakte zum Forumstaat gehabt hat, ihre *personal jurisdiction* nach den *long-arm statutes* abgelehnt haben<sup>43)</sup>.

Über dieses Hauptmotiv einer unmittelbaren Schutzfunktion für ausländische Beklagte hinaus würde eine Einschränkung der Entscheidungszuständigkeit der deutschen Gerichte mittelbar aber auch inländischen Internetnutzern zugutekommen, soweit gegen sie im Ausland aufgrund bloßer Abrufbarkeit ihrer Website Klage erhoben wird. Denn nach autonomem deutschen Recht lassen sich ausländische Urteile in Deutschland nur dann vollstrecken, wenn die ausländischen Gerichte bei hypothetischer Geltung der deutschen Zuständigkeitsregeln nach §§ 12 ff. ZPO zur Entscheidung des Falles international zuständig gewesen wären (§§ 722 i. V. m. 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Deutschland überträgt insoweit als Anerkennungsstaat seine Regeln der Entscheidungszuständigkeit auf den Urteilsstaat (sog. Spiegelbildprinzip)<sup>44)</sup>. Solange daher für die Begründung der deutschen Tatortzuständigkeit die technische Abrufbarkeit einer Website genügt, müßten auch in umgekehrter Weise aufgrund bloßer

---

zuständigkeitsrechtliche Spürbarkeitsgrenze. Gegen das Erfordernis einer Mindestverbreitung auch *Kubis*, a.a.O., S. 158 f. Zur str. Frage, ob und inwieweit sich die Anforderungen an den zuständigsrechtlichen Begehungsort von denjenigen an den kollisionsrechtlichen Begehungsort unterscheiden können, vgl. Großkomm. UWG/Schricker, Einl. F 176 mit weiteren Nachw.

42) S. die Nachweise in Fn. 19.

43) S. hierzu ausführlich *Bettinger*, GRUR Int. 1998, 660, 662 f. sowie *Koch*, CR 1998, 121, 125 ff.

44) BGHZ 120, 334. Im Anwendungsbereich des EuGVÜ darf allerdings gemäß Art. 28 EuGVÜ die internationale Zuständigkeit des ausländischen Erstgerichts durch das Vollstreckungsgericht gerade nicht nachgeprüft werden. *Thomas/Putzo*, Art. 28 EuGVÜ Rdnr. 1. Hierdurch soll der grenzüberschreitende Rechtsverkehr erleichtert werden. Mögliche Fehlentscheidungen des Erstgerichts bzgl. seiner internationalen Zuständigkeit sind insoweit als das kleinere Übel hinzunehmen.

Abrufbarkeit ergangene Urteile aus dem Ausland – vorbehaltlich der weiteren Voraussetzungen des § 328 ZPO – in Deutschland anerkannt und vollstreckt werden. In dem Maße hingegen, in dem es gelänge, die deutsche Tatortzuständigkeit im Internet einzuschränken, würde auch die Vollstreckung entsprechender ausländischer, aufgrund bloßer Abrufbarkeit ergangener Urteile in Deutschland verhindert und deutschen Internetnutzern Vollstreckungsschutz gewährt.

Das Bemühen um eine Einschränkung der deutschen Tatortzuständigkeit für internationale Zeichenkonflikte im Internet erweist sich jedoch hinsichtlich ihrer konkreten rechtlichen Ausgestaltung und effektiven prozessualen Durchsetzung als schwierig<sup>45)</sup>. Anders als die US-amerikanischen Zuständigkeitsregeln, die von vornherein auf eine flexible Handhabung durch die Gerichte ausgerichtet sind und breiten Raum für eine umfassende Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles lassen<sup>46)</sup>, wird den deutschen Richtern keine Möglichkeit zu vergleichbaren Abwägungen im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung eingeräumt. Nach deutschem Prozeßrecht soll sich das Vorliegen (oder Fehlen) der Zuständigkeit vielmehr in jedem Einzelfall im voraus durch die Parteien verlässlich bestimmen lassen können und unergiebig, eine Entscheidung in der Sache verzögernde Zuständigkeitsstreitigkeiten vermieden werden<sup>47)</sup>. Eine weitreichende rechtliche Würdigung des Sachverhalts auf der Zuständigkeitsebene sieht das deutsche Prozeßrecht nicht vor.

### a) Forum non conveniens

Eine Möglichkeit, die Zahl der von deutschen Gerichten zu entscheidenden Streitigkeiten zwischen in- und ausländischen Parteien über Zeichenbenutzungen im Internet zu verringern, bestünde darin, die herkömmliche „universelle“ Tatortzuständigkeit dem Grunde nach zwar beizubehalten, den Gerichten aber die Möglichkeit offenzulassen, ihre Zuständigkeit im konkreten Einzelfall wegen fehlenden Inlandsbezugs zu verneinen<sup>48)</sup>. Mit dieser Lösung würde die aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammende Lehre vom *forum non conve-*

---

45) Keinen grundsätzlichen Bedenken würde eine Zuständigkeits-einschränkung jedoch dahingehend begegnen, daß sie das Prinzip der Doppelfunktionalität der deutschen Gerichtsstandsvorschriften durchbricht. Zwar wird die *örtliche* Zuständigkeit gemäß § 32 ZPO bei Konflikten zwischen inländischen Parteien einschränkungslos an jedem beliebigen deutschen Gericht bejaht, ohne daß es beispielsweise auf die Frage der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit einer Website gerade im Bezirk des angerufenen Gerichts ankäme. Jedoch ist die Doppelfunktionalität kein starres Schema, sondern die Indizwirkung der örtlichen Zuständigkeit läßt Raum für eine Berücksichtigung spezifisch internationalrechtlicher Wertungen bei internationalen Sachverhalten und ermöglicht es so, die *internationale* Zuständigkeit abzulehnen, wo eine *örtliche* Zuständigkeit bei einem rein nationalen Sachverhalt ohne weiteres zu bejahen wäre.

46) Dies geht bis hin zu Erwägungen wie derjenigen, daß das angerufene Gericht lediglich zwei Stunden Autofahrt vom Sitz der Beklagten entfernt ist, s. *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996), besprochen von *Bettinger*, GRUR Int. 1998, 660, 663.

47) Dieses ordnungspolitische Kalkül wird durch die Schaffung einer begrenzten Anzahl fester Gerichtsstände verwirklicht, die sich auf wesentliche Anknüpfungspunkte, wie bspw. Firmensitz, Erfüllungsort oder eben auch Begehungsort, beschränken. Die „universelle“ Tatortzuständigkeit aufgrund technischer Abrufbarkeit entspricht in ihrer Konsequenz diesem starren Zuständigkeitsystem.

48) Dieses flexible Lösungsmodell wird von *Kuner*, CR 1996, 453, 457 f. angesprochen. Für eine Annäherung an das US-amerikanische Recht allgemein *Hartweg*, Forum Shopping zwischen Forum Non Conveniens und „hinreichendem Inlandsbezug“, JZ 1996, 109.

*niens* aufgegriffen, aufgrund derer die Gerichte eine bestehende Zuständigkeit nicht ausüben müssen, wenn die Streitigkeit ihrer Ansicht nach vor einem anderen, ausländischen Gericht deutlich besser aufgehoben wäre<sup>49</sup>). Gegen eine Anwendung dieser Lehre auf Zeichenkonflikte im Internet spricht jedoch schon die Tatsache, daß das Internet ein von grundsätzlich jedermann benutzbares Kommunikationsmedium ist, bei dem Regeln zur Behandlung von massenhaft auftretenden potentiellen Kennzeichenkonflikten aufgestellt werden müssen, die für Rechtsklarheit und -sicherheit sorgen. Dieses Bedürfnis vermag die Lehre vom *forum non conveniens*, die notwendigerweise eine einzelfallbezogene Korrektur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vorsieht, nicht angemessen zu befriedigen. Hinzu kommt, daß die wesentliche Voraussetzung der Zuständigkeitsversagung als *forum non conveniens* – die Existenz eines deutlich besser geeigneten Gerichts im Ausland, an dem sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen für die beabsichtigte Klage erfüllt sind – bei Zeichenkonflikten im Internet gerade nicht erfüllt ist. Weder können ausländische Gerichte für Verletzungsklagen aus deutschen Zeichenrechten als besser geeignet angesehen werden, sprechen doch vor allem Sach- und Beweislage für den deliktischen Gerichtsstand im Inland, noch ist die Eröffnung der Zuständigkeit für Verletzungsklagen aus ausländischen Immaterialgüterrechten in ausländischen Prozeßordnungen eine prozessuale Selbstverständlichkeit<sup>50</sup>).

## b) Hinreichender Inlandsbezug

Am häufigsten findet sich in der Literatur der Vorschlag, die internationale Tatortzuständigkeit der deutschen Gerichte nicht nur im Einzelfall wegen fehlenden Inlandsbezugs zu verneinen, sondern die Zuständigkeit positiv vom Vorhandensein eines näher zu bestimmenden „hinreichenden“ Inlandsbezugs abhängig zu machen, welcher angesichts der Globalität des Internet nicht bereits durch die bloße Abrufbarkeit einer Website von Deutschland aus begründet werde<sup>51</sup>). Vielmehr komme es für das Vorliegen der deutschen Tatortzuständigkeit darauf an, ob die Zeichennutzung auf der Website „im inländischen geschäftlichen Verkehr“ erfolgt sei<sup>52</sup>), bzw. ob die Website, gegen die der deutsche Zeicheninhaber vorgehen möchte, in Deutschland „bestimmungsgemäß abrufbar“ ist<sup>53</sup>). „Bestimmungsgemäße Abrufbarkeit“ liege dabei vor, wenn die angeblich zeichenverletzende Website (zumindest auch) „für den deutschen Markt bestimmt“ sei<sup>54</sup>). Davon könne beispielsweise bei einer unter einer „.de“-Domain betriebenen Website ausgegangen werden. An der Bestimmungsgemäßheit fehle es aber bspw., wenn der Verwender durch Zusätze wie „keine Warenlieferungen nach Deutschland“ eindeutig zu erkennen gebe, daß er nicht beabsichtige, mit seiner Website

auch in Deutschland befindliche Internetnutzer anzusprechen<sup>55</sup>).

Abgesehen von den Abgrenzungsschwierigkeiten, die ein derartiges Kriterium mit sich brächte, und der daraus folgenden Unsicherheit, mit der die Zuständigkeitsprüfung belastet würde<sup>56</sup>), bestehen bei näherer Betrachtung in Deutschland auch prozeßrechtliche Besonderheiten, ohne deren Modifikation das mit der Zuständigkeitseinschränkung angestrebte Ziel eines effektiven Beklagten-schutzes trotz auf den ersten Blick vorhandener Plausibilität des Kriteriums der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit nicht erreicht werden kann.

Darüber hinaus stellt sich die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis von Tatortzuständigkeit und Reichweite des materiellen Zeichenrechts.

## (aa) Prozessuale Aspekte

Die erste prozessuale Schwierigkeit für einen effektiven Beklagten-schutz ergibt sich aus der materiellrechtlichen Prägung des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung<sup>57</sup>). Diese führt dazu, daß die den inländischen Begehungsort begründenden Zuständigkeitstatsachen grundsätzlich immer zugleich auch notwendige Bestandteile der fraglichen materiellrechtlichen Zeichenverletzungshandlung sind, ihr Vorliegen also sowohl für die Zuständigkeit als auch für die Begründetheit der Klage erforderlich ist (sog. doppelrelevante Tatsachen). Um die Zuständigkeitsprüfung zu entlasten und eine Entscheidung in der Sache selbst zu ermöglichen, darf nach einem Grundsatz des deutschen Prozeßrechts die Prüfung doppelrelevanter Zuständigkeitstatsachen nicht schon im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung erfolgen. Insoweit genügt der schlüssige Vortrag des Klägers zum Bestehen der Zuständigkeit<sup>58</sup>). Es soll verhindert werden, daß bereits für die Frage der Zulässigkeit einer Klage in einem frühen Prozeßstadium umfangreiche Beweisaufnahmen erfolgen müssen.

Auch diejenigen Zuständigkeitstatsachen, aus denen sich die bestimmungsgemäße Abrufbarkeit einer Website oder ihr Fehlen im Einzelfall ergibt, spielen für die Begründetheit der zeichenrechtlichen Verletzungsklage eine ausschlaggebende Rolle. So wird zwar durch die bestimmungsgemäße Abrufbarkeit für sich allein noch keine Verletzung begründet, da es hierfür auf die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen insbesondere der §§ 14, 15 MarkenG ankommt. Jedoch würde umgekehrt bei Fehlen der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit von Deutschland aus auch kein deutsches Zeichenrecht verletzt werden können<sup>59</sup>). Aufgrund dieser Doppelrelevanz des Tatsachenvortrags zur bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit einer Website hätten somit die Gerichte der klägerischen Behauptung, die bestimmungsgemäße Abrufbarkeit liege vor, selbst wenn der Beklagte dies bestreitet, für die Frage ihrer Zuständigkeit ohne eine Möglichkeit der Überprüfung zu folgen. Soweit das Vor-

49) Siehe hierzu *Schack*, IZVR Rdnr. 494 ff.

50) Siehe beispielhaft zum erst kürzlichen und auf den Anwendungsbereich des EuGVÜ beschränkten Wandel der britischen Auffassung *Kieninger*, GRUR Int. 1998, 280.

51) Grundsätzlich stellt der hinreichende Inlandsbezug eines Sachverhalts allerdings keine völkerrechtliche Vorgabe für die Bejahung der staatlichen Zuständigkeit dar. Im Gegenteil sind exorbitante Gerichtsstände mit nur schwachem Inlandsbezug weit verbreitet, s. *Schack*, IZVR Rdnr. 330.

52) *Koch*, CR 1999, 121, 124.

53) So vor allem *Ubber*, WRP 1997, 497, 502; wohl auch allgemein für Immaterialgüterrechte *Pichler*, in *Hoeren/Sieber* Hdb. MultimediaR, Rdnr. 156.

54) *Ubber*, WRP 1997, 497, 502.

55) *Ubber*, WRP 1997, 497, 503.

56) S. dazu *Geimer*, IZVR Rdnr. 1132: „Unklare Kompetenznormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen schaffen US-amerikanische Zustände“; *Geimer*, NJW 1991, 3072; *Schack*, IZVR Rdnr. 203: Jahrelange Zuständigkeitsstreitigkeiten sind die Folge.

57) Gegenbeispiele sind der Gerichtsstand am Firmensitz nach § 17 ZPO oder der Vermögensgerichtsstand nach § 23 ZPO.

58) Rspr. u. h. M.; allgemein BGHZ 124, 237; für § 32 ZPO *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, § 1 Rdnr. 20 ff.; *Kubis*, a.a.O., S. 93 ff. m.w.N. Ob dieser prozeßrechtliche Grundsatz, der im deutschen Recht allgemein gilt, mit der Beklagten-Schutzfunktion des Art. 20 Abs. 1 EuGVÜ zu vereinbaren ist, ist zweifelhaft, s. *Schack* IZVR Rdnr. 387.

59) Jedenfalls wäre bei Maßgeblichkeit der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit von einer derartigen Einschränkung des materiellen deutschen Zeichenrechts auszugehen. S. dazu unten bb).

bringen zur bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit nicht bereits unerschlüssig wäre, wären sie gezwungen, ihre internationale Zuständigkeit zu bejahen.

Das Verbot der Beweiserhebung über doppelrelevante Tatsachen für die Zuständigkeitsprüfung müßte somit teilweise aufgehoben werden<sup>60)</sup>, damit die Wirkung der Zuständigkeitseinschränkung durch das Kriterium der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit nicht auf den engen Bereich des unerschlässigen Vorbringens zur bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit begrenzt bliebe<sup>61)</sup>.

Auch eine weitere Besonderheit des deutschen Prozeßrechts schränkt die praktische Nützlichkeit einer Begrenzung der Tatortzuständigkeit auf in Deutschland bestimmungsgemäß abrufbare Websites für vor deutschen Gerichten verklagte ausländische Parteien ein. So würde eine Zuständigkeitseinschränkung für ausländische Beklagte erst dann zu einer wirklich spürbaren Erleichterung führen, wenn es ihnen erspart bliebe, überhaupt vor dem angerufenen deutschen Gericht erscheinen zu müssen, nur um die fehlende internationale Zuständigkeit zu rügen. Diese prozessuale Frage ist im autonomen deutschen und im europäischen Recht sehr unterschiedlich geregelt.

Kommen die Normen des EuGVÜ zur Anwendung, so hat das Gericht, wenn sich ein Beklagter mit ausländischem Wohnsitz auf das Verfahren in Deutschland nicht einläßt, das Vorliegen der internationalen Zuständigkeit *von Amts wegen* zu prüfen (Art. 20 Abs. 1 EuGVÜ). Das Gericht darf in diesem Fall nicht die vom Kläger zur Zuständigkeit vorgetragene(n) Tatsachen als zugestanden ansehen, sondern kann bzw. muß den Kläger auffordern, die hierzu notwendigen Beweise beizubringen. Reichen diese zur Zuständigkeitsbegründung nicht aus, wird die Klage durch Prozeßurteil als unzulässig abgewiesen, ohne daß der ausländische Beklagte vor dem Gericht erscheinen muß, um die Unzuständigkeit zu rügen<sup>62)</sup>. Im Bereich des autonomen deutschen Rechts hingegen gilt bei Säumnis des Beklagten das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers zur internationalen Tatortzuständigkeit nach § 32 ZPO als zugestanden (§ 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO)<sup>63)</sup>. Diese *Geständnisfiktion* zwingt ausländische Beklagte dazu, bei übertriebenen oder unwahren Zuständigkeitsbehauptungen des Klägers vor dem angerufenen deutschen Gericht erscheinen zu müssen, nur um die fehlende internationale Zuständigkeit zu rügen. Denn anderenfalls liefen sie Gefahr, daß gegen sie trotz unsicherer oder fehlender Tatsachenbasis ein Versäum-

nisurteil erlassen wird. Berücksichtigt man die geringe Substantiierungslast für den Kläger, wenn sich der Beklagte gegen die Klage nicht verteidigt, auf der einen und die Flexibilität des Kriteriums der „bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit“ auf der anderen Seite, so dürfte der Erlaß eines Versäumnisurteils zu Lasten des ausländischen Beklagten eher den Regelfall als die Ausnahme darstellen<sup>64)</sup>.

Im Ergebnis bliebe es daher ausländischen Beklagten nach autonomem deutschen Recht erst dann weitgehend erspart, sich bei fehlender internationaler Tatortzuständigkeit auf das Verfahren in Deutschland insgesamt einlassen zu müssen, wenn über die Einschränkung der Tatortzuständigkeit und (Teil-)Aufhebung des Beweiserhebungsverbots über doppelrelevante Tatsachen hinaus eine Prüfungspflicht der Gerichte hinsichtlich ihrer internationalen Zuständigkeit eingeführt würde, wie sie im europäischen Recht mit Art. 20 Abs. 1 EuGVÜ bereits existiert<sup>65)</sup>.

#### (bb) Materielle rechtliche Akzessorietät der Einschränkung des deliktischen Gerichtsstands

Über die prozessualen Aspekte hinaus wirft die Einschränkung des deliktischen Gerichtsstands auf bestimmungsgemäß abrufbare Websites vor allem aber auch die bislang eher im Hintergrund der Überlegungen stehende Frage nach der Reichweite des materiellen deutschen Kennzeichenrechts im Internet auf.

So besteht die Funktion der Regeln über die internationale Zuständigkeit ausschließlich darin, die Rechtsprechungsaufgaben unter den verschiedenen Staaten sinnvoll zu verteilen. Der Ausschluß bestimmter Sachverhalte von der Entscheidungszuständigkeit eines Staates erfolgt insbesondere nicht zu dem Zweck, dem Kläger Rechtsschutz gänzlich zu versagen, sondern allein im Hinblick darauf, daß es für Rechtsstreitigkeiten dieser Art andere, besser geeignete Gerichtsstände im Ausland gibt. Soweit es um die Frage der Verletzung deutscher Zeichenrechte geht, ist aber an der Eignung der deutschen Gerichte als Tatortgerichte aufgrund vorhandener Sach- und Beweise nahe nicht zu zweifeln<sup>66)</sup>.

Wenn daher in der Literatur dennoch für das Internet eine Einschränkung der Tatortzuständigkeit für Klagen aus deutschen Zeichenrechten gefordert wird, stehen dahinter offensichtlich keine zuständigkeitsrechtlichen Erwägungen, sondern vielmehr der Gedanke, daß es ausländischen

60) Für eine teilweise Aufhebung im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Tatortzuständigkeit im Internet *Bachmann*, IPRax 1998, 179, 185.

61) Dabei ist zu bedenken, daß die Substantiierungslast des Klägers, wenn sich der Beklagte nicht gegen die Klage verteidigt, nur sehr begrenzt ist.

62) *Geimer*, IZVR Rdnr. 1820 weist darauf hin, daß es sich bei Art. 20 I EuGVÜ, dem Jenard-Bericht (zu Art. 20 EuGVÜ) zufolge, um eine „der wichtigsten Bestimmungen des Übereinkommens“ zur Sicherstellung des Beklagten schutzes handele.

63) Zwar handelt es sich bei der internationalen Zuständigkeit auch im autonomen deutschen Recht um eine – in jeder Lage des Verfahrens, d. h. auch in höherer Instanz – von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzung, s. BGHZ GS 44, 46 und ganz h. M. Die §§ 512 a), 549 ZPO finden keine Anwendung. Allerdings gilt nicht der Amtsermittlungsgrundsatz, sondern der Kläger muß die erforderlichen Nachweise selber beschaffen. Wenn ihm dies nicht gelingt, so bestimmt § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zwar, daß der Erlaß eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten unzulässig ist. Dieses Verbot zum Erlaß eines Versäumnisurteils in § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO läuft jedoch durch die Regelung des § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wonach bei Säumnis des Beklagten das mündliche Vorbringen des Klägers (zu § 32 ZPO) als zugestanden gilt, weitgehend leer. S. zum Ganzen *Geimer*, IZVR Rdnr. 1821; *Schack* IZVR Rdnr. 386.

64) Zwar ist die Klage nur schlüssig, wenn der Kläger eine Anspruchsgrundlage vollständig mit Tatsachen ausfüllt. Jedoch ist die Grenze zwischen Tatsachen und Rechtsbegriffen schwer zu ziehen, und es fehlt eine Regel, wie konkret der Parteivortrag sein soll, BGH NJW 1986, 1162. Zumindest in der Klageschrift darf der Kläger die Anspruchsgrundlage noch mit gängigen Rechtsbegriffen statt mit Tatsachen beschreiben, BGH NJW 1962, 1394. Für ein Versäumnisurteil genügt dies, vgl. *Schellhammer*, Zivilprozeß, Rdnr. 367; für einen weitgehenden Verzicht auf die Schlüssigkeitprüfung *Kubis*, a.a.O., S. 99 ff.

65) So von der prozeßrechtlichen Literatur schon seit langem gefordert, s. *Schack*, IZVR Rdnr. 386; *Geimer* (jedenfalls als Klarstellung) IZVR Rdnr. 1822; *ders.*, NJW 1973, 1151; *ders.*, WM 1986, 119; *Kropholler*, Hdb. IZVR I, 1982, Kap. III Rdnr. 218. Am sinnvollsten wäre es, wenn dem Gericht hier eine Vorabprüfungskompetenz zugestanden würde, bei der es bereits die Zustellung der Klageschrift ins Ausland verweigern könnte. Vgl. dazu bspw. Order 11, rule 1 (1) der RSC in der Fassung von 1983 in Großbritannien, s. dazu *Schack*, IZVR Rdnr. 495.

66) Und auch im Hinblick auf das Internet läßt sich kaum vertreten, daß die ausländischen Gerichte am Standort des Servers oder am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten für die Entscheidung von Fragen der Verletzung deutscher Zeichenrechte besser geeignet seien als die deutschen Gerichte. Siehe hierzu *Bachmann*, IPRax 1998, 179 ff.

Beklagten in bestimmten Konstellationen, in denen ohnehin eine Verletzung deutscher Zeichenrechte im Ergebnis materiellrechtlich zu verneinen sein wird, nicht zugemutet werden sollte, vor dem deutschen Forum erscheinen zu müssen, um sich gegen die aussichtslose Klage zu verteidigen. Das widersprüchliche Ergebnis, daß materiellrechtlich ein deutsches Zeichenrecht zwar verletzt wäre, aber kein deliktischer Gerichtsstand im Inland zur Geltendmachung dieser Verletzung zur Verfügung stünde, darf nicht auftreten<sup>67)</sup>. Implizit wird mit Ablehnung der Zuständigkeit bei nicht bestimmungsgemäßer Abrufbarkeit somit zugleich entschieden, daß deutsche Zeichenrechte im Internet nur bei bestimmungsgemäßer Abrufbarkeit einer Website von Deutschland aus verletzt werden können. Diese, wie die Payline-Entscheidung zeigt, (noch) nicht selbstverständliche Einschränkung des territorialen Ausschließlichkeitsrechts des deutschen Zeicheninhabers, bedürfte zunächst jedoch einer eingehenden Untersuchung und Begründung, die sowohl generell als auch im konkreten Einzelfall im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung kaum erreicht werden kann<sup>68)</sup>. Es stellt sich zudem die Frage, warum ein Gericht in einem solchen Fall gezwungen sein sollte, lediglich ein Prozeßurteil zu erlassen und nicht ein in materielle Rechtskraft erwachsendes Sachurteil, mit dem dem Beklagten weitaus mehr gedient wäre. Solange daher die materiellrechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen deutsche Zeichenrechte im Internet verletzt bzw. nicht verletzt werden können, noch ungeklärt ist, ist die Eröffnung der Zuständigkeit der deutschen Gerichte zur Klärung der materiellen Rechtslage grundsätzlich erforderlich<sup>69)</sup>. Die Einschränkung der internationalen Tatortzuständigkeit erweist sich aufgrund der materiellrechtlichen Prägung des deliktischen Gerichtsstands insoweit als *akzessorisch* zu einer Einschränkung der Reichweite des materiellen deutschen Zeichenrechts im Internet und kann darüber hinaus nur weitgehend *parallel* zu dieser erfolgen.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob nicht im deutschen Rechtssystem eine einschränkende Anwendung des materiellen Kennzeichenrechts in praktischer Hinsicht zu einem annähernd gleichen Ergebnis führen würde wie die prozessual nur schwierig handhabbare Begrenzung der internationalen Tatortzuständigkeit im Wege der Flexibilisierung des Begehungsortkriteriums durch Einführung unbestimmter Rechtsbegriffe. So wäre, sobald feststünde, daß deutsche Kennzeichenrechte durch Zeichenverwendungen Dritter im Internet allenfalls bei „*bestimmungsgemäßer Abrufbarkeit*“ der Website in Deutschland oder unter noch engeren Voraussetzungen<sup>70)</sup> verletzt werden können, nicht ernsthaft damit zu rechnen, daß die „universelle“ Zuständigkeit zur Führung einer Vielzahl von Prozessen gegen ausländische Websites ermutigen würde. Denn der Kläger wird ein Forum auch dann, wenn er mit Sicherheit davon ausgehen kann, daß seine Klage dort zur Entscheidung angenommen wird, im Regelfall nur anrufen, wenn er zugleich damit rechnen kann, in der Sache selbst Recht zu bekommen. Bei fehlenden Erfolgsaussich-

ten wird er trotz vorhandener internationaler Zuständigkeit von einer Klageerhebung absehen<sup>71)</sup>.

Auch das deutsche Kostenrecht, das demjenigen, der eine aussichtslose Klage erhebt, nach § 91 ZPO die Kosten des gesamten Rechtsstreits auferlegt, entfaltet hier in Verbindung mit dem Verbot von Erfolgshonoraren zugunsten potentieller ausländischer Beklagter eine regulierende Wirkung, indem es zu einer besonders sorgfältigen materiellrechtlichen Prüfung vor der Einleitung gerichtlicher Schritte auffordert und die Prozeßfreudigkeit deutlich eindämpft.

Als Ergebnis dieser Überlegungen zur internationalen Tatortzuständigkeit für Kennzeichenstreitigkeiten im Internet läßt sich damit festhalten, daß nicht nur wegen der materiellrechtlichen Akzessorietät des deliktischen Gerichtsstands zunächst überhaupt eine klare Einschränkung des materiellen Rechts erfolgen muß, bevor im Anschluß daran die Tatortzuständigkeit eingeschränkt werden kann, sondern daß mit einer vordringlich zu findenden sinnvollen materiellrechtlichen Lösung die Notwendigkeit einer Einschränkung der internationalen Tatortzuständigkeit in praktischer Hinsicht zugleich auch in weitem Umfang entfällt<sup>72)</sup>.

## E. Anwendbares Recht für Kennzeichenverletzungen im Internet

Dem für Zeichenrechte weltweit geltenden materiellrechtlichen Territorialitätsprinzip korrespondiert auf der Ebene des Kollisionsrechts das Schutzlandprinzip<sup>73)</sup>. Danach beantwortet sich die Frage, ob und in welchem Umfang zeichenrechtlicher Schutz gegen bestimmte grenzüberschreitende Nutzungshandlungen gewährt wird, nach dem Recht desjenigen Landes, für das der Zeichenschutz in Anspruch genommen wird. Da aufgrund des Territorialitätsprinzips im jeweiligen Schutzland ausschließlich inländische Zeichenrechte Wirkung entfalten können,<sup>74)</sup> beurteilt sich im Ergebnis die Frage, ob ein deutsches (subjektives) Zeichenrecht verletzt ist, ausschließlich nach deutschem (objektiven) Zeichenrecht, die Frage hingegen, ob ein ausländisches (subjektives) Zeichenrecht verletzt ist, allein nach dem jeweiligen ausländischen (objektiven) Zeichenrecht. Dabei kann es durchaus vorkommen, daß ein und derselbe Nutzungsvorgang, bspw. der Export von gekennzeichneten Waren von

67) Vgl. *Bornkamm*, in: *Bartsch/Lutterbeck* (Hrsg.), *Neues Recht für neue Medien*, S. 99: „Dabei wird der umgekehrte Fall – Anwendbarkeit deutschen Rechts, aber kein Gerichtsstand im Inland – nicht vorkommen können.“

68) Zuweilen scheint es, als würde hier versucht, ein materiellrechtliches Problem über die Zuständigkeitseinschränkung zu lösen. Es gibt aber im deutschen Verfahrensrecht kein zuständigkeitsrechtliches „de minimis“-Prinzip der Art, daß die Zuständigkeit für materiellrechtlich aussichtslose Klagen abgelehnt werden könnte. S. näher *Buß*, *De minimis non curat lex*, NJW 1998, 337.

69) Vgl. dazu LG Mannheim GRUR Int. 1968, 237.

70) S. zu den möglichen materiellrechtlichen Lösungsansätzen die Ausführungen unter F.

71) Natürlich sind auch Fälle denkbar, in denen die deutschen Gerichte allein aus schikanösen Gründen oder um Druck auf die ausländische Partei auszuüben, angerufen werden. Es erscheint jedoch angemessener, in derartigen Ausnahmefällen eine Korrektur über das einzelfallbezogene Kriterium des (fehlenden) Rechtsschutzbedürfnisses für die angestrebte Klage zu suchen. Denn effektiv läßt sich eine schikanöse Prozeßführung auf dem Wege der Zuständigkeitseinschränkung ohnehin nicht verhindern, da sich auch Prozesse um die Frage des Vorliegens der internationalen Zuständigkeit problemlos durch mehrere Instanzen führen lassen, da § 512 a ZPO insoweit keine Anwendung findet.

72) In den dann noch verbleibenden internationalen Konfliktfällen, in denen die materielle Rechtslage nicht eindeutig ist, dürfte der Ausgleich zwischen den gegenläufigen Zuständigkeitsinteressen zwischen Kläger und Beklagtem kaum mehr in der realen Welt sondern nur noch im Wege der Online-Streitbeilegung bewerkstelligt werden können.

73) Sog. *Lex loci protectionis*; s. *Ulmer*, *Die Immaterialgüterrechte im IPR*, 1975, S. 51; *Sandrock*, GRUR Int. 1985, 507, 513 f. Auch das am 1. 6. 1999 in Kraft getretene Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen hat an der Maßgeblichkeit des Schutzlandprinzips nichts geändert, sondern gibt ausdrücklich von seiner Fortgeltung für Immaterialgüterrechtsverletzungen aus, vgl. BR-Drucks. 759/98 S. 18, 22.

74) S. die Ausführungen oben unter D.II.1.

Deutschland nach Italien, zwei nationale, u. U. auch unterschiedlichen Inhabern gehörende Kennzeichenrechte nebeneinander verletzt.

Von diesem herkömmlicherweise für Kennzeichenrechte geltenden Schutzlandprinzip durch die Entwicklung völlig neuer Anknüpfungsregeln abzuweichen, besteht auch im Rahmen des Internet keine Veranlassung<sup>75)</sup>. So ergäbe es keinen Sinn, bei einer Klage aus einem deutschen Zeichenrecht gegen eine Zeichenbenutzung im Internet von der Anwendbarkeit deutschen Zeichenrechts abzusehen und statt dessen den Streit nach ausländischem Zeichenrecht zu beurteilen. Insbesondere geht es bei Zeichenkollisionen im Internet nicht darum, entweder dem inländischen oder dem ausländischen objektiven Zeichenrecht mittels einer abstrakten Kollisionsregel zu seiner Durchsetzung zu verhelfen, sondern ausschließlich darum, die durch die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährten subjektiven Kennzeichenrechte angesichts der Tatsache, daß Zeichennutzungen im Internet zumeist entweder nur global oder gar nicht stattfinden können, miteinander zu einem Ausgleich zu bringen<sup>76)</sup>. In systematischer Weise geschieht die Lösung sinnvollerweise dadurch, daß die Reichweite beider von dem Konflikt betroffener subjektiver Kennzeichenrechte bei grenzüberschreitenden Internet-Sachverhalten aus normativen Gründen wegen der Globalität des Mediums einschränkt wird, indem bestimmte Zeichennutzungen ausländischer Zeicheninhaber, obwohl das eigene Territorium berührt wird, von der materiellrechtlichen Ausschließlichkeitwirkung der gewährten nationalen Schutzrechte ausgenommen werden, auch wenn sich in einem vergleichbaren nationalen Konfliktfall der Verbotsanspruch des inländischen Zeicheninhabers durchsetzen würde<sup>77)</sup>. Wie und in welcher Weise eine Einschränkung des materiellen Rechts vorgenommen werden könnte, soll im folgenden untersucht werden. Das zeichenrechtliche Kollisionsrecht jedenfalls ist nicht der richtige Ansatzpunkt für die Lösung der Problematik. Die entscheidende Frage angesichts der Globalität des Internet lautet nicht, ob deutsches Zeichenrecht anwendbar ist (kollisionsrechtliche Frage), sondern ob deutsches Zeichenrecht verletzt ist (materiellrechtliche Frage). Es gilt hier ein neues und möglichst international

einheitliches Sachrecht zur Lösung der gemein internationalen Internet-Sachverhalte zu entwickeln.

## F. Materielles Verletzungsrecht bei Kennzeichenbenutzungen im Internet

### I. Allgemeine Grundsätze

Grundsätzlich gewährt ein Zeichenrecht seinem Inhaber das Recht, jedem ohne seine Zustimmung handelnden Dritten die Benutzung eines identischen oder verwechslungsfähigen Zeichens zu untersagen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1, 2; 15 Abs. 2 MarkenG). In Fällen bekannter Marken oder geschäftlicher Bezeichnungen kann die Benutzung eines Kennzeichens auch dann untersagt werden, wenn diese zwar keine zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr begründet, jedoch eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung oder Unterscheidungskraft des bekannten Zeichens vorliegt (§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 15 Abs. 3 MarkenG). Als mögliche Verletzungshandlung gilt dabei nicht nur das Anbieten oder Inverkehrbringen der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen im Inland, sondern bereits die Benutzung in Geschäftspapieren oder in der Werbung, d. h. jedes werbende Wahrnehmbarmachen der Zeichen nach außen. Als ein solches Wahrnehmbarmachen nach außen ist grundsätzlich auch die Online-Abrufbarkeit anzusehen<sup>78)</sup>.

Aufgrund der territorialen Begrenzung der Schutzrechte kommen Unterlassungsansprüche allerdings nur dann in Betracht, wenn auch die Verletzungshandlung im territorialen Geltungsbereich des jeweiligen Kennzeichens begangen wurde oder aber – im Falle der vorbeugenden Unterlassungsklage – aufgrund einer im Ausland vorgenommenen Handlung eine inländische Verletzungshandlung ernsthaft droht.

Solange sich die Benutzungshandlungen auf das Inland beschränken, ist nach dem Territorialitätsprinzip zeichenrechtlich niemand daran gehindert, im Inland eine Marke oder geschäftliche Bezeichnung zu benutzen oder eintragen zu lassen, die mit dem ausländischen Zeichen eines anderen, der sie für identische oder ähnliche Waren und Dienstleistungen benutzt, identisch oder verwechslungsfähig ist<sup>79)</sup>. Inländische Zeichenrechte und ausländische Rechte an gleichen Zeichen bestehen unabhängig nebeneinander, gleichviel ob sie dem gleichen oder verschiedenen Inhabern zustehen. Lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände kann sich in Abweichung vom Territorialitätsprinzip der Inhaber einer ausländischen Marke gegen deren inländische Benutzung durch einen Dritten auf der Grundlage des deutschen UWG zur Wehr setzen<sup>80)</sup>.

Die ungestörte Koexistenz von Rechten mit getrennten Schutzbereichen endet, sobald eine Verletzungshandlung im territorialen Schutzbereich des inländischen Kennzeichens begangen wird. Das im Inland durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützte Kennzeichen setzt sich in

75) Die kollisionsrechtliche Sonderstellung der Immaterialgüterrechte wird auch durch die Herausnahme aus dem Anwendungsbereich von Art. 3 der geplanten E-Commerce-Richtlinie (Richtlinienvorschlag v. 18. 11. 1998, KOM (1998) 586 endg.) deutlich.

76) Insbesondere unterscheidet sich das IPR der Kennzeichenrechte mit seinem Ansatz beim bestehenden Schutzrecht deutlich von der Flexibilität des wettbewerbsrechtlichen Kollisionsrechts, bei welchem in wertender Betrachtung auf den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision abgestellt wird, wobei zugleich eine gewisse kollisionsrechtliche Spürbarkeitsgrenze für die Anwendbarkeit überschritten sein muß, s. Großkomm. UWG/Schricker, Einl. F 190 ff. mit weiteren Nachw. Nur in ein derart flexibles System läßt sich auch das Kriterium der „bestimmungsgemäßen“ Abrufbarkeit – als Konkretisierung des Ortes der wettbewerblichen Interessenkollision im Kontext des Internet – einpassen. Angesichts des territorialen Ausschließlichkeitscharakters der zeichenrechtlichen Monopolrechte wäre das Abstellen auf die Bestimmungsgemäßheit der Abrufbarkeit für die Anwendbarkeit des nationalen Zeichenrechts systemwidrig.

77) Vgl. LG Mannheim GRUR Int. 1968, 236, 237 – Tannenzeichen. Zu diesem Ergebnis – einem Ausgleich der kollidierenden Nutzungsinteressen beider bzw. sämtlicher betroffener Zeicheninhaber durch Abwägung der konkret vorhandenen individuellen Interessen – kommt auch die oben erwähnte vorläufige Studie des WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT/2/9 Prov. vom 8. April 1999.

78) Ausdrücklich *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 131; *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rdnr. 488; *Althammer/Klaka*, MarkenG, § 14 Rdnr. 31.

79) BGH GRUR 1969, 607 ff., 609 – *Recrin*; vgl. auch *Sack*, GRUR Int. 1988, 320, 332.

80) So etwa dann, wenn der Dritte die Marke kennt und die inländische Markenbenutzung in der Absicht geschieht, den Inhaber der Auslandsmarke bei deren inländischem Gebrauch zu behindern oder wenn die inländische Benutzung durch einen Dritten den Zweck hat, ihren Ruf auszubeuten oder die Gefahr der Verwässerung begründet. BGH GRUR 1967, 298 ff. – *Modess*; BGH GRUR 1967, 304 ff. – *Siroset*; BGH GRUR 1987, 292 ff. – *Klingt*; vgl. hierzu auch *Sack*, GRUR Int. 1988, 320, 332.

diesem Fall gegenüber dem ausländischen Recht durch, d. h. der Inhaber des inländischen Zeichens kann gegenüber dem ausländischen Zeichen grundsätzlich einen absoluten Verbotsanspruch durchsetzen, um den inländischen Geltungsbereich seines Zeichens unversehrt zu halten. Eine Koexistenz von Rechten mit sich überschneidenden Schutzbereichen sehen die kennzeichenrechtlichen Schutznormen nicht vor<sup>81)</sup>.

## II. Die spezifische Problemstellung bei Kennzeichenbenutzungen im Internet

Die auf der Möglichkeit einer territorialen Koexistenz aufbauende Situation konfliktfreier Koexistenz verwechslungsfähiger Kennzeichen ist bei einer Kennzeichenbenutzung auf einer Website im Internet aufgrund der technisch bedingten weltweiten Abrufbarkeit nicht mehr möglich. Sobald sich ein Unternehmen für eine Präsenz im World Wide Web entscheidet, führt die Wahrnehmbarkeit des Zeichens auf der vom Ausland aus abrufbaren Website zwangsläufig zu einer Einwirkung in den Geltungsbereich des inländischen Kennzeichens.

Nimmt man zur Lösung der Kennzeichenkollisionen im Internet allein die allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsätze zur Hand, so bieten diese eine klare, unzweideutige Rechtsgrundlage.

Die zeichenrechtlichen Anspruchsgrundlagen der §§ 14, 15 MarkenG sowie des Namensschutzes nach § 12 BGB verleihen dem Kennzeicheninhaber ein umfassendes Ausschließlichkeitsrecht zum Gebrauch seines Zeichens, durch das jede Verwendung eines identischen oder verwechslungsfähigen Zeichens im territorialen Geltungsbereich verhindert werden kann.

In diesem Sinne hat bislang auch die instanzgerichtliche Praxis bei der Lösung von Kennzeichenkonflikten an den allgemeinen kennzeichenrechtlichen Kollisionsregeln festgehalten. So hat insbesondere das Kammergericht Berlin<sup>82)</sup> die Abrufbarkeit der von einem US-amerikanischen Unternehmen registrierten Domainnamen als inländische Verletzungshandlung genügen lassen und dem in Kansas City ansässigen Beklagten die Benutzung der beanstandeten Domainnamen untersagt. Die Konsequenz, daß die Domainnamen dann weltweit nicht mehr benutzt werden können, sei angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten hinzunehmen. Auch der Tribunal de Grande Instance de Nanterre hat in der eingangs geschilderten Entscheidung das allgemeine kennzeichenrechtliche Instrumentarium ohne Einschränkung zur Anwendung gebracht und dem französischen Zeicheninhaber gegen die Verwendung der

Marke in Frankreich einen unbeschränkten Verbotsanspruch gewährt<sup>83)</sup>.

Die uneingeschränkte Anwendung der allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsätze auf Kennzeichenkollisionen im Internet begegnet jedoch Bedenken. Nicht nur scheint die Konsequenz, daß sich jedes ausländische Unternehmen, selbst wenn sich seine Geschäftstätigkeit auf das eigene Staatsgebiet oder – wie beispielsweise im oben erwähnten Fall *Bensusan v. King* – allein auf das lokale oder regionale Umfeld beschränkt, durch die Internetpräsenz der Gefahr aussetzt, in allen Staaten der Welt wegen begangener Kennzeichenverletzungen verurteilt zu werden, unerträglich. Eine Beachtung der Schutzrechtslage in allen Ländern der Welt kann den nur im Inland oder gar regional begrenzt geschäftlich tätigen Kennzeicheninhabern nicht zugemutet werden und wäre in Bezug auf die nicht förmlichen Zeichenrechte praktisch kaum durchführbar<sup>84)</sup>.

Eine uneingeschränkte Übertragung der zeichenrechtlichen Grundsätze auf Kennzeichenkollisionen im Internet hätte ferner zur Folge, daß sich, sobald ein Zeichen auch nur in einem einzigen weiteren Staat der Welt kennzeichenrechtlich geschützt ist, die Kennzeicheninhaber gegenseitig die Benutzung ihrer Kennzeichen im Internet untersagen könnten. So könnte etwa im Fall *SG2 v. Brokat* nicht nur das französische Unternehmen dem deutschen Kennzeicheninhaber die Benutzung seines Zeichens im Internet untersagen, sondern es könnte umgekehrt im Wege der Widerklage oder durch Klage vor einem deutschen Gericht<sup>84a)</sup> auch das deutsche Softwareunternehmen unter Berufung auf sein in Deutschland geschütztes Kennzeichenrecht dem französischen Unternehmen die Benutzung dieses Kennzeichens im Internet verbieten. Würde sich eine solche Entscheidungspraxis weltweit durchsetzen, wäre die Nutzung des Internet als Werbepattform für eine Vielzahl von Unternehmen nicht mehr möglich<sup>84b)</sup>.

Abgesehen von der möglichen gegenseitigen Blockierung der Inhaber verwechslungsfähiger Kennzeichen und der schon rein tatsächlich kaum möglichen Beachtung der Kennzeichenrechte in allen Ländern der Welt, ist eine weitere Besonderheit zu beachten. Da die Abrufbarkeit von Webseiten nicht territorial begrenzt werden kann und folglich eine territoriale Aufspaltung der Unterlassung nicht möglich ist, kann die Wirkung eines aufgrund der Verletzung eines inländischen Kennzeichenrechts ausgesprochenen Verbots der Verwendung einer Bezeichnung im Internet nicht auf das Inland beschränkt werden, sondern wirkt sich zwangsläufig auch außerhalb des territorialen Geltungsbereichs des geschützten Zeichens aus. Das einem ausländischen Unternehmen auferlegte Gebot, ein kollidierendes Zeichen im Inland nicht mehr über das Internet wahrnehmbar zu machen, führt unweigerlich dazu, daß dieses zukünftig insgesamt, d. h. auch in Ländern, in denen mangels Existenz geschützter Rechte eine Kennzeichenbenutzung zulässig wäre, auf eine Verwendung des Kennzeichens im Internet verzichten muß<sup>85)</sup>. Da eine Produktvermarktung im Internet

81) Ausnahmen von diesem Ausschließlichkeitsanspruch hat die Rechtsprechung bislang lediglich in Fällen der Gleichnamigkeit, im Falle der Verwirkung oder unter bestimmten Voraussetzungen bei territorial beschränkten älteren Kennzeichenrechten zugelassen; vgl. zum Gleichnamigkeitsrecht, *Fezer*, Markenrecht, § 15 Rdnr. 92 mit weiteren Nachw.; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 23 Rdnr. 15 ff; *Althammer/Klaka*, MarkenG, § 15 Rdnr. 10; zur Koexistenz im Falle der Verwirkung s. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 21 Rdnr. 15; *Fezer*, Markenrecht, § 21 Rdnr. 18 mit weiteren Nachw.; zur Koexistenz bei räumlich begrenzten Kennzeichenrechten *Kur*, Der Schutz nicht eingetragener Marken, in: *Schricker* (Hrsg.), Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, S. 135, 143; *Fezer*, Markenrecht, § 15 Rdnr. 128; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 15 Rn. 20.; OLG München WRP 1994, 326, 330 im Streit zwischen einer regional begrenzt und einer bundesweit geschäftlich tätigen Brauerei; ebenso die Entscheidung des OLG München OLG Report 1994, 103 in der Folge von BGH GRUR 1991, 155, 156 – *Rialto*.

82) KG Berlin, CR 1997, 685 ff. – *concert-concept*.

83) Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Ordonnance de référé vom 13. Oktober 1996, SG 2 ./ Brokat Informationssysteme GmbH, s. dazu oben CI.

84) Im Ergebnis ebenso vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 30, 31, der sich für eine normative Einschränkung des Markenschutzes durch das Kriterium eines hinreichenden Inlandsbezugs ausspricht; vgl. hierzu unten

84a) In diesem Fall hätte das französische Gericht bei der Entscheidung der Widerklage deutsches Zeichenrecht anzuwenden.

84b) Vgl. hierzu auch *Omsels*, GRUR 1997, 328, 336.

85) Eine vergleichbare Problematik stellt sich bei Wettbewerbs-handlungen im Internet, die ebenfalls nur *insgesamt* unterlas-

bereits heute in einer Vielzahl von Branchen von essentieller Bedeutung ist und andererseits die Verwendung unterschiedlicher Bezeichnungen für die On- bzw. Offline-Vermarktung desselben Produkts kaum durchzuführen ist, würde den Unternehmen letztlich keine andere Wahl bleiben, als auf die Verwendung der Bezeichnung sowohl im Internet als auch außerhalb zu verzichten oder auf eine andere Bezeichnung auszuweichen. Im Falle kollidierender Unternehmenskennzeichen, deren Änderung praktisch ausscheidet, wäre dem Unternehmen die Nutzung des Internet zu Absatz- und Werbezwecken auf Dauer verwehrt. Würde auch das vom ausländischen Kennzeicheninhaber angerufene Gericht seines Heimatstaates die On-line-Abrufbarkeit über das Internet genügen lassen und dem deutschen Unternehmen die Benutzung des Zeichens im Internet untersagen, wären die geschützten Kennzeichen für beide Unternehmen als Kennzeichnungsmittel nicht mehr verwendbar.

### III. Ansatzpunkte für eine normative Einschränkung des Kennzeichenrechts bei Kennzeichenkollisionen im Internet

Besteht angesichts der aufgezeigten Konsequenzen im Ausgangspunkt Einigkeit, daß die uneingeschränkte Anwendung des kennzeichenrechtlichen Instrumentariums nicht geeignet ist, die Kennzeichenkollisionen im Internet in einer allen Seiten gerecht werdenden Weise zu lösen, so stellt sich die Frage, wie die allgemeinen zeichenrechtlichen Kollisionsregeln an die neuen Konflikttatbestände angepaßt werden können. Betrachtet man die Interessenlage, so steht auf der einen Seite das aus dem inländischen Zeichenrecht erwachsende Recht des Kennzeicheninhabers, den territorialen Schutzbereich seines Zeichens möglichst unversehrt zu halten und Versuche Dritter, in den legitimen Schutzbereich seines Zeichens einzudringen, zu unterbinden. Dieses Schutzinteresse gerät in Konflikt mit dem Interesse des ausländischen Zeichennutzers, daß von ihm in einem Land vorgenommene Benutzungshandlungen dann nicht kennzeichenrechtlich verboten werden, wenn er dort entweder selbst prioritätsälteren Kennzeichenschutz erlangt hat oder mangels Existenz geschützter Rechte Bezeichnungsfreiheit besteht. Es handelt sich, was die Kennzeichenkonflikte aufgrund der Werbung auf einer Website betrifft, insoweit um einen untrennbar gemischten Auslands-Inlands-Sachverhalt der eine Grenzziehung zwischen territorial begrenztem Zeichenschutz und der daraus folgenden ausländischen Bezeichnungsfreiheit erfordert<sup>86)</sup>.

#### 1. Online-Werbung im WWW

Sucht man nach möglichen rechtlichen Ansatzpunkten, wie die zeichenrechtliche Ausschließlichkeitslösung im Wege der Auslegung oder de lege ferenda korrigiert werden kann, so sind im Ausgangspunkt drei Lösungsmodelle der Kollisionsproblematik in Betracht zu ziehen:

sen werden können, mit der Folge, daß sich eine auf das Gebiet eines Staates beschränkte Untersagung faktisch zum Verbot der gesamten Werbemaßnahme im Internet und damit zur Maßgeblichkeit des strengsten Wettbewerbsrechts führt; vgl. OLG Frankfurt, K & R 1999, 138 m. Anm. *Kothhoff*; eingehend zur Problematik *Dethloff*, NJW 1998, 1596, 1602; s. auch *Kothhoff*, CR 1997, 682; *Niebler*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 249; *Rüßmann*, K&R 1998, 426.

86) Ebenso auch das LG Mannheim, GRUR Int. 1968, 236, 237 in bezug auf Zeichenbenutzungen in grenzüberschreitenden Printmedien.

- (1) Als am wenigsten einschneidende Korrektur des Kennzeichenschutzes könnte man daran denken, im Wege der Auslegung nur diejenigen Zeichenbenutzungen im Internet als Benutzungshandlungen im Inland anzusehen, die einen über die bloße tatsächliche Abrufbarkeit im Inland hinausgehenden Inlandsbezug aufweisen.
- (2) Ein zweiter, ebenfalls im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts möglicher Lösungsansatz, mit dem stärkere Abstriche von der allgemeinen Ausschließwirkung des Kennzeichenrechts verbunden wären, könnte darin bestehen, das zeichenrechtliche Verbot nur nach Maßgabe einer *allgemeinen Interessenabwägung* zu gewähren. Ein Verbot wäre trotz Verwirklichung des kennzeichenrechtlichen Verletzungstatbestands nur dann gerechtfertigt, wenn das Verbot der Verwendung des beanstandeten Kennzeichens im Internet dem ausländischen Zeichennutzer mit Rücksicht auf die im Ausland bestehen prioritätsälteren Rechte bzw. eine gegebenenfalls bestehende Bezeichnungsfreiheit nach Abwägung sämtlicher sich gegenüberstehender Interessen zumutbar ist.
- (3) Als dritter Lösungsansatz käme eine *gesetzliche Korrektur* der zeichenrechtlichen Kollisionsregeln in Betracht. Zu überlegen wäre, an der zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung festzuhalten, diese jedoch durch eine *Unbilligkeitsklausel* zu ergänzen oder aber den zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz insgesamt einzuschränken und durch ein *Koexistenzmodell* zu ersetzen.

#### a) Hinreichender Inlandsbezug

Während die Rechtsprechung, wie oben erörtert, bislang noch wenig Bereitschaft gezeigt hat, für die Kennzeichenkollisionen von den allgemeinen kennzeichenrechtlichen Lösungsgrundsätzen abzurücken, so haben doch zahlreiche Stimmen im Schrifttum deutlich gemacht, daß die bloße Wahrnehmbarkeit eines Zeichens auf einer im Inland abrufbaren Website als kennzeichenrechtliche Verletzungshandlung allein nicht genügen kann<sup>87)</sup>. Zur Einschränkung des kennzeichenrechtlichen Verletzungstatbestands ist daher vorgeschlagen worden, nur diejenigen Zeichenbenutzungen als „Benutzungen im geschäftlichen Verkehr“ gelten zu lassen, die einen über die bloße Abrufbarkeit der Website hinausgehenden *hinreichenden Inlandsbezug* aufweisen<sup>88)</sup>. Anhaltspunkte dafür, ob eine Website den über die bloße Abrufbarkeit der Website hinausgehenden hinreichenden Inlandsbezug aufweist, könnten der sprachlichen Fassung oder inhaltlichen Gestaltung der Website selbst, der Zahl der Zugriffe auf die Website durch inländische Internetnutzer, der Art der auf der Website angebotenen Produkte sowie der Verwendung einer bestimmten Ländercode Top-Level-Domain oder sonstigen, außerhalb des Internets liegenden Aktivitäten entnom-

87) Vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 31; *Kur*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 325, 377; *Jaeger/Lenz*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Electronic Commerce, 1999, S. 183; *Omsels*, GRUR 1997, 328, 337; *Völker/Weidert*, WRP 1997, 652, 662.

88) Eine solche Einschränkung des kennzeichenrechtlichen Verletzungstatbestands ließe sich entweder dem Begriffspaar „Benutzung im geschäftlichen Verkehr“ entnehmen (in diesem Sinne *Kur*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 325, 377) oder aber es könnte der Verletzungstatbestand durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines „hinreichenden Inlandsbezugs“ ergänzt werden. (in diesem Sinne wohl *Ingerl/Rohnke*, Markenrecht, § 14 Rdnr. 31).

men werden<sup>88a)</sup>. So sei ein Inlandsbezug etwa dann zu verneinen, wenn die Website aufgrund ihrer sprachlichen Fassung nur einen vernachlässigbar kleinen Rezipientenkreis im Inland habe oder sich aus der Natur der auf der Website angebotenen Waren- und Dienstleistungen ergebe, daß diese nicht zum grenzüberschreitenden Transfer ins Inland geeignet seien<sup>89)</sup>. Demgegenüber sei ein hinreichender Inlandsbezug beispielsweise dann anzunehmen, wenn auf das Internet-Informationsangebot in anderen Medien, etwa in inländischer Werbung, die zwar selbst die Zeichenbenutzung nicht enthält, aber etwa durch Angabe der Internet-Adresse den Zugriff auf die verletzenden Darstellungen nahelege, hingewiesen werde. Das gleiche gelte bei einer Verwendung eines Domainnamen unter der Top-Level-Domain „de“, da dies darauf hindeute, daß der Schwerpunkt der geschäftlichen Interessen in Deutschland liege<sup>90)</sup>.

Der auf den ersten Blick einleuchtende Lösungsansatz eines ergänzend zu prüfenden hinreichenden Inlandsbezugs begegnet jedoch Bedenken. Zwar scheint das Kriterium durchaus geeignet, in all denjenigen Fallkonstellationen eine brauchbare Filterfunktion zu erfüllen, in denen sich aus der sprachlichen Fassung einer Website oder aber wie etwa im Fall *Bensusan v. King* aus der Eigenart der Waren oder Dienstleistungen ergibt, daß diese keine bzw. nur wenige Internetnutzer im Inland erreicht. Ist eine Website in chinesischer oder arabischer Schrift gefaßt, offeriert ein ausländischer Pizzaservice oder ein ausländisches Taxiunternehmen im Internet, sind die kennzeichenrechtlichen Auswirkungen trotz Wahrnehmbarkeit der Zeichen im Inland nur marginal, so daß im Inland kein Eingriff in den zeichenrechtlichen Rechtskreis vorliegt und daher die Grundlage für einen Unterlassungsanspruch fehlt. Derartige nur „virtuelle“ zeichenrechtliche Beeinträchtigungen könnten, soweit es bei derartigen Sachverhaltskonstellationen in der Rechtspraxis überhaupt zum Streit vor Gericht kommt, mit Hilfe des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des hinreichenden Inlandsbezugs vom zeichenrechtlichen Verletzungstatbestand ausgenommen werden.

Schwierigkeiten bereitet das Kriterium dagegen in all denjenigen Fällen, in denen die auf der Website angebotenen Waren und Dienstleistungen zum grenzüberschreitenden Vertrieb geeignet sind und sich auch aufgrund der sprachlichen Fassung der Website und den übrigen Kriterien ein potentieller Adressatenkreis nicht mehr ermitteln läßt<sup>91)</sup>. So etwa im Fall englischsprachiger Websites oder wenn, wie im Falle des Angebots digitalisierter Produkte, die auf der Website angebotenen Waren und Dienstlei-

stungen unmittelbar über das Internet transferiert werden können. Da der potentielle Absatzmarkt hier mit geringstem finanziellen und logistischen Aufwand praktisch auf alle Staaten der Welt ausgedehnt werden kann, wäre ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch auf der Grundlage eines hinreichenden Inlandsbezugs regelmäßig zu bejahen. Ein nur um das Tatbestandsmerkmal des hinreichenden Inlandsbezugs ergänzter Verletzungstatbestand hätte hier zur Folge, daß es dem ausländischen Zeichennutzer in all diesen Fällen untersagt wäre, seine Marke oder geschäftliche Bezeichnung für die Werbung im Internet zu verwenden, ohne daß dabei die aufgezeigten besonderen Interessen- und Prinzipiengegensätze in die Kollisionsprüfung Eingang fänden. Damit blieben wesentliche Wertungsgesichtspunkte unberücksichtigt. Das Kriterium des *hinreichenden Inlandsbezugs* mag als negative Schutzschranke geeignet sein, bestimmte Fälle minimaler Schutzrechtsbeeinträchtigung vom kennzeichenrechtlichen Verbotungsanspruch auszufiltern, es stellt jedoch keinen geeigneten Wertungsmaßstab dar, um positiv über das Vorliegen eines Kennzeichenverstoßes zu entscheiden.

#### b) Genereller Abwägungsvorbehalt

Genügt das Kriterium des *hinreichenden Inlandsbezugs* als materieller Lösungsgrundsatz nicht, so bleibt als weiterer *de lege lata* möglicher Ansatz, den zeichenrechtlichen Verbotungsanspruch zusätzlich zu den gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen von einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Interessen abhängig zu machen.

Ein solcher zeichenrechtlicher Abwägungsvorbehalt ist dem Kennzeichenrecht nicht fremd. In bezug auf besonders gelagerte kennzeichenrechtliche Konflikttatsbestände hat sich die Rechtsprechung schon bisher veranlaßt gesehen, auftretende Interessen- und Prinzipienantimonien mit der Methode der Interessenabwägung aufzulösen. Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsanspruch des Zeicheninhabers wurden von der Rechtsprechung insbesondere in Fällen der Gleichnamigkeit zugelassen, wo der lautere Gebrauch des eigenen Namens im geschäftlichen Verkehr, selbst wenn sich dieser Gebrauch innerhalb des Schutzbereichs eines älteren Kennzeichenrechts bewegt, dem Namensträger nicht schlechthin untersagt werden kann, sondern im Anschluß an eine Abwägung der gegenseitigen Interessen lediglich die Führung von Unterscheidungszusätzen angeordnet wird<sup>92)</sup>.

Auch im Konflikt zwischen einem älteren Recht mit räumlich begrenztem Schutz und einem überregional oder bundesweit benutzten jüngeren Kennzeichenrecht hat die Rechtsprechung Abstriche von der allgemeinen Ausschlußwirkung des kraft Benutzung geschützten Kennzeichenrechts gemacht und den Abwehrensanspruch aus dem regional oder örtlich beschränkten Kennzeichenrecht davon abhängig gemacht, daß diese aufgrund einer Interessenabwägung gerechtfertigt ist<sup>93)</sup>. Nach den Worten des Bundesgerichtshofs sind in solchen Fällen die

88a) Zu möglichen Kriterien zur Begründung des Bezuges einer Website zu einem Schutzrechtsterritorium s. die Studie des Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, Second Session, SCT/2/9 Prov. vom 8. April 1999.

89) Vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 31; ähnlich auch *Omsels*, GRUR 1997, 328, 337; *Völker/Weidert*, WRP 1997, 652, 662 in Bezug auf Domainnamenskonflikte, an den Benutzungsbegriff anknüpfend und einen gezielten Eingriff in das inländische Schutzrecht oder eine sich aus Art und Präsentation des Angebots ergebende Ausrichtung auf den inländischen Markt fordernd *Kur*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 325, 377; *Jaeger/Lenz*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Electronic Commerce, 1999, S. 183.

90) Vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 14 Rdnr. 31; in bezug auf die Frage der internationalen Tatortzuständigkeit und für den speziellen Fall von Domainnamenskonflikten *Wegner*, CR 1998, 676, 683; *Ubber*, WRP 1997, 498.

91) Bei der Werbung eines ausländischen Unternehmens in englischer Sprache versagt das Sprachkriterium; ebenso bei Unternehmen aus dem deutschsprachigen Raum, die ihre Produkte auf einer in deutscher Sprache gefaßten Website anbieten.

92) Vor Geltung des MarkenG wurden die Gleichnamigkeitsgrundsätze rechtlich-dogmatisch aus dem Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit des § 12 BGB abgeleitet; Einzelheiten bei *Knaak*, Das Recht der Gleichnamigen, S. 53; unter dem neuen MarkenG wird die Grundlage des Gleichnamigenrecht zum Teil in § 23 Nr. 1 MarkenG gesehen oder auf das Merkmal der Unlauterkeit in § 15 Abs. 2 MarkenG verwiesen; s. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, § 23 Rdnr. 19, 20 mit Hinweis auf § 23 Nr. 1 MarkenG; *Fezer*, Markenrecht, § 15 Rdnr. 92 ff.; BGH WRP 1997, 751, 755 – B.Z./Berliner Zeitung; *Scholz*, GRUR 1996, 679, 680 unter Verweis auf § 15 Abs. 2 MarkenG.

93) BGH GRUR 1991, 155, 156 – Rialto.

Individualinteressen der Parteien abzuwägen und ist insbesondere danach zu fragen, welche Bedeutung und welches Gewicht ein Unterlassungsgebot für die Klägerin und welche wirtschaftlichen Auswirkungen ein räumlich beschränktes Verbot für das überregional tätige Unternehmen hätte<sup>94)</sup>. Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht wurden nach Abwägung der gegenseitigen Parteiinteressen dabei insbesondere im Hinblick auf Zeichenbenutzung in überregionaler Funk-, Fernseh- und Zeitschriftenwerbung zugelassen, da diese nur mit unverhältnismäßigem organisatorischen Aufwand regional begrenzt unterlassen werden konnte<sup>95)</sup>.

Eine Einschränkung der zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung durch Abwägung der widerstrebenden Interessen liegt schließlich auch der bereits erwähnten Entscheidung „*Tannenzeichen*“ des LG Mannheim in bezug auf Kennzeichenbenutzungen in internationalen Zeitschriften zugrunde<sup>96)</sup>. Da nur ein geringer Teil der Gesamtauflage der Zeitschriften im Inland verbreitet wurde, sei die Zeichenbenutzung im Inland lediglich ein „Abfallprodukt“ bzw. ein „Überschwappen“ der überwiegenden und zulässigen Auslandsbenutzung. Der in einem solchen Fall bestehende Konflikt zwischen dem territorial begrenzten Kennzeichenschutz und der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit im Ausland könne nur durch eine die konkrete Interessenlage berücksichtigende, wertende Entscheidung gelöst werden. Da beide international verbreiteten Zeitschriften keine regional differenzierten Ausgaben hätten und der Beklagten daher nur die Wahl bleibe, durch diese Zeitschriften im Ausland und Inland oder überhaupt nicht zu werben, ergäbe die Interessenabwägung ein eindeutiges Übergewicht zugunsten der ausländischen Kennzeichnungsfreiheit<sup>97)</sup>.

Das Prinzip der Interessenabwägung scheint auch bei Kennzeichenkonflikten im Internet ein gangbarer Weg. Wie im Falle der Zeichenbenutzung in international verbreiteten Zeitschriften wären die Gerichte mit der Methode der Interessenabwägung durchaus in der Lage, den Konflikttatbestand zu analysieren und einen Ausgleich der widerstrebenden Interessen herbeizuführen. Die Interessenabwägung wäre, da es sich bei den für sie maßgebenden Umständen um Tatsachenfragen handelt, im wesentlichen eine Aufgabe der Instanzgerichte, welche die erforderliche Grenzziehung zwischen territorial begrenztem Zeichenschutz und der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit im Ausland jeweils nach den Umständen des Einzelfalles und unter Berücksichtigung der beschriebenen spezifischen Problemstellung derartiger Zeichenkollisionen im Internet zu treffen hätten.

Trotz der auch auf der Grundlage des bestehenden Rechts möglichen Flexibilisierung der zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung bestehen jedoch Zweifel, ob die Lösung der neuen Konflikttatbestände allein der Rechtsprechung überlassen werden kann. Selbst wenn, wie die Fälle der Gleichnamigkeit und der Schutz von Kennzeichen mit territorial begrenztem Schutzbereich zeigen, das Prinzip der Interessenabwägung bei der Entscheidung von Kennzeichenkonflikten im allgemeinen

keine Schwierigkeiten macht, scheint doch fraglich, ob sich die Instanzgerichte ohne gesetzliche Vorgaben in naher Zukunft überhaupt bereit fänden, vom zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz abzurücken und die gebotenen Korrekturen der allgemeinen Kollisionsregeln im Wege der Interessenabwägung vorzunehmen. Wie die zu internationalen Kennzeichenkonflikten im Internet ergangenen Gerichtsentscheidungen deutlich machen, besteht die Gefahr, daß sich die Gerichte regelmäßig auf die Seite des inländischen Zeichenschutzes schlagen und die Konsequenzen für die ausländischen Zeichennutzer außer Acht lassen. Blicke die Lösung der neuen Konflikttatbestände allein der Judikatur überlassen, so ist zu befürchten, daß die Antinomie zwischen inländischem Zeichenschutz und ausländischer Bezeichnungsfreiheit im Regelfall einseitig zu Gunsten der inländischen Kennzeichenrechte gelöst wird. Auf Dauer wird eine national und international einheitliche Lösung der internetspezifischen Kennzeichenproblematik ohne eine klare gesetzliche Weichenstellung jedenfalls nicht auskommen können.

### c) Gesetzliche Korrektur

Fragt man sich, wie eine mögliche gesetzliche Korrektur des zeichenrechtlichen Verletzungstatbestands auszu- sehen hat, so sind drei Lösungsmodelle in Betracht zu ziehen.

#### (aa) Ausschließlichkeitslösung mit Unbilligkeitsvorbehalt

Es könnte an der zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung festgehalten, diese jedoch durch eine normierte Interessenabwägungsklausel ergänzt werden. Dem inländischen Zeicheninhaber stünde ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch zu, es sei denn, daß sich die Anerkennung eines Ausschlußrechts unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles und bei Abwägung der Interessen der Beteiligten und den schützenswerten Belangen der Allgemeinheit als unbillig erweist. Da die Unbilligkeit eine rechtshindernde Ausnahme vom Markenschutz darstellt, wäre der ausländische Kennzeicheninhaber für die Voraussetzungen der Ausnahme darlegungs- und beweispflichtig.

Für ein vergleichbares Lösungsmodell hat sich der Gesetzgeber im Erstreckungsgesetz im Hinblick auf die durch die staatliche Wiedervereinigung entstandenen Konfliktfälle entschieden, in denen Waren- und Dienstleistungsmarken mit Ursprung in der Bundesrepublik Deutschland in Folge der Erstreckung mit einer übereinstimmenden Marke mit Ursprung in der DDR zusammenstießen<sup>98)</sup>, § 30 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Ziff. 3 ErstrG sieht insoweit vor, daß jedes Zeichen in dem Gebiet, auf das es erstreckt wird, nur mit Zustimmung des Inhabers des anderen Zeichens benutzt werden darf, es sei denn, daß sich der Ausschluß von der Benutzung des Zeichens in diesem Gebiet unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles und bei Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit als unbillig erweist.

Die Übertragung des Lösungsmodells auf Kennzeichenkonflikte im Internet dürfte der spezifischen Konfliktsituation bei Zeichenbenutzungen im Internet jedoch nicht gerecht werden. Da es bei der Grundentscheidung zeichenrechtlicher Ausschließlichkeit bliebe und nur bei im Einzelfall vom ausländischen Zeichennut-

94) BGH GRUR 1991, 155, 156 – *Rialto*.

95) OLG München WRP 1994, 326, 330 im Streit zwischen einer regional begrenzt und einer bundesweit geschäftlich tätigen Brauerei; ebenso die Entscheidung des OLG München OLG Report 1994, 103 in der Folge von BGH GRUR 1991, 155, 156 – *Rialto*; ebenso LG Kiel, AfP 1994, S. 330 für räumlich begrenzte Titelschutzrechte; vgl. auch *Ingeril/Rohnke*, Marken- gesetz, § 15 Rdnr. 20.

96) LG Mannheim, GRUR Int. 1968, 236 f.

97) LG Mannheim, GRUR Int. 1968, 236, 237.

98) S. hierzu *Knaak*, GRUR Int. 1993, 18 ff.; *ders.* GRUR 1991, 891; *Fezer*, Markenrecht, Einl., Rdnr. 44, 56 mit weiteren Nachw.

zer nachzuweisender Unbilligkeit eine Ausnahme vom Verbotungsrecht gewährt würde, müßten die Unternehmen auch in diesem Fall damit rechnen, daß die im eigenen Land aufgrund eigener Zeichenrechte oder mangels Existenz geschützter Rechte zulässigen Benutzungshandlungen im Internet im Ausland verboten oder sonstwie sanktioniert werden. Die Zeichenbenutzung im Internet bliebe mit einem großen Unsicherheitsfaktor belastet, so daß die Kennzeichennutzer zur Vermeidung von Konfliktsituationen auch in diesem Fall die Schutzrechtslage in praktisch allen Ländern der Welt zu beachten hätten.

#### (bb) Koexistenzlösung mit Zusätzen

Eine weitergehende gesetzliche Korrektur könnte in einem Koexistenzmodell mit Zusätzen bestehen. Denkbar wäre, wie etwa im Recht der Gleichnamigen, die Bezeichnungskonflikte durch Hinzufügung unterscheidender Zusätze oder Disclaimer<sup>99)</sup>. Der inländische Zeicheninhaber wäre danach verpflichtet, die Benutzung des verwechslungsfähigen Zeichens im Internet zu dulden, jedoch würde dem ausländischen Zeicheninhaber im Rahmen des Zumutbaren die Verpflichtung auferlegt, der Verwechslungsgefahr durch Hinzufügung von unterscheidenden Zusätzen oder die Aufnahme von Disclaimern nach Möglichkeit zu begegnen. Als Zusätze in Betracht kämen Herkunftshinweise wie etwa die Hinzufügung des Herstellungsortes oder Herstellungslandes, des Wohnortes oder des Firmensitzes des ausländischen Zeichenbenutzers oder aber Disclaimer wie „nicht zu verwechseln mit“.

Der Ansatz erscheint jedoch schon im Hinblick auf seine Praktikabilität bedenklich. Zwar können durch derartige Zusätze und Disclaimer, sofern sie überhaupt zur Kenntnis genommen werden, unter Umständen Irrtümer über die betriebliche Herkunft der angebotenen Waren und Dienstleistungen korrigiert werden. Dies würde allerdings voraussetzen, daß diese deutlich wahrnehmbar angegeben werden und nicht gegenüber den blickfangmäßig herausgestellten Marken oder Unternehmenskennzeichen zurücktreten.

Aber selbst wenn derartigen aufklärenden Zusätzen und Disclaimern eine gewisse Unterscheidungs- und Identifizierungsfunktion zukommt, so bestehen doch Zweifel, ob eine kodifizierte Pflicht zur Führung solcher Unterscheidungshinweise als generelles Konfliktlösungsmodell geeignet ist, die internetspezifische Kollisionsproblematik aufzulösen. Zum einen darf nicht übersehen werden, daß eine beträchtliche Zahl von identischen oder verwechslungsfähigen Kennzeichnungen in einer Vielzahl von Staaten koexistieren. In diesem Fall würde ein Rechtsanspruch auf Unterscheidungszusätze und Dis-

99) Zur Verwendung von Zusätzen bei Gleichnamigkeitsfällen vgl. Fezer, Markenrecht, § 15 Rdnr. 96 ff.; eine Koexistenzlösung mit Zusätzen zur Bewältigung marken- und firmenrechtlicher Konflikte im europäischen Binnenmarkt war ursprünglich in der „Hag I“-Entscheidung auch vom EuGH vertreten worden, jedoch ist dieser Lösungsansatz in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen und später vom EuGH in der Entscheidung Hag II wieder aufgegeben worden; EuGH, GRUR Int. 1974, 338 – Hag I; EuGH GRUR Int. 1990, 960; zur Diskussion um die Erforderlichkeit einer Koexistenzlösung mit Zusätzen zur Auflösung der Antinomie zwischen dem Erfordernis eines einheitlichen Gemeinsamen Marktes und dem nationalen Markenrecht vgl. Beier, RIW/AWD 1978, 213 ff., der ein Koexistenzmodell ablehnt; Johannes, RIW/AWD 1976, 10 sowie Röttger, RIW/AWD 1976, 354 ff., welche die Notwendigkeit einer Koexistenz mit unterscheidenden Zusätzen vor allem für Firmennamen hervorheben.

claimer dazu führen, daß unter Umständen eine Vielzahl derartiger Hinweise auf die Website aufzunehmen wären, was einerseits deren Unterscheidungs- und Identifizierungsfunktion wieder in Frage stellen würde, andererseits auch praktisch kaum sinnvoll durchführbar wäre. Im übrigen erscheint eine generelle Verpflichtung der Unternehmen zur Führung von Zusätzen auch aus normativen Erwägungen kein geeignetes Mittel der Konfliktlösung. Zum einen hat die Führung von Unterscheidungszusätzen und Disclaimern oft diskriminierenden Charakter. Der Wert einer Firma oder einer Marke mit Unterscheidungszusatz, etwa dem Hinweis „nicht zu verwechseln mit“ oder einem geographischen Zusatz, ist zumindest stark beeinträchtigt<sup>100)</sup>. Die mit der Verpflichtung zur Führung derartiger Zusätze verbundene Beeinträchtigung des eigenen Zeichens, die ja auch dort Wirkung entfaltet, wo aufgrund des eigenen prioritätsälteren Rechts oder mangels Existenz geschützter Rechte eine Zeichenbenutzung im Internet konfliktfrei zulässig wäre, wird daher in vielen Fällen dem betroffenen Zeichenverwender nicht zumutbar sein.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß ein kodifizierter Anspruch auf Unterscheidungshinweise oder Disclaimer eine erhebliche Zahl von Rechtskonflikten nach sich zöge. Es stünde zu erwarten, daß die von der Wahrnehmbarkeit eines verwechslungsfähigen ausländischen Zeichens betroffenen inländischen Zeicheninhaber ihren Anspruch auf solche Zusätze im Streitfall gerichtlich durchsetzen. Auch die Frage, welche Art von Zusätzen oder Disclaimern zur Verminderung der Verwechslungsgefahr geeignet sind, und wo und in welcher Form diese auf der Website anzubringen wären, wird sich in vielen Fällen nur durch gerichtliche Entscheidung klären lassen. Damit würde das angestrebte Ziel, die Zeichenverwendung im Internet von der Notwendigkeit weltweiter Zeichenrecherchen und Kollisionsprüfungen zu entlasten, verhindert.

#### (cc) Koexistenzlösung mit Unlauterkeitsvorbehalt

Es bleibt schließlich der Weg, den zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz in Fällen der lautereren Zeichenbenutzung einzuschränken und durch eine Koexistenzlösung mit Unlauterkeitsvorbehalt zu ersetzen. Durch Einführung einer für Marken und geschäftliche Bezeichnungen einheitlich geltenden Schutzschranke würde die Benutzung eines Zeichens in der Werbung im Internet vom Verbotungsanspruch freigestellt, sofern die Benutzung nicht in unlauterer Weise erfolgt<sup>101)</sup>. Der inländische Kennzeicheninhaber wäre danach verpflichtet, die Wahrnehmbarkeit des verwechslungsfähigen Zeichens über das Internet zu dulden, wenn nicht besondere Umstände die Unlauterkeit des ausländischen Zeichenbenutzers begründen. Da die Unlauterkeit in diesem Falle ein Ausnahme von der generellen Zulässigkeit der Zeichenbenutzung im Internet ist, wäre der inländische Kennzeicheninhaber verpflichtet, die Unlauterkeit darzulegen und zu beweisen.

100) Vgl. Knaak, Das Recht der Gleichnamigen, 54.

101) Von der Normstruktur her wäre eine solche Regelung mit § 23 MarkenG bzw. den abgesehen von geringfügigen sprachlichen Unterschieden übereinstimmenden Vorschriften des Art. 6 Abs. 1 der EU-Markenrechtsrichtlinie (89/104/EWG) und des Art. 12 der Gemeinschaftsmarkenverordnung vergleichbar, die im Hinblick auf die Benutzung von Name und Adresse, waren- bzw. dienstleistungsbeschreibende Angaben sowie Bestimmungangaben ebenfalls eine durch einen Unlauterkeitsvorbehalt ergänzte Schutzschranke enthalten.

## (1) Koexistenz

Die Bereitschaft, die Schranke für Koexistenzlösungen zu öffnen, ist in verschiedenen kennzeichenrechtlichen Sondersituationen bereits signalisiert worden.

Lösungsmodelle, die von der Tatsache der Koexistenz ausgehen, werden für bestimmte Verwendungsformen bei Konflikten zwischen nationalen Handelsnamen im Gemeinsamen Europäischen Markt als notwendig erachtet. So soll einem Unternehmen, das seinen Handelsnamen als notwendige Herstellerangabe auf oder in Verbindung mit der Ware bringt, der Absatz dieser Ware in einem anderen Mitgliedstaat der EU nicht versagt werden können<sup>102</sup>. Auch bei örtlich beschränkten Zeichenrechten wird die Koexistenz kollidierender Rechte insbesondere für Zeichenverwendungen in der Werbung in Massenkommunikationsmitteln in Erwägung gezogen<sup>103</sup>. In die Richtung einer Koexistenz von Zeichenrechten werden voraussichtlich auch die Überlegungen im Hinblick auf die Assoziierung neuer Mitgliedstaaten an die Europäische Gemeinschaft zu gehen haben.

Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich zeichenrechtlichen Koexistenzlösungen bislang nicht grundsätzlich verschlossen. Ein vergleichbarer Regelungsansatz wurde im Falle der überregionalen Werbung für die durch die staatliche Wiedervereinigung Deutschlands entstandenen Konfliktfälle aufgestellt, in denen eine Waren- und Dienstleistungsmarke mit Ursprung in der Bundesrepublik Deutschland infolge der Erstreckung mit einer übereinstimmenden Marke mit Ursprung in der ehemaligen DDR zusammentritt<sup>104</sup>. Während für alle Zeichenverwendungen außerhalb der Werbung im Fall der Kollision übereinstimmender erstreckter Marken die territorialen Ausschließlichkeitsrechte aufrechterhalten bleiben und somit der im jeweiligen Gebiet Prioritätsjüngere seine Marke im anderen Teil Deutschlands nur dann benutzen kann, wenn der in diesem Teil Prioritätsältere zugestimmt hat, wird dieser Grundsatz für die überregionale Werbung eingeschränkt. Eine erstreckte Marke darf danach auch ohne Zustimmung des Inhabers des anderen Zeichens in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, benutzt werden, wenn die Verbreitung nicht in zumutbarer Weise auf das bisherige Schutzgebiet beschränkt werden kann. In diesem Fall soll der mit der Werbung verbundene Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht des anderen Zeicheninhabers nicht rechtswidrig sein. Es besteht eine Duldungspflicht<sup>105</sup>.

Der für die überregionale Werbung ausnahmsweise hingenommenen markenrechtlichen Koexistenz liegt die Erwägung zugrunde, daß das zeichenrechtliche Ausschlußrecht zu einer unangemessenen Behinderung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Markeninhaber führt, soweit es um ihre Möglichkeit geht, für die Werbung für ihre Produkte oder Dienstleistungen Medien zu benutzen, die, wie etwa überregionale Zeitungen oder Zeitschriften, über das jeweilige Schutzgebiet hinaus Verbreitung auch in dem anderen Teilgebiet finden, oder Fern-

seh- oder Rundfunkwerbung, deren Ausstrahlung nicht auf das Ursprungsgebiet beschränkt werden kann. Da der Zeicheninhaber in diesen Fällen vor die Alternative gestellt ist, entweder die Zustimmung des Inhabers des im anderen Gebiet bestehenden kollidierenden Zeichens einzuholen oder, falls ihm diese versagt bleibt, auf den Einsatz dieser Werbemedien ganz zu verzichten, sei eine Ausnahme vom Grundsatz territorialer Ausschließlichkeit gerechtfertigt<sup>106</sup>.

Eine weitere, nicht nur für die überregionale Werbung, sondern grundsätzlich geltende Ausnahme vom zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz sah die im „Gesetz über die Eingliederung des Saarlandes von 1959“ getroffene Regelung vor, die bei der wechselseitigen Erstreckung des Schutzes der im Saarland und im übrigen Bundesgebiet geltenden Marken für den Fall einer Kollision die Verwendung von unterscheidenden Zusätzen und die Einschaltung einer Schiedsstelle bestimmte.

Ein von der Koexistenz ausgehendes Lösungsmodell stellt auch für die Kennzeichenkollisionen im Internet einen möglichen Lösungsansatz dar. Zwar führt das Internet nicht wie bei der Integration bisher getrennter Wirtschafts- und Rechtsgebiete zu einer Erweiterung des Schutzbereichs territorialer Zeichenrechte, jedoch ist die Zeichenbenutzung im Internet der durch die gegenseitige Erstreckung von Zeichenrechten auf ein gemeinsames Schutzgebiet entstehenden Konfliktlage insoweit vergleichbar, als auch hier jeweils gleichberechtigte, territorial begrenzte Kennzeichenrechte in einem territorial übergreifenden Medium zusammentreffen und eine territoriale Aufspaltung der Benutzungshandlungen nicht möglich ist. Der Zeicheninhaber wäre trotz territorial begrenzten Zeichenschutzes und der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit im Ausland im Falle eines Unterlassungsgebots dazu gezwungen, den Einsatz des Internet als Werbemedium ganz aufzugeben.

Auch eine *interessenvergleichende Analyse* der typischen Sachverhaltskonstellationen läßt eine Ausnahme vom Grundsatz der territorialen Ausschließlichkeit für Werbemaßnahmen im Internet gerechtfertigt erscheinen. Handelt es sich bei dem ausländischen Zeichennutzer um ein Unternehmen, welches das Internet dazu nutzt, um Informationen über sein Waren- und Dienstleistungsangebot bereitzustellen, die von den Internetnutzern in anderen Staaten abrufbar sind, ist jedoch aufgrund der Beschaffenheit der Produkte oder aus sonstigen Gründen ein grenzüberschreitender Waren- und Dienstleistungsverkehr ausgeschlossen, bleiben die durch die bloße Abrufbarkeit der Website entstehenden kennzeichenrechtlichen Auswirkungen für den Inhaber des inländischen Kennzeichens nur marginal. Da der ausländische Zeichennutzer angesichts der Unmöglichkeit, die Abrufbarkeit von Websites territorial aufzuspalten, durch ein Unterlassungsgebot dazu gezwungen wird, auf die Nutzung des Internet als Werbemedium ganz zu verzichten, ergibt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und Prinzipien ein eindeutiges Übergewicht der ausländischen Bezeichnungsfreiheit über das inländische Zeichenrecht. Inwieweit die Kennzeichnung des ausländischen Zeichennutzers Zeichenschutz genießt oder sich

102) *Knaak*, GRUR Int. 1951, Gedanken zum Konflikt von Handelsnamen im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1982, 651; s. auch *Klaka*, Vor-(Weiter)Benutzung im Kennzeichnungsrecht, in: *Erdmann* u. a. (Hrsg.), Festschrift für v. *Gamm*, 271, 287.

103) *Kur*, Der Schutz nicht eingetragener Marken, in: *Schricker* (Hrsg.), Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, 135, 143.

104) Vgl. *Fezer*, Markenrecht, Einl. Rdnr. 61; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, Einl. Rdnr. 31 mit weiteren Nachw.; *Knaak*, GRUR Int. 1993, 18 ff.

105) Vgl. *Fezer*, Markenrecht, Einl. Rdnr. 61; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, Einl. Rdnr. 31.

106) S. die Begründung des Regierungsentwurfs des Erstreckungsgesetzes Bl.f.PMZ 1992, 202 ff; zum Gesetz über die Wiedereingliederung des Saarlandes von 1959 vgl. BGBl. 1959 I S. 388 und dazu *Deringer*, GRUR 1959, 406, 409; auch das frühere britische Recht kannte mit der in Sec. 12 (2) des Trade Marks Act 1938 übernommenen Lehre vom „honest concurrent user“ Ausnahmen vom Grundsatz territorialer Ausschließlichkeit.

dieser lediglich auf die aus der Territorialität des Zeichens fließende Bezeichnungsfreiheit im Ausland berufen kann, ist dabei ohne Bedeutung<sup>107)</sup>.

Aber auch in Fällen, in denen die Website aufgrund ihrer sprachlichen Fassung und der Natur der beworbenen Produkte geeignet ist, auf den inländischen Markt einzuwirken, wird die Waage im Falle lauterer Zeichenverwendung häufig zugunsten der ausländischen Bezeichnungsfreiheit ausschlagen. Zwar mögen die kennzeichenrechtlichen Auswirkungen von Zeichenbenutzungen auf einer vom Inland aus abrufbaren Website für den inländischen Zeicheninhaber im Einzelfall von einiger Erheblichkeit sein. Insbesondere die internettypische Informationssuche mittels Internetkatalogen und Suchmaschinen kann dazu führen, daß eine ausländische Website auch vom Inland aus in erheblicher Zahl aufgerufen wird, so daß anders als etwa im Fall der internationalen Verbreitung von Zeitschriften von einem „Abfallprodukt“ oder einem „Überschwappen“ der zulässigen Auslandsbenutzung oder von einer marginalen Berührung der zeichenrechtlichen Interessen nicht mehr gesprochen werden kann. Auch das Interesse der Allgemeinheit, nicht durch verwechslungsfähige Angaben irreführt zu werden, kann hier als Wertungskriterium nicht von vornherein ausgeklammert werden.

Dennoch wird auch in dieser Konfliktlage der ausländischen Bezeichnungsfreiheit gegenüber dem inländischen Zeichenrecht häufig der Vorrang einzuräumen sein. Selbst wenn die Zahl der Abrufe der Website einen gewissen Umfang erreicht werden, die Interessen des inländischen Zeicheninhabers durch die Wahrnehmbarkeit des ausländischen Zeichens im Internet weniger stark beeinträchtigt als im Falle des Vertriebs der Produkte im Inland. Auch wiegen die Konsequenzen für den zur Unterlassung verpflichteten ausländischen Kennzeicheninhaber hier regelmäßig schwerer. Dieser müßte, wollte er das gerichtlich ausgesprochene Unterlassungsverbot befolgen, sein Zeichen, das im eigenen Land und unter Umständen in einer Vielzahl anderer Staaten geschützt ist und das für das Unternehmen einen erheblichen Goodwill darstellt, entweder aufgeben oder auf die Nutzung des Internet als Werbemedium ganz verzichten. Auch das Interesse des Verkehrs, nicht durch ein Nebeneinander verwechslungsfähiger Zeichen irreführt zu werden, wird sich in einem globalen Medium nur mit Einschränkungen verwirklichen lassen. Wer ein globales, interaktives Medium nutzt, dem wird mehr Aufmerksamkeit hinsichtlich der Möglichkeit koexistierender Zeichen abverlangt werden können, zumal sich Informationen über die betriebliche Herkunft der Waren oder die Identität des Unternehmens häufig bereits der allgemeinen Unternehmensdarstellung und den regelmäßig auf der Website enthaltenen Kontaktdaten entnehmen lassen.

Gegen ein Festhalten am zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz spricht schließlich die oben beschriebene, im Falle der Gewährung eines zeichenrechtlichen Unterlassungsgebots eintretende gegenseitige Blockierung der Zeicheninhaber. Würde dem inländischen Zeichenbenutzer ein uneingeschränktes Verbotrecht gegen die Benutzung eines verwechslungsfähigen Zeichens durch ein ausländisches Unternehmen gewährt, so müßte auch dieser damit rechnen, vom ausländischen Kennzeicheninhaber wegen der Benutzung seines Zeichens im Internet auf Unterlassung in

Anspruch genommen zu werden. In diesem Fall bliebe beiden Kennzeicheninhabern die Möglichkeit der Verwendung ihrer Kennzeichen im Internet versagt. Um diese Konsequenz zu vermeiden, ist eine Durchbrechung des Ausschließlichkeitsgrundsatzes durch eine Koexistenzregelung unvermeidbar. Sie bedeutet insoweit keine Entwertung der zeichenrechtlichen Funktionen, sondern führt zu einer Einschränkung der Reichweite des nationalen Zeichenschutzes, soweit dies zum Schutz des ausländischen Schutzrechtsinhabers und damit letztlich im Interesse aller Kennzeicheninhaber an der Zulässigkeit der Benutzung ihres Zeichens im Internet unumgänglich ist.

## (2) Unlauterkeitsvorbehalt

Wenn somit in den typischen Fallkonstellationen eine Koexistenzlösung gerechtfertigt erscheint, so ist diese Durchbrechung des Ausschließlichkeitsanspruchs gleichwohl nur in Fällen der lauterer Zeichenbenutzung hinzunehmen. Wie die Erfahrungen mit der mißbräuchlichen Registrierung von Domainnamen („domain grabbing“ oder „cybersquatting“) und anderen neuartigen Formen der Zeichenverletzung im Netz (z. B. „meta-tagging“<sup>108)</sup>) zeigen, ist die Gefahr mißbräuchlicher Zeichenverwendung im Internet besonders groß. Um nicht durch eine Koexistenzregelung dem Mißbrauch von Kennzeichnungsmitteln Vorschub zu leisten, muß den Gerichten ein flexibles Instrument zur Verfügung stehen, den inländischen Zeicheninhaber vor der mißbräuchlichen Verwendung seines Zeichens im Internet zu schützen. Zum Ausschluß mißbräuchlicher Erscheinungsformen der Zeichenverwendung im Internet ist die zu schaffende gesetzliche Grundentscheidung zugunsten der Koexistenz daher durch einen Unlauterkeitsvorbehalt zu ergänzen. Grundvoraussetzung für Zulässigkeit der Zeichenverwendung in der Werbung im Internet ist danach die lautere Wahl und Benutzung eines Zeichens. Verletzt der ausländische Kennzeicheninhaber dieses Gebot, so kann er sich auf die Bezeichnungsfreiheit im Ausland nicht mehr berufen, und es wird die normale, bei einer Kennzeichenverletzung sonst übliche Rechtsfolge ausgesprochen, d. h. dem inländischen Zeicheninhaber steht ungeachtet der über das inländische Schutzterritorium hinausgreifenden Wirkung einer solchen Anordnung ein uneingeschränkter Unterlassungsanspruch nach den §§ 14, 15 MarkenG bzw. § 12 BGB zu.

Der Unlauterkeitsvorbehalt stimmt dabei nicht mit der nur auf Wettbewerbsverhältnisse anwendbaren wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 1 UWG überein, sondern ist auf einen breiteren Anwendungsbereich anzulegen.

Bei der Entscheidung, ob das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit greift, sind im Rahmen einer Interessenabwägung von den Gerichten sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls unter Beachtung sowohl des Grundsatzes der Territorialität und der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit als auch eines angemessenen inländischen Zeichenschutzes mit den schützenswerten Belangen der Verbraucher zu würdigen<sup>109)</sup>. Dabei wird von den Gerich-

107) Ebenso auch das LG Mannheim GRUR 1968, 236, 237, in bezug auf die Zeichenverwendung in einer international verbreiteten Zeitschrift.

108) Unter „meta-tagging“ wird das Einfügen von Marken und Namen in den Source-Code einer Website mit dem Ziel verstanden, die Internet-Suchmaschinen dazu zu veranlassen, die Website bei Eingabe der entsprechenden Begriffe in den Ergebnislisten der Suchanfragen aufzuführen; zur rechtlichen Problematik des „meta-tagging“ vgl. *Kur*, in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, 1998, 325, 371.

109) Das Merkmal der Unlauterkeit stimmt insoweit nicht mit der auf Wettbewerbsverhältnisse anwendbaren Generalklausel des § 1 UWG überein, sondern erfordert eine umfassende Güter- und Interessenabwägung.

ten eine Reihe von Entscheidungsfaktoren in die Unlauterkeitsprüfung einzubeziehen sein, die nach Art eines „beweglichen Systems“ zusammenwirken können, wobei unter Umständen und aus deren Kumulation und Wechselwirkung die Unlauterkeit begründet werden kann.<sup>110)</sup> Bei der Ausbalancierung der Interessen ins Gewicht fallen werden vor allem subjektive Unlauterkeitsmomente wie Verwechslungsabsicht oder Täuschungsabsicht, Planmäßigkeit der Anlehnung an ein ausländisches Zeichen, aber, wenn solche nicht nachweisbar sind, auch das Ausmaß der Identität bzw. Ähnlichkeit der Zeichen, der Grad der Bekanntheit der Marke bei den inländischen Verkehrskreisen sowie der Umfang des geographischen Schutzbereichs des Zeichens außerhalb des inländischen Schutzrechtsterritoriums.

Als Hauptanwendungsfälle in Betracht kommen, ohne daß dies eine erschöpfende Aufzählung sein soll, neben der Zeichenverwendung in Verwechslungs- und Mißbrauchsabsicht vor allem die bereits nach geltendem Recht eine Unlauterkeitsprüfung erfordernden Tatbestände des Bekanntheitsschutzes<sup>111)</sup>, namentlich die Fälle der Rufausbeutung, Rufschädigung, Aufmerksamkeitsausbeutung und Verwässerung. Insbesondere bei den besonders gefährdeten berühmten und notorisch bekannten Zeichen im Sinne des Art. 6 bis PVÜ und Art. 16 Abs. 3 TRIPS wird die Abwägung regelmäßig zugunsten der Gewährung des zeichenrechtlichen Verbotungsanspruchs führen, zumal hier der Zeichenschutz in den meisten Fällen nicht nur im Inland, sondern in mehreren Ländern besteht und daher die Bedeutung der Bezeichnungsfreiheit als Wertungsfaktor zurücktritt.

Als eigenständige Fallgruppe vom Unlauterkeitsvorbehalt erfaßt werden kann ferner die Zeichenbenutzung auf einer Website unter Verwendung der Top-Level-Domain „de“, da mit der Wahl einer „de“-Domain ausdrücklich der Bezug zum deutschen Markt hergestellt wird und es aus diesem Grund gerechtfertigt erscheint, diese Websites von der Koexistenzregelung auszunehmen und uneingeschränkt den allgemeinen Kollisionsregeln zu unterwerfen.<sup>112)</sup> Der vorgeschlagene Unlauterkeitsvorbehalt weist insoweit genügend Flexibilität auf, um in solchen internet-spezifischen Sachverhaltskonstellationen mißbräuchlicher Zeichenverwendung den erforderlichen Schutz der inländischen Kennzeichen gewährleisten zu können.

Überdies bliebe der Rechtsprechung im Rahmen der Unlauterkeitsprüfung auch Spielraum für differenzie-

rende Rechtsfolgen. So wird es den Gerichten im Einzelfall offen stehen, anstelle einer Gewährung oder Ablehnung zeichenrechtlicher Unterlassungsansprüche je nach den Umständen des Einzelfalls und unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Individualinteressen und der schützenswerten Belange der Verbraucher nur eine relative Unterlassungsverfügung zu erlassen, d. h. dem Verurteilten Maßnahmen bei der Benutzung des verwechslungsfähigen Zeichens aufzuerlegen, die geeignet erscheinen, den Unlauterkeitsvorwurf auszuräumen. Solche Maßnahmen können auch in der Anordnung von unterscheidenden Zusätzen oder Disclaimern bestehen, jedoch wird eine derartige Konfliktlösung im Rahmen der Unlauterkeitsprüfung angesichts der oben aufgezeigten Problematik solcher Zusätze nur im Ausnahmefall gerechtfertigt sein.

#### (dd) Zwischenergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß die vom geltenden Zeichenrecht vorgegebene Ausschließlichkeitslösung kein geeignetes, rechtlich akzeptables Mittel zur Lösung zeichenrechtlicher Konflikte im Internet darstellt, sondern als möglicher Ansatz für eine angemessene Lösung der Kollisionsproblematik eine Durchbrechung des zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatzes und die Anwendung eines durch einen Unlauterkeitsvorbehalt eingeschränkten Koexistenzmodells in Betracht zu ziehen ist.

Die vorgeschlagene Koexistenzlösung, nach welcher der Kennzeicheninhaber die Parallelnutzung eines identischen oder verwechslungsfähigen Zeichens durch den ausländischen Zeichenverwender im Internet dulden muß, sofern die Benutzung nicht in unlauterer Weise erfolgt, ergibt sich aus dem Versuch, den territorial begrenzten Kennzeichenschutz mit der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit in anderen Schutzterritorien zum Ausgleich zu bringen. Die sich aus der Wahrnehmbarkeit verwechslungsfähiger Zeichen ergebenden negativen Folgen für die inländischen Kennzeicheninhaber sind zwar beachtlich, erscheinen aber aufgrund der im Ausland bestehenden Bezeichnungsfreiheit und im Hinblick auf die im allgemeinen Interesse der Kennzeicheninhaber liegende Möglichkeit an einer Nutzung des Internet als Werbemedium gerechtfertigt, wenn nicht im Lichte der gesamten Umstände des Sachverhalts und unter Abwägung und Wertung der Interessen der Vorwurf der Unlauterkeit begründet werden kann.

## 2. Absatzhandlungen

Schließlich bleibt die Frage zu beantworten, wie Absatzhandlungen im Internet kennzeichenrechtlich zu beurteilen sind. Wenig Zweifel bereitet die Entscheidung derjenigen Fälle, in denen die auf der Website angebotenen Waren eine Digitalisierbarkeit nicht erlauben und daher auf herkömmlichem Vertriebsweg im Inland in den Verkehr gebracht werden. Sofern lediglich die Bestellung online erfolgt, kann der Vertrieb der Waren und Dienstleistungen wie bei den sonstigen Formen des Fernabsatzes territorial beschränkt werden, so daß kein Anlaß für eine Einschränkung der bestehenden zeichenrechtlichen Grundsätze besteht und die Waren und Dienstleistungen nur dort in Verkehr gebracht werden können, wo Zeichenrechte Dritter nicht entgegenstehen.

Aber auch im Falle unmittelbar über das Internet erfolgender Absatzhandlungen erscheint eine Einschränkung der allgemeinen zeichenrechtlichen Grundsätze im Sinne des für die Online-Werbung vorgeschlagenen Koexistenz-

110) Eine solche Vorgehensweise bei der Bestimmung der Unlauterkeit ließe sich vergleichen mit der Unlauterkeitsprüfung im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes. Auch dort hängt das Urteil über die Sittenwidrigkeit eines konkreten Falles der sklavischen Nachahmung von einer Abwägung und Wertung der Interessen im Einzelfall ab, wobei der in diesem Fall herzustellende Ausgleich zwischen Nachahmungsfreiheit und Investitionsschutz ebenfalls im Rahmen eines „beweglichen Systems“ von Entscheidungsfaktoren erfolgt, bei dem der Grad der wettbewerblichen Eigenart und die besonderen Umstände, welche die Wettbewerbswidrigkeit einer Nachahmung begründen, miteinander in Wechselwirkung treten; zur Unlauterkeitsbestimmung im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, vgl. *Schricker/Schricker*, Urheberrecht, Einl. Rdnr. 43; *Baumbach/Hefermehl*, UWG § 1, Rdnr. 455; v. *Gamm*, GRUR 1978, 453, 454.

111) Dieser erweiterte Kennzeichenschutz umfaßt sowohl die Fälle der notorischen Bekanntheit im Sinne des Art. 6 bis PVÜ und Art. 16 Abs. 3 TRIPS als auch die unterhalb der Notoritätsschwelle liegenden Kennzeichen; vgl. *Ingerl/Rohnke*, Marken-gesetz, § 14, Rdnr. 468; *Kur*, GRUR 1994, 338.

112) Für eine Sonderbehandlung bei Verwendung einer Internet-Adresse mit der Top-Level-Domain „de“ auch *Ingerl/Rohnke*, Marken-gesetz, § 14 Rdnr. 31, allerdings in bezug auf das Kriterium des hinreichenden Inlandsbezugs; ähnlich *Wegner*, CR 1998, S. 676, 683 in bezug auf Domainnamenskonflikte.

modells nicht erforderlich. Zwar läßt sich der territoriale Endpunkt einer Online-Distribution angesichts der fehlenden geographischen Zuordnung eines Rechners und der beschriebenen Besonderheiten der Internet-Technologie nicht mit technischem Mitteln sicherstellen. Anders als bei der Internet-Werbung ist aber eine territoriale Abgrenzung der direkt über das Internet erfolgenden Absatzhandlungen nicht von vornherein ausgeschlossen. Da die online angebotenen Waren und Dienstleistungen regelmäßig erst nach Vertragsschluß und vorhergehender Bezahlung oder unter Verwendung von Paßwortsystemen verbreitet oder zugänglich gemacht werden, besteht die Möglichkeit, die Abnehmer nach Staatszugehörigkeit zu identifizieren und Internetnutzer aus Ländern mit entgegenstehenden Kennzeichenrechten von einem Bezug der Online-Produkte auszuschließen. Die für die Werbung im Internet beschriebene spezifische Problematik eines untrennbar gemischten Auslands-Inlands-Sachverhaltes, die eine normative Einschränkung der allgemeinen zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung erforderte, liegt daher hinsichtlich der Online-Absatztätigkeit nicht vor. Eine Ausnahme vom zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsgrundsatz, die eine Privilegierung des Online-Absatzes gegenüber herkömmlichen Vertriebsformen von Waren und Dienstleistungen bedeuten würde, scheint daher weder gerechtfertigt noch erforderlich.

Einer Einschränkung bedürfen insoweit allerdings die an das Vorliegen einer kennzeichenrechtlichen Erstbegehungsfahr gestellten Anforderungen. Würde allein durch die Internet-Werbung bzw. Internet-Angebote unter Verwendung eines verwechslungsfähigen Kennzeichens die Erstbegehungsfahr und damit ein vorbeugender Unterlassungsanspruch für den verbotenen Absatz der Waren und Dienstleistungen im Inland begründet, müßte der ausländische Zeichenverwender in allen Fällen der Internet-Werbung mit vorbeugenden Unterlassungsklagen rechnen. Damit würde das für die Internet-Werbung vorgeschlagene Koexistenzmodell und die ihm zugrunde liegenden Wertungen unterlaufen. Abgesehen von den Fällen, in denen zusätzlich zur Abrufbarkeit der Website konkrete Anhaltspunkte für eine inländische Absatztätigkeit vorliegen, ist es dem inländischen Zeicheninhaber zuzumuten, abzuwarten, bis der ausländische Zeichenverwender die auf der Website beworbenen oder angebotenen Waren und Dienstleistungen tatsächlich im Inland in Verkehr gebracht hat.

Zu erwähnen bleiben abschließend die Fallgestaltungen, in denen – wie etwa im oben geschilderten Fall *Playboy vs. Chuckleberry*<sup>113)</sup> die kostenlose Playmen-Lite-Version – die Produkte im Netz unentgeltlich zum Abruf zur Verfügung stehen. Das US-amerikanische Gericht hatte hier verlangt, daß auch der Abruf der Gratis-Version nur gegen Paßwortvergabe unter Ausschluß US-amerikanischer Internetnutzer erfolgen dürfe, da es sich bei Playmen Lite bereits um das Produkt selbst handele. Diese Entscheidung geht, soweit sie die unentgeltliche Abrufbarkeit eines On-line-Produkts als Absatzhandlung einstuft und nach den allgemeinen zeichenrechtlichen Regeln beurteilt, zu weit. Der interaktive Charakter des (Werbe-)Mediums Internet würde zu weiten Teilen zerstört, würde man in diesen Fällen das Erfordernis der Einrichtung von Paßwortsystemen zur Regel machen. Derartige Formen von Wertreklame, bei der kostenlos mit dem Produkt selbst geworben wird, sind kennzeichenrechtlich der Werbung zuzuordnen, so daß auch hier die vorgeschlagene Koexistenzlösung Anwendung finden kann.

113) S. oben Abschnitt.

Im Ergebnis bleibt es somit für Online-Absatzhandlungen – zu denen nicht die Fälle der unentgeltlichen Wertreklame zu zählen sind – wie für Offline-Absatzhandlungen bei der Anwendung der allgemeinen zeichenrechtlichen Grundsätze mit der Folge, daß der Online-Vertrieb nur in solche Länder erfolgen darf, in denen keine inländischen Zeichenrechte entgegenstehen.

## G. Internationale Domainnamenskonflikte als kennzeichenrechtlicher Sondertatbestand

Einen kennzeichenrechtlichen Sondertatbestand, der bei der bisherigen Betrachtung ausgeklammert blieb, stellen die in der Vergangenheit zahlreich aufgetretenen Domainnamenskonflikte dar<sup>114)</sup>. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung der Instanzgerichte ist die Benutzung eines Domainnamens, der mit einer Marke oder geschäftlichen Bezeichnung identisch oder verwechslungsfähig ist, geeignet, kennzeichenrechtliche Unterlassungsansprüche auszulösen<sup>115)</sup>. Nicht anders als bei der Benutzung eines Kennzeichens auf der Website kann daher auch die Benutzung eines Domainnamens zu Kennzeichenkonflikten führen, wenn ein ausländisches Unternehmen unter einem Domainnamen eine Website betreibt, die von Internetnutzern im Inland abgerufen werden kann.

## I. Rechtsschutz vor den staatlichen Gerichten

Vergleicht man die Domainnamenskonflikte mit den allgemeinen Zeichenkonflikten aufgrund der Zeichenbenutzung im Internet, so ergeben sich in bezug auf die internationale Problematik keine grundlegenden Unterschiede. Wie bei der Zeichenbenutzung auf einer Website führt auch die Benutzung eines Domainnamens zu einer weltweiten Wahrnehmbarkeit, die bei Anwendung der allgemeinen zeichenrechtlichen Grundsätze von den Inhabern verwechslungsfähiger Zeichen untersagt werden könnte. Da die Abrufbarkeit der Domainnamen nicht territorial begrenzt werden kann<sup>116)</sup> hat ein Unterlassungsgebot in gleicher Weise wie bei der Benutzung eines Zeichens auf der Website zur Folge, daß der Domaininhaber auf die Nutzung der Domain insgesamt, d. h. auch in den Ländern, in denen mangels Existenz geschützter Rechte oder aufgrund eines eigenen Schutzrechtes die Benutzung zulässig wäre, verzichten muß. Ebenso wie bei allgemeinen Kennzeichenkonflikten im Internet ist daher auch bei der Lösung von Domainnamenskonflikten mit Auslandsbezug eine Grenzziehung zwischen Bezeichnungsfreiheit im Ausland und Inlandschutz geboten, so daß sowohl die Überlegungen zur internationalen Tatortzuständigkeit und zum Kollisionsrecht als auch das zur Lösung des materiellrechtlichen Konflikttatbestands vorgeschlagene Koexistenzmodell

114) Zu den ergänzend zur staatlichen Gerichtsbarkeit neu geschaffenen Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen der „Alternative Dispute Resolution (ADR) Policy“ des „Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process“, s. *Bettinger*, CR 1999, 492 ff.

115) Von den zahlreichen Veröffentlichungen zum deutschen Recht seien genannt: *Kur*, in *Loewenheim/Koch* (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, 1998, S. 325, 377 mit weiteren Nachw.; *Bettinger*, GRUR Int. 1997, 402; *Jaeger/Lenz*, in *Lehmann* (Hrsg.), Electronic Commerce, 1999, S. 183; *A. Nordemann*, NJW 1997, 1891 ff.; *Omsels*, GRUR 1997, 328 ff.; *Völker/Weidert*, WRP 1997, 652 ff.; *Wiebe*, CR 1998, 157 ff.; *Ubber*, WRP 1997, 498.

116) Vgl. hierzu oben Abschnitt B.

auf Zeichenverletzungen durch die Benutzung von Domainnamen übertragen werden kann.

Was die materiellrechtliche Konfliktlösung betrifft, so lassen sich die insbesondere in der Anfangsphase der Kommerzialisierung des Internet vielfach aufgetretenen Fälle des „Domaingrabbing“ oder „Cybersquatting“, in denen fremde Zeichen in mißbräuchlicher Absicht als Domainnamen registriert wurden, um den Zeicheninhaber an der Nutzung seines Zeichens als Domainname zu hindern, ohne weiteres vom Unlauterkeitsvorbehalt des vorgeschlagenen Koexistenzmodells erfassen<sup>117)</sup>. Das gleiche gilt in Fällen, in denen ein ausländischer Domaininhaber durch die Wahl der Domain die Unterscheidungskraft und die Wertschätzung des inländischen Zeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt, wobei auch diesbezüglich nicht nur die Fälle bösgläubiger Domainnamensverwendung erfaßt werden, sondern im Rahmen einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der dargestellten spezifischen Problemlage der Zeichenverwendung im Internet die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind, ob der Vorwurf der Unlauterkeit zu begründen ist.

Ebenso wie die Zeichenverwendung auf einer unter der Top-Level-Domain „de“ abrufbaren Website ist auch die Benutzung eines Domainnames unter der Top-Level-Domain „de“ als solche aufgrund des ausdrücklichen Bezugs zum deutschen Markt als eigenständige Fallgruppe im Rahmen der Unlauterkeitsprüfung von der Koexistenzregel auszunehmen<sup>118)</sup>.

## II. Rechtsschutz nach der geplanten

### „Administrative Dispute Resolution (ADR) Policy“ des „Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process“

Als Reaktion auf die Vielzahl mißbräuchlicher Domainregistrierungen ist die Forderung nach der Bereitstellung alternativer, die zeit- und kostenaufwendigen staatlichen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren vermeidenden Konfliktlösungen erhoben worden. Dieser Forderung war bereits das sog. International Ad Hoc Committee (IAHC) in seinem mittlerweile wieder aufgegebenen Vorschlag zur Reformierung des Domain-Name-Systems nachgekommen, der eine detaillierte Regelung möglicher alternativer Streitbeilegungsverfahren enthielt. Der durch ein „White Paper“ des US-amerikanischen Wirtschaftsministeriums initiierte WIPO Report hat diese Forderungen aufgegriffen<sup>119)</sup>.

Sollten die von der WIPO ausgearbeiteten Empfehlungen realisiert werden, so werden den Zeicheninhabern zusätzlich zu den Verfahren vor den nationalen Gerichten drei weitere Verfahren zur Lösung von Domainnamenskonflikten eröffnet sein. Die als „Online-Mediation“ und „Online-Arbitration“ bezeichneten Verfahren entsprechen dem bekanntesten außergerichtlichen Konfliktlösungsinstrumentarium der Schlichtung und der Schiedsgerichtsbarkeit.

Mit der Einrichtung der verfahrenstechnischen Voraussetzungen zur „Online-Mediation“, der sich die Parteien

im Streitfall freiwillig unterziehen, soll die Möglichkeit geschaffen werden, durch Einschaltung eines neutralen und mit dem notwendigen Sachverstand ausgestatteten „Mediators“ eine einvernehmliche Verhandlungslösung der aufgetretenen Domainnamenskonflikte herbeizuführen<sup>120)</sup>. Eine solche Form der Konfliktlösung wird in der Praxis nicht selten in Betracht kommen. Angesichts der auf der Grundlage zeichenrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte eintretenden gegenseitigen Blockierstellung und des im Regelfall für beide Konfliktparteien bestehenden Interesses an einer Zeichennutzung im Internet läßt sich eine Vielzahl von Sachverhaltskonstellationen denken, in denen bei den Parteien eine erhöhte Vergleichsbereitschaft vorhanden ist, und die daher weniger im Klagewege als vielmehr unter Mithilfe einer neutralen, fakultativen Schlichtungsstelle im Wege gegenseitiger Verständigung zu lösen sind.

Auch die aufgrund privatautonomer Vereinbarung der Parteien nach dem jeweils vereinbarten nationalen Sachrecht zur verbindlichen Streitscheidung berufenen und an die Stelle der staatlichen Gerichte tretenden *Online-Schiedsgerichte* werden im Hinblick auf den bei internationalen Rechtsstreitigkeiten entstehenden Kosten- und Zeitaufwand häufig eine echte Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit darstellen<sup>121)</sup>.

In der Praxis erhebliche Bedeutung wird den zusätzlich zu den Schieds- und Schlichtungsverfahren geplanten *Administrative Dispute Resolution Procedures* (ADR) zukommen. Nach den Empfehlungen des WIPO Reports soll zukünftig jeder Anmelder eines Domainnamens verpflichtet werden, sich im Fall einer behaupteten Rechtsverletzung einem mit einheitlichen prozessualen und materiellen Grundsätzen ausgestatteten administrativen Konfliktlösungsverfahren zu unterwerfen, wobei das Entscheidungsergebnis von den Vergabestellen der Domainnamen ohne die Notwendigkeit gerichtlicher Anerkennung und Vollstreckung umzusetzen ist<sup>122)</sup>.

Anders als noch im WIPO Interim Report vom 23. Dezember 1998<sup>123)</sup> der als Gegenstand des ADR-Verfahrens grundsätzlich alle möglichen Fallkonstellationen von Domainnamenskonflikten vorsah, wird der Anwendungsbereich des ADR-Verfahrens im *Final Report* allerdings in bedeutsamer Weise eingeschränkt. Der zusätzlich zur staatlichen Gerichtsbarkeit geschaffene Rechtsschutz im Rahmen des ADR-Verfahrens soll nur dann eröffnet sein, wenn es sich um in Mißbrauchsabsicht erfolgte Domainregistrierungen (abusive registrations) handelt<sup>124)</sup>.

120) Zu den geplanten außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahren s. *Kur*, GRUR Int. 1999, 212.

121) Nach den Vorschlägen des WIPO-Reports soll bereits in den Formularverträgen zwischen Registrierungsstelle und Domainanmelder eine fakultative Schiedsklausel aufgenommen werden, so daß sich der Domaininhaber bereits zum Zeitpunkt der Registrierung der Domain fakultativ der Teilnahme an einem Schiedsgerichtsverfahren unterwerfen kann.

122) Die Entscheidungen sollen im Regelfall von einer einzigen Person, im Falle eines gemeinsamen Antrag der Parteien auch von einem aus drei Personen bestehenden Panel getroffen werden.

123) S. dazu eingehend *Kur*, GRUR Int. 1999, 212.

124) Im wesentlichen sind damit die als „Domaingrabbing“ oder „Cybersquatting“ bezeichneten Fallkonstellationen gemeint; zum Sonderschutz berühmter und notorisch bekannter Marken schlägt der Bericht ferner die Einführung besonderer präventiver Abwehrrechte bereits im Eintragungsverfahren vor. So soll unter engen Voraussetzungen die Sperrung einer oder mehrerer genetischer Top-Level-Domains (gTLDs) verfügt werden können, mit der Folge, daß Anträge auf Eintragung einer gleichlautenden Bezeichnung von Seiten eines nicht vom Markeninhaber autorisierten Dritten von der Registrierungsstelle zurückgewiesen werden können; vgl. dazu *Kur*, GRUR Int. 1999, 212, 216.

117) Um einen solchen Fall mißbräuchlicher Registrierung handelte es sich in dem Fall *Playboy Enterprises v. AsiaFocus International Inc.*; ebenfalls um eine mißbräuchliche Registrierung dürfte es sich in dem vom KG Berlin, CR 1997, 685 concert-concept entschiedenen Fall gehandelt haben, so daß die Entscheidung nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis sowohl hinsichtlich der in Streit stehenden „de“-Domain als auch der „.com“-Domain Zustimmung verdient.

118) Vgl. oben Abschnitt F III 1.

119) Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process vom 30. 4. 1999, abrufbar unter <http://www.##>

Einer solchen Beschränkung des Anwendungsbereichs des neuen Streitentscheidungsverfahrens kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt zugestimmt werden. Es erscheint durchaus sinnvoll, das neu geschaffene Konfliktlösungsinstrumentarium zunächst in den „easy cases“ mißbräuchlicher Domainregistrierungen in der Praxis zu erproben. Dies sollte freilich nicht bedeuten, daß die zahlenmäßig bei weitem überwiegenden Domainnamenskonflikte, in denen der Vorwurf bösgläubigen Verhaltens nicht begründet werden kann, dem neuen Konfliktlösungsmechanismus auf Dauer entzogen bleiben. Gegenüber der auf das jeweils nationale Recht fixierten und mit erheblichen Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung belasteten Konfliktlösung durch die staatlichen Gerichte bietet das ADR-Verfahren deutliche Vorteile, die langfristig auch bei der Entscheidung der allgemeinen Domainnamenskonflikte genutzt werden sollten. Das zur Lösung internationaler Kennzeichenkonflikte im Internet vorgeschlagene Koexistenzmodell könnte dabei eine adäquate normative Entscheidungsgrundlage bieten.

## H. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, daß die durch die Grenzenlosigkeit des Internet entstehenden Kennzeichenkonflikte auf den verschiedenen Rechtsebenen zu einem unterschiedlichen Korrekturbedarf führen.

Im Hinblick auf die internationale Tatortzuständigkeit haben sich Einschränkungen als schwierig erwiesen. Aufgrund der materiellrechtlichen Akzessorität des deliktischen Gerichtsstands erscheint eine Einschränkung nur dann sinnvoll, wenn zunächst geklärt ist, inwieweit deutsche Kennzeichenrechte durch Zeichenverwendungen ausländischer Unternehmen im Internet verletzt werden können. Darüber hinaus würde sich eine Einschränkung der Zuständigkeitsregeln nur dann für den Beteiligten effektiv auswirken, wenn diese mit der Aufgabe grundlegender prozeßrechtlicher Grundsätze einherginge.

Keine Korrektur erfordert das für Kennzeichenrechte geltende kollisionsrechtliche Schutzlandprinzip. Die für den gesamten Bereich der Immaterialgüterrechte typische schutzrechtsbezogene Betrachtungsweise läßt die in anderen Rechtsgebieten eigenständige kollisionsrechtliche Fragestellung in der materiellrechtlichen Auslegung der kennzeichenrechtlichen Tatbestände aufgehen.

Als entscheidender Ansatzpunkt für eine Lösung internetpezifischer Konflikttatbestände hat sich das materielle Kennzeichenrecht herausgestellt. Während für Online-Absatzhandlungen an den zeichenrechtlichen Grundsätzen festgehalten werden kann, bedarf es bei Benutzungshandlungen in der Online-Werbung einer Grenzziehung zwischen dem territorial auf das Inland begrenzten Zeichenschutz und der daraus folgenden Bezeichnungsfreiheit im Ausland. Diese erfordert eine Flexibilisierung der zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitslösung, für die das geltende Recht zwar Ansatzpunkte bietet, die aber im Interesse einer national und international einheitlichen Rechtsanwendung einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Als möglicher Lösungsansatz für eine normative Korrektur ist ein zeichenrechtliches Koexistenzmodell in Betracht zu ziehen, das ein Nebeneinander der nationalen Zeichenrechte im Internet erlaubt, solange nicht im Lichte der gesamten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Individualinteressen und der Interessen der Allgemeinheit der Vorwurf der Unlauterkeit der Zeichenbenutzung begründet ist.

Die erforderlichen Gesetzesänderungen können dabei nur auf europäische oder internationale Initiativen zurückgehen. Anzustreben ist daher in einem ersten Schritt – unter Umständen auf der Basis materieller Reziprozität zwischen EU-Staatsangehörigen und Staatsangehörigen von Drittstaaten – eine gemeinschaftsrechtliche Regelung, als wünschenswertes Fernziel aber eine international einheitliche Regelung im Rahmen der PVÜ oder des TRIPS-Abkommens.

[A 601]

# Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien\*)

Ansgar Ohly\*\*) und Michael Spence\*\*\*)

## I. Einführung

Obwohl die Harmonisierung des Wettbewerbsrechts seit den Anfängen der Europäischen Gemeinschaft zu

den Anliegen der Kommission gehört<sup>1)</sup>, ist sie bis zum heutigen Tag nur in Ansätzen erreicht worden. Nach wie vor besteht eine tiefe Kluft zwischen der britischen Präferenz für ungehinderten Wettbewerb und der kontinental-europäischen Präferenz für wohlgeordnete Märkte<sup>2)</sup>. Die

\*) Gekürzte deutsche Fassung der Abhandlung „The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany“, die demnächst bei Hart Publishing, Oxford, erscheinen wird.

\*\*) Dr. jur., LL.M. (Cambridge), wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München.

\*\*\*) D.Phil., LL. B. (Hons.), B.A. (Hons.), Fellow of St. Catherine's College Oxford.

1) Vgl. zum Gang der Harmonisierungsarbeiten *Schricker*, GRUR Int. 1990, 771 ff.; in: *Bernstein u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert (1981), S. 537 ff., und in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky* (Hrsg.), Großkommentar zum UWG, 9. Lieferung, Berlin etc. 1994, Rz. F 330 ff. Einl. UWG; *Beier*, GRUR Int. 1984, 61 ff.; [1985] EIPR 284 ff.; *Ohly* in: *Schricker/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 1999, S. 69 ff.

2) Vgl. zum Wettbewerbsrecht aus britischer, deutscher und rechtsvergleichender Sicht *Kamperman Sanders*, Unfair Competition