

Von 1000 Rosen nach tirolcom.at

von Clemens Thiele

Überblick über die österreichische Domainjudikatur des Jahres 2006

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf eine überblicksmäßige Erörterung der im Jahr 2006 ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur in Domainstreitigkeiten. Dabei wird zunächst versucht, die oberstgerichtlichen Lösungen kritisch zu hinterfragen und die Entscheidungen insgesamt in den methodisch-dogmatischen Kontext des Kennzeichen- und Wettbewerbsrechts einzuordnen. In chronologischer Reihenfolge wird z.T. in wesentlich unterschiedlicher Tiefe auf folgende Judikate eingegangen:¹⁾

lich) EUR 4.709,01 an Schadenersatz. Der Beklagte erklärte sich außergerichtlich nicht bereit, sich vorbehaltlos zur Unterlassung derartiger Aktivitäten in Zukunft zu verpflichten, sodass er (allein) geklagt wurde. Die Diskothekbetreiberin trat auf Seiten des Beklagten dem Prozess als Nebenintervenientin bei. Das Höchstgericht hatte letztlich die Frage zu klären, ob der beklagte Inhaber der Domain für die Rechtsverletzungen haftete, die Dritte auf der Website begingen?

1.2. Entgegen den beiden Vorinstanzen wies der

OGH die Klage ab. Zunächst hielt das Höchstgericht klar stellend fest, dass die Domain mit der Website nicht gleichzusetzen wäre. Während unter „Website“ eine Webpräsenz zu

Gericht	Datum	Geschäftszahl	Kurzbezeichnung	Fundstelle
OGH	24.01.2006	4 Ob 226/05x	<i>discobel.at/Nacht der 1000 Rosen</i>	ecolex 2006/369, 849 = EvBl 2006/75, 415 = MR 2006, 148; = RdW 2006/196c, 193 = RdW 2006/266, 282 = RZ 2006, 155
OGH	14.02.2006	4 Ob 6/06w	<i>amade.at II</i>	nv
OGH	14.02.2006	4 Ob 165/05a	<i>rechtsanwälte.at</i>	ecolex 2006/287, 671; (Schachter) = MR 2006, 215; (Korn/Korn) = RdW 2006/468, 507 (N.N.) = wbl 2006/132, 291 (Thiele) = Zak 2006/348, 202
OGH	20.04.2006	4 Ob 39/06y	<i>rechtsanwaltsportal.at</i>	RdW 2006/440f, 481
OGH	28.10.2006	4 Ob 185/06v	<i>tirolcom.at</i>	nv
OGH	19.12.2006	4 Ob 229/06i	<i>5htp.at</i>	nv

1. discobel.at/Nacht der 1000 Rosen – 4 Ob 226/05x (Keine Haftung des Domain-Inhabers für Urheberrechtsverstöße; Medienrecht)

1.1. Eine Berufsfotografin übertrug dem klagenden Rechtsschutzverband die ihr an den streitgegenständlichen Fotos zustehenden Rechte zur treuhändigen Wahrnehmung im eigenen Namen, jedoch in ihrem Interesse und für ihre Rechnung. Sie hatte im Auftrag der Betreiberin einer Diskothek in Oberösterreich, wo vom 5. auf den 6.1.2003 die sog. „Nacht der 1000 Rosen“ stattfand, eine Fotoreportage angefertigt. Sie verwendete dafür ihre eigene Ausrüstung. 18 von ihr angefertigte Fotos waren auch – ohne ihre Einwilligung – auf der Website der Diskothek unter <http://www.discobel.at> aufrufbar; die korrekte Herstellerbezeichnung fehlte.

Der Beklagte war Inhaber der Domain „discobel.at“, unter der die Website der Diskothek betrieben wurde. Er war weder Gestalter der Website noch Inhaber der Diskothek, über die auf der Website informiert wurde. Er war lediglich Kommanditist einer GmbH & Co KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin, eben die W. R. GmbH, die Diskothek betrieb.

Der klagende Verband begehrte u.a. vom beklagten Domain-Inhaber, es zu unterlassen die Fotos der Berufsfotografin zu veröffentlichen, die ordnungsgemäße Herstellerbezeichnung hinzuzufügen und (letzt-

verstehen wäre, bezeichnete Domain einen zusammenhängenden Teilbereich des hierarchischen DNS-Namensraums. Die Domain diene daher dazu, eine Webpräsenz (= Website) aufzurufen; die Website wiederum würde auch als „Homepage“ bezeichnet, wobei „Homepage“ streng genommen nur die Startseite der Website bezeichnete.

Die Grundsätze für die Verantwortung nach dem Mediengesetz gälten auch für die zivilrechtliche Haftung. Ebenso wie daher für Wettbewerbsverstöße oder Urheberrechtsverletzungen in Zeitungen der jeweilige Medieninhaber hafte, müsste dies auch für Rechtsverletzungen in Websites gelten. Die Haftung träfe denjenigen, der die Website inhaltlich gestaltet und deren Abrufbarkeit besorgt oder veranlasst hätte. Dies wäre gegenständlich nicht der Beklagte, der als bloßer Inhaber der Domain fungierte. Für den Urheberrechtsverstoß wäre er daher nicht verantwortlich.

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

1) Stichtag für die Entscheidungsübersicht ist der 31.12.2006. Sämtliche Judikate sind im Volltext unter <http://www.eurolawyer.at> abrufbar.

1.3. Das vorliegende Urteil enthält einige bemerkenswerte Aussagen, denen über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

1.3.1. Zunächst bestimmt der OGH die *Haftung für Betreiber elektronischer Medien* näher. Sowohl vor als auch nach der Mediengesetz-Novelle 2005,²⁾ ist als (elektronischer) *Medieninhaber* derjenige zu verstehen, dem die inhaltliche und redaktionelle Letztverantwortung für über das Netz verbreitete Inhalte zukommt. IdR kann dies nur jene Person sein, die eine inhaltliche Gestaltung der entsprechenden Website vornimmt.³⁾ In der Gesetzesprache des ECG handelt es sich demnach um den *Content-Provider*.⁴⁾ Die sogenannten Access- und Host-provider scheiden daher regelmäßig als medienrechtlich Haftbare aus. Im gegenständlichen Fall war der Beklagte bloßer Inhaber der Domain, die als Internetadresse für jene Website diente, deren urheberrechtsverletzenden Inhalte der Diskothekbetreiber zu verantworten hatte.

1.3.2. Das vom Höchstgericht gefundene Ergebnis lässt sich mE nur vor dem Hintergrund der besonderen *urheberrechtlichen Störerhaftung* gänzlich nachvollziehen.

Der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch richtet sich einerseits gegen den unmittelbaren Täter (Störer), also gegen jene Person, von der die Beeinträchtigung ausgeht und auf deren maßgeblichem Willen sie beruht, andererseits aber auch gegen Mittäter, Anstifter und Gehilfen des eigentlichen Störers. Die bloße adäquate Verursachung genügt für deren Haftung nicht. Wer nicht tatbestandsmäßig handelt, sondern nur einen sonstigen Tatbeitrag leistet, haftet daher nur dann, wenn er den *Täter bewusst fördert*. Bewusste Förderung setzt voraus, dass dem in Anspruch Genommenen die Tatumsstände bekannt sind, die den Gesetzesverstoß begründen.⁵⁾

Der Beklagte hat allein mit der Innehabung der Domain „discobel.at“ die Lichtbilder der Berufsfotografin weder vervielfältigt noch verbreitet oder zur Verfügung gestellt und kommt damit als unmittelbarer Täter nicht in Betracht. Der Beklagte haftet aber auch nicht für einen Tatbeitrag zu einem fremden Schutzrechtsverstoß, weil eine bewusste Förderung des Täters mangels Wissens des Beklagten um die Herkunft der für die Website verwendeten Lichtbilder nicht festgestellt worden ist.

Soweit man sich auf eine Verletzung von *Überwachungs- und Prüfpflichten* durch den Beklagten berufen möchte, ist dem entgegen zuhalten, dass Bildnisschutzrechte nicht schon dadurch verletzt werden, dass jemand ein Lichtbild an eine Zeitschrift bzw. Website weiter gibt, ohne es selbst zu verbreiten.⁶⁾ Umso weniger kann demjenigen ein Eingriff in solche Rechte zugerechnet werden, von dem nicht einmal feststeht, dass er die Weitergabe bzw. das Zurverfügungstellen von Lichtbildern veranlasst hat.

Eine *Unternehmerhaftung nach § 88 UrhG* scheidet für den Beklagten gegenständlich ebenfalls aus. Der beklagte Domaininhaber ist (Allein-)Gesellschafter jener GmbH, die als Kommandistin in jener KG fungiert, deren persönlich haftender Gesellschafter die Diskothek betreibt. Die Haftung eines persönlich haftenden

Gesellschafters einer OHG für einen Wettbewerbsverstoß der Gesellschaft hat die Rsp⁷⁾ schon mehrfach für solche Fälle verneint, in denen er gar keine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung nehmen konnte, weil dann ein gegen ihn erlassenes Verbot auch nichts dazu beitragen kann, dass sich die Gesellschaft in Zukunft gesetzeskonform verhält. Kraft Größenschlusses gilt dies umso mehr für den hier beklagten Kommanditisten iW.S.

1.3.3. In den abschließenden Ausführungen verneint der Senat ein Rechtsschutzdefizit aufgrund der – durch eine Verwaltungsstrafe abgesehenen – Impressumspflicht nach § 24 Abs 3 und 4 MedienG. Problematisch wird die Sache mE dann, wenn der Contentprovider (= Medieninhaber) seine Impressumspflicht verletzt, sodass der Verletzte – nach Abfrage im Online-Domainregister – sich wiederum nur an den Domaininhaber halten wird können. Die – im „amtlichen Leitsatz“⁸⁾ dazu wiedergegebene – apodiktische Aussage, „Den (bloßen) Inhaber der Domain trifft keine Haftung für Rechtsverletzungen, die durch den Inhalt der Website begangen werden“, kann mE keineswegs Allgemeingültigkeit beanspruchen, da stets im Einzelfall die Einflussmöglichkeiten, aber auch die eigenen Prüfpflichten des Domaininhabers zu berücksichtigen sind.⁹⁾

1.4. Sowohl für die Rechtslage vor als auch nach der MedienG-Novelle 2005 hält das Höchstgericht fest, dass die zivilrechtliche Haftung des Inhabers eines elektronischen Mediums nach den gleichen Grundsätzen ausgestaltet ist, wie im Printbereich. Hat demzufolge der bloße Inhaber der Domain, unter der das elektronische Medium publiziert wird, keine inhaltliche Gestaltungsmöglichkeit iS eines Content-Providers, treffen ihn weder wettbewerbs- noch urheberrechtliche Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche.

2) BGBl I 49/2005, in Kraft seit 01.07.2005; vgl. dazu *Anderl*, Das neue Mediengesetz, *ecolex* 2005, 701; *Zöchbauer*, *MedienG-Nov 2005 – Was ist neu?* MR 2005, 164.

3) Unter Bezugnahme auf *Berka/Höhne/Noll/Polley*, *Mediengesetz Praxiskommentar* (2002), § 1 Rz 50, Seite 42; ebenso *dieselben*, *Mediengesetz*² (2006) § 1 Rz 26 und 50, Seite 43.

4) Dieser Differenzierung bereits früher folgend OGH 19.02.2004, 6 Ob 190/03i – Onlinearchiv II, *ecolex* 2004/319, 701 (*Zankl*) = *EvBl* 2004/156 = *RdW* 2004/476, 536.

5) OGH 04.07.2000, 4 Ob 173/00w – *Disques Duchesse III*, GRUR Int 2001, 472 = MR 2000, 242 (*Walter*) = ÖBl 2001, 186 = *ZfRV* 2001, 75; 07.03.1995, 4 Ob 1013/95 – *Rechtsscheinhaftung*, MR 1996, 67 jeweils mwN.

6) OGH 11.07.1995, 4 Ob 57/95 – *Leiden der Wärter*, MR 1996, 67; 29.01.2002, 4 Ob 279/01k – *Inseratenauftrag*, MR 2002, 156 (*Walter*).

7) Vgl. OGH 27.04.1999, 4 Ob 71/99s – *Melatonin*, *RdW* 1999, 657 = MR 1999, 294 = *EvBl* 1999/177 = *wbl* 1999/370 = ÖBl 2000, 16 = *SZ* 72/77; 17.08.2000, 4 Ob 158/00i – *gewinn.at*, MR 2000, 322 = *RdW* 2001/32, 21 = *wbl* 2000/386, 579 = *ecolex* 2001/53, 128 (*Schanda*) = *EvBl* 2001/20, 101 = ÖBl 2001, 26 (*Schramböck*) = *ARD* 5193/25/2001.

8) RIS-Justiz RS0120522.

9) Ähnlich auch zur Haftung der Domain-Vergabestelle OGH 12.09.2001, 4 Ob 176/01p – *fpo.at* II, MR 2001, 326 (*Rami*) = *ecolex* 2002/19, 35 (*Schanda*) = *EvBl* 2002/22, 98 = ÖBl 2002/51, 242 = *SZ* 74/153; siehe dazu auch unten Pkt. 6.

2. amade.at II – 4 Ob 6/06w (Geänderter Websiteinhalt, res iudicata)

2.1. Die Klägerin war eine Liftgesellschaft, Inhaberin der Marke „Amadé“ und Mitglied der „Salzburger Sportwelt Amadé“. Der Erstbeklagte war EDV-Dienstleister. Er ließ 1999 die nunmehr strittige Domain „amade.at“ registrieren und übertrug sie an die von ihm in den USA gegründete Firma Amade Incorporated (die nunmehrige Zweitbeklagte). Diese betrieb unter der Domain einen privaten E-Maildienst. Bereits im Jahr 2002 kam es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Damals wurde zunächst der Antrag auf EV vom OGH¹⁰⁾ im Hinblick auf den Inhalt der Website (Mailprogramm), der die Marke der Klägerin nicht berührte, im Provisorialverfahren letztinstanzlich abgewiesen. Danach wurde auch die Klage im Hauptverfahren vom LG Salzburg¹¹⁾ mangels Vorliegens von Domain-Grabbing rechtskräftig abgewiesen.

Im nunmehrigen Verfahren erließ das Erstgericht die auf Unterlassung gerichtete Einstweilige Verfügung; das Rekursgericht bestätigte. Die Rechtsauffassung des OLG Linz bestand zusammengefasst darin, die beklagten Parteien hätten die klägerischen Marken Nr. 121.851 (AMADÉ) und Nr. 123.788 (Sportwelt AMADÉ), sowie die beiden Wort-Bild-Marken Nr. 180.808 „Sportwelt AMADÉ“ und Nr. 180.820 „Salzburger Sportwelt AMADÉ“ verletzt, weil sie unter der strittigen Domain fremde Inhalte hosteten (wörtlich: „... auch wenn die Beklagten letztlich nur Speicherplatz zur Verfügung stellen.“), die im weitesten Sinne dem Fremdenverkehr zuzuordnen wären.

Zu prüfen war also letztlich, ob die beklagten Parteien durch den geänderten Websiteinhalt, d.h. den Betrieb einer Plattform zur Vermittlung und Buchung von Hotels und Unterkünften, die genannten klägerischen Markenrechte verletzen.

2.2. Der OGH bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen und gab dem außerordentlichen Revisionsrekurs keine Folge. Mit der Änderung des Inhaltes der Website hatte sich der rechtserzeugende Sachverhalt im Vergleich zum früheren Verfahren insoweit geändert, als eine Unterlassungsklage eingeschränkt auf das Verbot des Betriebs einer Buchungs- und Vermittlungsplattform zulässig war. Die markenrechtliche Haftung ergab sich bereits aus der Innehabung der Domain und nicht aus dem Betrieb des Hostingdienstes auf der Website; der Inhalt der Website war insoweit lediglich für die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ausschlaggebend. Die unterschiedliche Schreibweise (Marke: „Amadé“; Domain: „amade“) beseitigte im Hinblick auf den ähnlichen Tätigkeitsbereich der Markeninhaberin bzw. ihrer Lizenznehmer nicht die Verwechslungsgefahr.

2.3. Aus markenrechtlicher Sicht treten folgende bemerkenswerte Leitsätze hervor:

- Die Registrierung einer Marke für „Werbung“ in der Dienstleistungsklasse 35 und gleichzeitig in der Klasse 42 für „Verpflegung, Beherbergung von Gästen, Hotelreservierungen und Ähnliches“ zeigt durch ihren Zusammenhang deutlich, worauf sich die Marke

bezieht. Der Schutzbereich der Marke umfasst demzufolge auch die Nutzung einer markenähnlichen Domain zum Betrieb einer Vermittlungs- und Buchungsplattform für Hotels oder Unterkünfte als bloßer Hostprovider.

- Eine Verwirkung der Markenansprüche nach § 58 MSchG kann nicht eintreten, wenn sich der Markeninhaber bereits im Vorverfahren (wenngleich erfolglos) gegen die Nutzung der Marken durch den Beklagten gewehrt hat. Die „Benutzung“ eines Zeichens fällt dann nicht unter § 58 MSchG, wenn sie – etwa wegen fehlender Verwechslungsgefahr – das Markenrecht gar nicht verletzt.
- Die Änderung des zu einer Domain gehörigen Websiteinhalts kann durchaus einen neuen rechtserzeugenden Sachverhalt schaffen, da insoweit die markenrechtliche Verwechslungsgefahr anhand dieses geänderten Inhalts neuerlich zu prüfen ist. Gerät der Domaininhaber dadurch in den Schutzbereich des Markeninhabers, muss er die weitere Nutzung dieses Contents unterlassen. Selbst erfolglose frühere Prozessführungen verhindern eine Verwirkung iS des § 58 MSchG.

2.4. Schon wegen der besonders gelagerten Rechtsfolgenseite – zwischenzeitig wurde der Unterlassungsanspruch anerkannt und nach Einrichtung des nach wie vor zulässigen Betriebs eines weltweiten e-Mail-Dienstes unter <http://www.amade.at> das Beseitigungsbegehren iS einer Domainlöschung bestritten – wird der Prozess weiter geführt. Über den Ausgang dieses den Gegenstand des Hauptverfahrens¹²⁾ bildenden Streitpunktes darf der interessierte Leser gespannt sein.

3. rechtsanwälte.at – 4 Ob 165/05a (Umlaut-Domains; Schutz des Namensträgers; Verkehrsgeltung; kein Veröffentlichungsanspruch bei Namensverletzung)

3.1. Die Kläger, der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) und sein Präsident, selbst Rechtsanwalt, beanspruchten die Umlaut-Domain „rechtsanwälte.at“ vom beklagten Betreiber einer deutschen Suchmaschine, der diese Domain zur Strukturierung seiner unter <http://www.volkssuche.de> eingerichteten Meta-Suchmaschine benützte.

Gestützt auf §§ 1, 2 und 9 UWG sowie eigenes Namensrecht und „sonstiges Kennzeichenrecht“ begehren die Kläger „den Beklagten schuldig zu erkennen, die (weitere) Registrierung zu unterlassen“, in eventu die Löschung der Domain sowie deren Übertragung und die Urteilsveröffentlichung u.a. auf der Website und im Anwaltsblatt.

10) 13.03.2002, 4 Ob 56/02t – amade.at I, ecolex 2002/235, 598 (Schanda).

11) 31.03.2004, 2 Cg 233/01s, abrufbar unter http://www.i4j.at/entscheidungen/lg_s2_233_01s.htm (besucht am 15.03.2007).

12) Wohl: amade.at III; LG Salzburg 07.06.2006, 4 Cg 70/05h; ebenso Urteil des OLG Linz 28.03.2007, IR 202/06s, nrk.

Die erste Instanz ortete ein „sittenwidriges Kanalisieren von Kundenströmen“ und gab der Klage vollinhaltlich statt. Die Berufungsinstanz wies die Klage des Präsidenten ab und gab dem ÖRAK nur insoweit Recht, als es den Beklagten schuldig erkannte, „hinsichtlich der Registrierung der Internet-Domain rechtsanwälte.at zu Gunsten des Erstklägers zurückzustehen“.

3.2. Der OGH bestätigte die Klagsabweisung hinsichtlich des Zweitklägers wegen fehlender Aktivlegitimation, gab jener des Erstklägers teilweise statt und verpflichtete den Beklagten, es „ab sofort zu unterlassen, die Registrierung der Internetdomain rechtsanwälte.at aufrecht zu erhalten“.

Das Höchstgericht verneinte ein sittenwidriges Domain-Grabbing iSd § 1 UWG, da nach dem festgestellten Sachverhalt der Beklagte die Domain nicht in der Absicht erworben hatte, die Kläger zu behindern. Eine Irreführung nach § 2 UWG bestand schon deshalb nicht, da die Internetnutzer durch den Inhalt der Startseite der Website unter <http://www.rechtsanwälte.at> in einer jeder Zweifel ausschließenden Weise aufgeklärt wurden.¹³⁾

Als Körperschaft des öffentlichen Rechts käme dem klagenden ÖRAK aufgrund seiner gesetzlich verankerten Kundmachungspflicht auf seiner „Homepage“ unter <http://www.rechtsanwaelte.at> ein Namensrecht an dem Gattungsbegriff „Rechtsanwälte“ deshalb zu, weil die (ältere) Domain „rechtsanwaelte.at“ als Hinweis auf den Erstkläger verstanden würde und insoweit Unterscheidungskraft erlangt hätte. Mit der dazu in Bedeutung und Wortklang identischen Domain „rechtsanwälte.at“ nutzte der Beklagte eine für den ÖRAK geschützte Bezeichnung dazu, das Interesse auf sein Suchportal und damit auf eine Aktivität zu lenken, mit welcher der Österreichische Rechtsanwaltskammertag nichts zu tun hatte. Der Beklagte verletzte damit die Rechte des Erstklägers.

3.3. Die Registrierung von Internet Domains mit Umlauten wurde durch die Einführung der sog. IDN (Internationalized Domain Names) per 31.03.2004 ermöglicht.

Die Domain „rechtsanwaelte.at“ ist als Gattungsdomain an sich nicht unterscheidungskräftig, genießt aber Verkehrsgeltung iS des § 9 Abs 3 UWG als ein dem klägerischen Rechtsanwaltskammertag zugeordneter Namensbestandteil. Verkehrsgeltung im Sinne dieser Bestimmung¹⁴⁾ liegt für die klägerische Domain schon deshalb vor, weil ein Großteil (wohl mehr als die Hälfte) der österreichischen Rechtsanwälte – wenn nicht alle – diese Domain wegen der Veröffentlichungspflicht relevanter berufsrechtlicher Bestimmungen unter der zugehörigen „Homepage“ auf <http://www.rechtsanwaelte.at> nach §§ 5, 21 und 37 RAO zu ihrer Berufsausübung kennen (müssen).

„Rechtsanwälte“ ist ein Name iS des § 43 ABGB, der auf den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag als Trägerin der Rechtsanwaltskammern Österreichs hinweist. Der (belanglose) Inhalt der Website des Beklagten unter der strittigen Domain „rechtsanwälte.at“ – nämlich die Ergebnisliste von weiterführenden

den Suchbegriffen wie „Rechtsanwalt“, „Rechtsanwalt Kärnten“, „Scheidung Anwalt Wien“ und dergleichen – verletzt die schutzwürdigen Interessen des Namensträgers. Dieser muss es sich nämlich nicht gefallen lassen, dass seine geschützte Bezeichnung dazu dient, das Interesse auf eine Aktivität (hier: Suchportal des Beklagten) zu lenken, mit der er nichts zu tun hat. Was für das Bundesheer¹⁵⁾ und den Rechnungshof¹⁶⁾ gilt, ist für den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag nur recht und billig – für österreichische Gemeinden¹⁷⁾ und Süßwarenhersteller¹⁸⁾ allerdings nicht.¹⁹⁾

Das vorliegende Urteil hat (neuerlich) die Diskussion um die Rechtsfolgen einer Kennzeichenverletzung durch Internet-Domains bereichert. Während nunmehr ein stetig wachsender Teil der Lehre²⁰⁾ das praktische Bedürfnis einer gerichtlichen Domain-Übertragung anerkennt und die dogmatische Begründung dafür liefert, verschließt sich eine Mindermeinung²¹⁾ dieser rechtlichen Realität mit dem lapidaren Hinweis, dass „auch die gegen den Übertragungsanspruch ins Treffen geführten Argumente nicht wirklich überzeugend“ sind. Stattdessen wird von der österreichischen NIC.AT GmbH, einer privat geführten Kapitalgesellschaft, deren Legitimation zur Domainvergabe weder auf gesetzlicher Grundlage noch staatlicher Kontrolle beruht,²²⁾ gefordert, für eine Art „virtueller Ranganmerkung“ nach Vorbild der deutschen Domainvergabe zu sorgen.²³⁾

13) Vgl. das „Impressum“ des Beklagten.

14) Arg. Wortlaut: „innerhalb beteiligter Verkehrskreise“; vgl. auch OGH 4 Ob 12/05a – Vital-Hotel II, ÖBI 2005/63, 269 (*Game-rit*); 30.04.1958, 1 Ob 115/58 – Goldspitzentee, SZ 31/68.

15) OGH 13.09.2000, 4 Ob 198/00x – bundesheer.at I, MR 2000, 325 = ecolex 2001/55, 129 (*Schanda*) = ÖBI 2001, 35 (*Kurz*) = wbl 2001/32, 43 = ARD 5193/26/2001, und 25.09.2001, 4 Ob 209/01s – bundesheer.at II, wbl 2002/64, 91 = MR 2001, 411 (*Korn*) = RdW 2002/127, 146 = ecolex 2002/82, 191 (*Schanda*) = ecolex 2002, 189 (*Anderl*) = JUS Z/3295 = ÖBI 2002/27, 142 (*Kurz*) = SZ 74/161.

16) OGH 22.3.2001, 4 Ob 39/01s – rechnungshof.com, RdW 2001/559, 535 = wbl 2001/291, 495 (*Thiele*) = EvBl 2001/155 = ecolex 2001/251, 688 (*Schanda*) = ÖBI 2001, 237 (*Kurz*) = MR 2001, 256 = JUS Z/3287 = SZ 74/53.

17) Vgl. OGH 20.05.2003, 4 Ob 47/03w – adnet.at II, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308, 542 (*Thiele*) = RdW 2003/470, 558 = ÖBI 2003/74, 271 (*Fallenböck*) = MR 2004, 65.

18) Vgl. OGH 16.07.2002, 4 Ob 156/02y – kinder.at, ecolex 2002/289, 755 (*Schanda*) = MR 2002, 347 = ÖBI 2002, 268.

19) Ausführlich zu dieser Ungleichbehandlung *Thiele* in Kucsko (Hrsg), markenschutz (2006), 587 ff; *derselbe*, Österreichische Domain-Judikatur 2003. Domainrecht „à la carte“ oder virtueller Ortsnamenschutz ade? MR 2004, 52; *derselbe*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2004/95, 198 jeweils mwN.

20) *Braunböck*, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2005/403, 849; *Schachter*, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2006/287, 671, 672 und *Anderl*, Plädoyer für den Domain-Übertragungsanspruch, ecolex 2006, 767.

21) *Korn/Korn*, Entscheidungsanmerkung, MR 2006, 218, 219 f.

22) Kritisch bereits *Mosing/Otto*, Internet-Adressverwaltung in Österreich oder: NIC.AT und die normative Kraft des Faktischen, MR 2002, 176; *Mosing/Otto/Proksch*, Internet Governance oder die (Nicht-)Legitimation zur Domain-Verwaltung in *Schweighofer* ua (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002), 145.

23) Inzwischen hat die strittige Domain „rechtsanwälte.at“ nach einer Odyssee von Deutschland nach Vanuatu (einer Inselgruppe im Südpazifik) und Salzburg ihre Heimstatt beim klagenden ÖRAK gefunden.

3.4. Das Registrierhalten der Domain „rechtsanwälte.at“ zum Betrieb einer Suchmaschine zwecks Auffinden (österreichischer) Rechtsanwälte verletzt die Namensrechte des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK) an der Bezeichnung „rechtsanwaelte.at“, die als gesetzlich zugewiesene Internet-Adresse (<http://www.rechtsanwaelte.at>) für amtliche Kundmachungen nach §§ 5, 21, 37 RAO Unterscheidungskraft erlangt hat.

4. rechtsanwaltsportal.at – 4 Ob 39/06y (Gattungsdomain; kein Täuschungsverbot)

4.1. Die Erstbeklagte betrieb ein Inkassobüro und war Inhaberin der Domain „rechtsanwaltsportal.at“; der Zweitbeklagte ist Provider. Unter der Domain wurde eine Website betrieben, auf der Rechtsanwälte mit Namen, Anschrift, Faxnummer, E-Mail-Adresse und, so vorhanden, eigenen Webangeboten aufscheinen. Ein mit „Inkasso“ bezeichneter Link führte zur Website der Erstbeklagten. Der Kläger machte geltend, die Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“ sei durch § 57 RAO geschützt. Sie dürfe daher auch nicht beliebig in Kombination mit anderen Wörtern, wie etwa dem Wort „Portal“, als Domain genutzt werden, wenn auf der unter der Domain betriebenen Website auch für nichtanwaltliche Leistungen geworben werde. Der nichtanwaltliche Anbieter lehne sich dadurch an den guten Ruf der Rechtsanwaltschaft an. Das Interesse des Kunden werde mit dem guten Ruf der Anwaltschaft geweckt, durch die Täuschung würden den Rechtsanwälten Kunden abgeworben. Das sei umso eher sittenwidrig, als Rechtsanwälte auch noch aufgefordert würden, für die an sich schon wettbewerbswidrige Irreführung zu zahlen.

4.2. Alle drei Instanzen wiesen das auf Unterlassung des Betriebs einer Suchmaschine unter der Adresse „www.rechtsanwaltsportal.at“ gerichtete Klagebegehren zur Gänze ab. Der OGH hielt neuerlich fest, dass für Domainnamen kein sondergesetzliches Täuschungsverbot bestand und verneinte gleichfalls eine Irreführung iS des § 2 UWG unter Hinweis auf die Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise.

4.3. Im Unterschied zu der vom Sachverhalt her ähnlichen ProvisorialE um die Domain „rechtsanwälte.at“²⁴⁾ stellt der Begriff „Rechtsanwaltsportal“ nach Auffassung des Höchstgerichts weder einen namensgleichen Bestandteil des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages (ÖRAK) dar, noch fällt diese Bezeichnung unter die nach § 57 RAO den österreichischen Rechtsanwälten vorbehaltene Berufsbezeichnung „Rechtsanwalt“. Der Inhalt der zugehörigen Website war ebenso wenig wie die Domain für sich genommen, geeignet, Irreführung iS des § 2 UWG zu bewirken. Dass für Domains – anders als für Marken oder Firmen – kein sondergesetzliches Täuschungsverbot besteht, gehört mittlerweile zur wohl gefestigten Rsp.²⁵⁾

4.4. Die Verwendung der Domain „rechtsanwaltsportal.at“²⁶⁾ durch ein Inkassobüro verstößt weder gegen § 57 RAO noch stellt sie eine Irreführung nach § 2 UWG dar, weil nach gefestigter Rsp für Domainnamen –

anders als etwa für Firmen (§ 18 Abs 2 HGB nunmehr: § 18 Abs 2 UGB) oder Marken (§ 4 Abs 1 Z 8 MSchG) – kein sondergesetzliches Täuschungsverbot besteht.

5. tirolcom.at – 4 Ob 185/06v (Unterscheidungskraft; Bedeutung von Top-Level-Domains)

5.1. Die Klägerin ist Medieninhaberin und Betreiberin des unter der Domain „tirol.com“ seit 1999 eingerichteten Online Magazins „tirol.com“. Monatlich würden ca. 1 Million Zugriffe auf die Website verzeichnet, die sich mit verschiedenen regionalen, aber auch internationalen Themen im Sinne eines „Life Style Magazins“ beschäftigte.

Der Beklagte betrieb ebenfalls seit 1999 unter „tirolcom.at“ eine Erotikplattform mit vorwiegend pornografischem und sexuellem Inhalt. Die Startseite enthielt den – erst nach Verschieben des Bildfensters nach unten sichtbar werdenden – Hinweis, dass diese Seite nicht von Tirol online betrieben würde und keinen offiziellen Charakter hätte.

Die Klägerin begehrte – gestützt u.a. auf ihr Kennzeichenrecht an der älteren Domain „tirol.com“ – die Unterlassung der jüngeren Domain „tirolcom.at“ im Wege des Sicherungsverfahrens. Das Höchstgericht hatte letztlich darüber zu entscheiden, ob der durch § 1 UWG subsidiär gewährte Wettbewerbschutz grundsätzlich anwendbar wäre.

5.2. Der OGH bestätigte die Einstweilige Verfügung und hielt fest, dass sich die Auffassung des OLG Innsbruck im Rahmen der Rsp des 4. Senats zu § 1 UWG im Zusammenhang mit Kennzeichenstreitigkeiten hielt. Das Rekursgericht hätte den offenstehenden Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn es dem Firmenschlagwort der Klägerin auf Grund der hohen monatlichen Zugriffszahlen eine gesteigerte Bekanntheit zugebilligt und aus dem Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung für die vom Beklagten gewählte Domain auf dessen unlautere Absicht geschlossen hätte, den Bekanntheitsgrad des älteren Kennzeichens durch die Wahl eines ähnlichen Zeichens für eigene Zwecke auszunutzen.

24) OGH 14.02.2006, 4 Ob 165/05a, ecolex 2006/287, 671 (*Schachter*) = MR 2006, 215 (*Korn/Korn*) = RdW 2006/468, 507 (N.N.) = wbl 2006/132, 291 (*Thiele*) = Zak 2006/348, 202; siehe oben Pkt. 3.

25) OGH 20.05.2003, 4 Ob 103/03f – centro-hotels.com, MR 2004, 67 = ÖBl 2003/65, 241 (*Fallenböck*) = RdW 2003/471, 558; 14.02.2006, 4 Ob 165/05a, ecolex 2006/287, 671 (*Schachter*) = MR 2006, 215 (*Korn/Korn*) = RdW 2006/468, 507 (N.N.) = wbl 2006/132, 291 (*Thiele*) = Zak 2006/348, 202.

26) Die Domain „rechtsanwaltsportal.at“ ist wieder frei; Stand vom 16.03.2007 laut NIC.AT Register unter <http://www.nic.at>.

27) Vgl. OGH 19.12.2000, 4 Ob 257/00y – Die Blauen von D., ÖBl-LS 2001/39, 56 = ÖBl-LS 2001/54, 57 = ÖBl 2001, 124; 10.07.2001, 4 Ob 128/01d – Silberpfeil, wbl 2002/28, 40 = ecolex 2002/15, 32 = ÖBl-LS 2002/1. 11 = ÖBl 2002/48, 235; 09.11.2004, 4 Ob 165/04z – Wir lackieren Autos, ÖBl-LS 2005/115, 165 = ÖBl-LS 2005/120, t66 = ÖBl-LS 2005/129, 167; 08.11.2005, 4 Ob 187/05m – Schischule Mellau, ÖBl 2006/29, 126 (*Gamerith*).

5.3. Die vorliegende E verstärkt eine jüngst eingeschlagene Linie der Rsp, die § 1 UWG für einen ergänzenden Kennzeichenschutz fruchtbar gemacht hat. Darüber hinaus bietet sie Gelegenheit, der – mangels streitentscheidender Wirkung – unerörtert gebliebenen Bedeutung von „Top-Level-Domains“ nachzugehen.

5.3.1. Das Höchstgericht nimmt im gegenständlichen Fall – für manche wohl unerwartet – keine „klassisch kennzeichenrechtliche“ Beurteilung vor, sondern löst die nicht „erhebliche Rechtsfrage“ unter Rückgriff auf die der Fallgruppe des *sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs* zuzuordnende lauterkeitsrechtliche Komponente.

Der klägerische Vorbenutzer der Zeichen „tirol.com“ ist nämlich nicht nur dann gegen die Verwendung eines gleichen oder verwechslungsfähigen ähnlichen Zeichens durch den Beklagten geschützt, wenn er sich auf einen sondergesetzlich gewährten Unterlassungsanspruch (etwa nach § 9 UWG, § 43 ABGB, § 80 UrhG) berufen kann. Unter der Voraussetzung, dass auf Seiten des Beklagten, der eine formale Zeichenposition erworben hat, besondere sittenwidrige Umstände vorliegen, die eine Erwirkung der Domaineintragung als sittenwidrig erscheinen lassen, steht dem Kläger die auf § 1 UWG gestützte Einrede des sittenwidrigen Domainerwerbs offen. Wettbewerbswidrig iSd § 1 UWG handelt ein Domainanmelder dabei auch dann, wenn er die mit der Eintragung der Domain entstehende (und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche technische) Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbs einsetzt.

Das wettbewerbsrechtlich Verwerfliche im Verhalten des beklagten Domainanmelders liegt hier darin, dass er die jahrelangen zeit- und kostenaufwendigen Bemühungen der Klägerin, seine Dienstleistungen unter der von ihm etablierten Bezeichnung auf dem Markt zu platzieren, dadurch erheblich zu behindern versucht, dass er eine verwechslungstaugliche Domain an der gleichlautenden Bezeichnung („tirolcom“) erworben und die höchst verwechslungstaugliche Website-Adresse („www.tirolcom.at“) für iwS ähnliche Leistungen bewusst einsetzt und auf diese Weise eine online zuvor nicht bestehende kennzeichenrechtliche Kollisionslage und damit ein Vertriebshindernis für die Klägerin geschaffen hat. Besonders fällt dabei ins Gewicht, dass der Beklagte im Verfahren nicht einmal den Versuch unternommen hat, einleuchtende Rechtfertigungsgründe dafür anzugeben, weshalb er einige Zeit nach der Klägerin eine verwechselbar ähnliche Domain benutzte, obwohl er seine eigene Unternehmensstrategie über Jahre an der Bezeichnung „Ero-Netz“ ausgerichtet hat. Dem Beklagten war und ist ja – im online Bereich – die Einhaltung eines zumutbaren und hinreichenden Abstands seiner Bezeichnung „eronetz.at“ zur schon in Verwendung stehenden – und ihm wohl gut bekannten – Bezeichnung der Dienstleistungen der Klägerin leicht möglich gewesen.²⁷⁾

Vielmehr ist offenkundig, dass es dem beklagten Domaininhaber beim Domainerwerb und der Wahl seiner Netzadresse in erster Linie darum gegangen ist, die kennzeichenrechtliche Stellung des klägerischen Mitwettbewerbers zu schwächen und diesen dadurch erheblich zu

behindern, anstatt eine eigenständige Bezeichnung für seine Leistungen zu erlangen.²⁸⁾

5.3.2. Juristisch herausfordernder wäre die Lösung des vorliegenden Sachverhalts nach „rein“ *kennzeichenrechtlichen Gesichtspunkten* gewesen; doch hätte dies die Annahme des außerordentlichen Revisionsrekurses bedeutet:

Nach stRsp und einhelliger Meinung der Lehre kommt Domainnamen, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten, der Schutz des § 43 ABGB zu. Darüber hinaus kommt der Bezeichnung „tirol.com“ (neuhochdeutsch: „tirol-dot-com“ ausgesprochen) im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Online-Magazins für das Unternehmen der Klägerin (schwache) Kennzeichnungskraft zu und bildet sie einen Bestandteil der gleichlautenden Netzadresse <http://www.tirol.com> der Klägerin seit Jahren. Damit wäre auch der Schutz nach § 43 ABGB sowie § 9 UWG zu Gunsten der Klägerin an der Bezeichnung „TIROL.COM“ eröffnet. Nach den angeführten Gesetzesstellen sind auch schlagwortartig gebrauchte Bestandteile von Etablissementbezeichnungen bzw. Firmen geschützt.²⁹⁾ Schutzwürdige Interessen werden schon dann verletzt, wenn der – unzutreffende – Anschein erweckt wird, dass zwischen dem Berechtigten und demjenigen, der den Namen gebraucht, ideelle oder wirtschaftliche Beziehungen bestehen.³⁰⁾

Der OGH³¹⁾ hat bereits ausgesprochen, dass auch bei einer Kollision zwischen Domains und der besonderen Bezeichnung eines Unternehmens der allgemeine Grundsatz des Zeitvorranges gilt. Auch Bestandteile einer Firma sind als Firmenschlagwort zu Folge der innewohnenden Namensfunktion schutzfähige Kennzeichen im Sinne des § 9 Abs 1 UWG. Sie besitzen also etwas Besonderes, Individuelles, das sie dazu eignet, ihren Träger, eben die Klägerin, von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden.

Durch die zeitlich spätere Verwendung der Domain „tirolcom.at“ im WWW zu Werbezwecken mit dem Verweis auf ein Erotikangebot hat sich der Beklagte in wettbewerbswidriger und schmarotzerischer Weise des Firmennamens und Unternehmenskennzeichens der Klägerin angenähert und dieses für eigene gewerbliche Zwecke verwendet. Es entsteht sogar u.U. der völlig

28) OGH 12.06.2001, 4 Ob 126/01k – Das blaue Rohr, RdW 2001/673, 668 = ecolex 2001/317, 848 (Reitböck) = ÖBl 2002, 20.

29) Aicher in Rummel, ABGB I³ Rz 3 zu § 43; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht¹⁶, 1228 Rz 101 und 1239 Rz 129 zu § 16 dUWG; OGH 28.09.2004, 4 Ob 169/04p – akvermittlung.at, wbl 2005/43, 95 (Thiele).

30) Aicher in Rummel, ABGB I³ § 43 Rz 16; Schwimann/Posch, ABGB I³ § 43 Rz 27, jeweils mwN; OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – ortig.at = ÖBl 2000, 134 (Kurz) = MR 2000, 8 = ecolex 2000/98, 215 (Schanda) = wbl 2000/87, 142 = RdW 2000/296, 341 = EvBl 2000/113, 507 = ARD 5224/29/2001 = SZ 72/207.

31) Urteil vom 16.10.2001, 4 Ob 226/01s – onlaw.co.at., wbl 2002/30, 44 = RdW 2002/128, 146 = ecolex 2002/83, 192 (Schanda) = ÖBl 2002/12, 91 = ÖBl-LS 2002/51, 65 = ÖBl-LS 2002/52, 65 = MR 2002, 51 (Hebenstreit).

unrichtige Eindruck, das Unternehmen des Beklagten hätte den Betrieb des Klägers nunmehr übernommen (bzw. umgekehrt) oder würde in sonstiger gemeinsamer organisatorischer Beziehung dazu stehen.³²⁾ Aufgrund der Branchennähe zwischen dem klägerischen LifeStyle Online-Magazin und der Porno-Website des Beklagten sind nicht nur Verwechslungen zu befürchten, sondern jedenfalls nicht ausgeschlossen.³³⁾

Während die Branchenferne noch einigermaßen überbrückt werden könnte, stellt sich für die Beurteilung einer allfälligen Zeichenähnlichkeit die – in Österreich soweit ersichtlich – noch nicht entschiedene Frage nach der Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains. Ohne an dieser Stelle vertiefend ins Detail zu gehen, ist zunächst festzuhalten, dass die klägerische Second-Level-Domain „tirol“ als solche eine Herkunftsbezeichnung nach § 6 UWG darstellt.³⁴⁾ Nach der soweit ersichtlich einzigen zu dieser Thematik ergangenen oberstgerichtlichen Entscheidung³⁵⁾ hat die Top-Level-Domain keine kennzeichnende Wirkung, sodass es bei Kollisionen mit Namens- oder sonstigen Kennzeichenrechten allein auf die SLD ankommen soll. Demzufolge stünden einander die beiden SLDs „tirol“ und „tirolcom“ gegenüber, deren Zeichendifferenz und unterschiedlichen Zeichenbedeutung in Verbindung mit der Branchenferne durchaus dazu angetan sein könnte, den gebotenen zeichenrechtlichen Abstand zu wahren.

Bezieht man allerdings die beiden TLDs der zu vergleichenden Domains in die Überlegungen zur Verwechslungsgefahr ein, so führt eine differenzierte Betrachtung – wie von einem Teil der Lehre vorgeschlagen³⁶⁾ – zur einer starken Zeichenähnlichkeit, die geeigneter erscheint, die Branchenferne zu überbrücken.

5.4. Die Verwendung der Domain „tirolcom.at“ für ein Erotikportal verstößt in Ansehung der Bekanntheit des unter „www.tirol.com“ abrufbaren Online-Magazins mit seinen ca. 1 Million Zugriffen pro Monat gegen § 1 UWG, da insoweit ergänzender wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz zum Tragen kommt.

6. „5htp.at“ – 4 Ob 229/06i (Haftung der Domain-Vergabestelle; Markeneingriff)

6.1. Die klägerische Inhaberin der österreichischen und EU-Wortmarke „5 HTP“ vertrieb unter dieser Bezeichnung u.a. Nahrungsergänzungsmittel und Vitaminpräparate. Die Erstbeklagte war eine Limited Liability Company mit Sitz in Las Vegas, USA, und Inhaberin der Domain „5htp.at“. Auf der zugehörigen Website bot sie ebenfalls Nahrungsergänzungsmittel an, die den durch die chemische Formel „5-HTP“ beschriebenen Wirkstoff enthielten.

Die zweitbeklagte Partei, die österreichische Domain-Vergabestelle NIC.AT GmbH, wurde vor Klageeinbringung in zwei Anwaltsschreiben auf die Markenrechte qualifiziert hingewiesen und aufgefordert, die Nutzung der Domain durch die Erstbeklagte zu beenden. Die Vergabestelle versetzte die Domain in einen „Wartestatus“, verweigerte aber ein weitergehendes Ein-

schreiten, insbesondere eine Löschung oder Übertragung.

Im Sicherungsverfahren beantragte die Klägerin, die Domain-Vergabestelle zu verpflichten, „den Zugriff auf die das Markenrecht der Klägerin verletzenden Domains unterhalb der Top-Level-Domain „.at“, insbesondere die Domain „5htp.at“, zu unterbinden und deren von Dritten allenfalls begehrte Registrierung zu verweigern.

6.2. Der OGH bestätigte die abweisenden Entscheidungen der Unterinstanzen und versagte ebenfalls eine Einstweilige Verfügung zugunsten der klagenden Markeninhaberin. Nach dem Inhalt der Website, die unter der Domain ins Internet gestellt wurde, wäre die Markenverletzung keineswegs für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschung erkennbar. Es könnte nicht ausgeschlossen werden, dass eine bloße Markenennung bzw. eine zulässige Markenverwendung vorliegen würde, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspräche. Die Vergabestelle konnte daher in vertretbarer Weise annehmen, dass die allgemein gebräuchliche Bezeichnung des auf der Website angebotenen Produkts (d.h. der Markenname) eine in diesem Sinn zulässige Angabe war. Damit konnte sie aber auch annehmen, dass unabhängig vom aufrechten Bestand der Marke kein Schutzrechtseingriff vorlag.

„5-HTP“ ist eine chemische Formel. Die damit bezeichnete Substanz wird ua in der Medizin verwendet. Ihre Bekanntheit für den durchschnittlichen Käufer von Nahrungsergänzungsmitteln bzw. Medikamenten besteht nicht.

6.3. Durch die Entscheidung kommt es zu einer *erheblichen Begrenzung der Verantwortlichkeit der Vergabestelle*. Dies entspreche auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 16 ECG. Die vorliegende Entscheidung verweist auch auf die einschlägige Vorjudikatur.³⁷⁾ Dieser Maßstab der „für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschung gegebenen Offenkundigkeit“

32) Vgl. OGH 21.12.2004, 4 Ob 238/04k – sexnews.at, wbl 2005/131, 240 (*Thiele*) = MR 2005, 135 = ÖBl-LS 2005/138, 168 = ÖBl-LS 2005/147, 170.

33) OGH 21.12.2004, 4 Ob 238/04k – sexnews.at, wbl 2005/131, 240 (*Thiele*) = MR 2005, 135 = ÖBl-LS 2005/138, 168 = ÖBl-LS 2005/147, 170.

34) *Barfuß*, „Tiroler“ Schinken-, Schopf- oder Karreespeck – Sach- oder Herkunftsbezeichnung? ÖBl 1984, 113.

35) OGH 25.03.2003, 4 Ob 42/03k – rtl.at, ecolex 2003/317, 773 (*Schanda*) = ÖBl-LS 2003/96, 169 = ÖBl 2004/11, 35 (*Fallenböck*) = MR 2004, 63

36) *Thiele*, kennzeichen.egal – Zur Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains, abrufbar unter http://www.rechtsprobleme.at/doks/kennzeichen_egal-thiele.pdf, online seit 15.12.2004, (16 Seiten).

37) OGH 13.09.2000, 4 Ob 166/00s – fpoe.at I, MR 2000, 328 (*Pilz*) = ecolex 2001/54, 128 (*Schanda*) = ÖBl 2001, 30 (*Schramböck*) = RdW 2001/157, 141 (*Stomper*), RdW 2001/155, 136 = wbl 2001/69, 91 (*Thiele*) = ARD 5224/28/2001 = SZ 73/140; 12.09.2001, 4 Ob 176/01p – fpoe.at II, MR 2001, 326 (*Rami*) = ecolex 2002/19, 35 (*Schanda*) = EvBl 2002/22, 98 = ÖBl 2002/51, 242.

vermag mE letztlich nicht zu überzeugen, kommt er doch einer quasi völligen Haftungsfreistellung gleich. Dabei wird das massive wirtschaftliche Eigeninteresse der NIC.AT als Vergabestelle von .at-Domains und ihre diesbezügliche Monopolstellung unberücksichtigt gelassen.³⁸⁾

Bemerkenswert sind abschließend die Ausführungen des Höchstgericht zum behaupteten Markeneingriff: „nach § 10 Abs 3 Z 2 MSchG und Art 12 lit b GMV gewährt die Marke dem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten (hier der Erstbeklagten) zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Angaben über die Art einer Ware zu benutzen, sofern das den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel entspricht. Die Zweitbeklagte konnte in vertretbarer Weise annehmen, dass die allgemein gebräuchliche Bezeichnung des auf der Website angebotenen Produkts eine in diesem Sinn zulässige Angabe ist. Damit konnte sie aber auch annehmen, dass unabhängig vom aufrechten Bestand der Marke kein Schutzrechtseingriff vorlag.“ Diese Ausführungen klingen einerseits danach, dass ein Verschulden der Vergabestelle vorliegen müsste, um die Delegation zu widerrufen, was dem Konzept des verschuldensunabhängigen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruchs zuwiderläuft; andererseits wird der Schutzrechtseingriff mE vor-schnell „vom Tisch gewischt“ bzw. bagatellisiert.

Bei der Verwendung der Marke eines Dritten als Bestimmungsangabe, z.B. zur Konkretisierung der eigenen Dienstleistungen als „Fachmann für BMW“ oder kompatibelem Zubehör, beispw. „Wechselklingen für Gillette“ ist nach der Rsp des EuGH³⁹⁾ eine zweistufige Prüfung vorzunehmen: Die Markenbenutzung muss zunächst zur Information des Verbrauchers erforderlich sein und zwar „praktisch das einzige Mittel“ zu diesem Zweck darstellen.⁴⁰⁾ Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Benutzung auch in lauterer Weise (vgl. § 10 Abs 3 Z 2 MSchG) erfolgt. Das ist z.B. nicht der Fall, wenn dem Verbraucher nicht vorhandene Vertragsbeziehungen zwischen Verwender und Markeninhaber suggeriert werden.⁴¹⁾ Weiters dürfen Unterscheidungskraft und Wertschätzung der Marke nicht ausgenutzt werden, die Ware des Originalherstellers darf nicht herabgesetzt werden und der Verwender darf seine Ware nicht als Nachbau oder Imitat des Originals anpreisen.⁴²⁾ Dass diese feinen markenrechtlichen Differenzierungen von den Mitarbeitern der Vergabestelle nicht erwartet werden dürfen, liegt auf der Hand; von der Erstbeklagten aus den USA allerdings schon, oder?

6.4. Neuerlich bestätigt das Höchstgericht seine bisherige Rsp, wonach die Domain-Vergabestelle nur dann anstelle des (oder mit dem) Domaininhaber haftet, wenn die auf der zugehörigen Website abrufbare Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschung erkennbar ist. Diese Erkennbarkeit ist idR bei Markenverletzungen auszuschließen.

7. Zusammenfassung

Entgegen dem bloß quantitativen Anschein hat sich die Entwicklung im österreichischen Domainrecht keineswegs drastisch verlangsamt oder gar erheblich an Bedeutung verloren. Die gerichtlichen Verfahren werden wohl meist nicht mehr bis zum Höchstgericht geführt, da nach über 90 Entscheidungen viele Rechtsfragen gelöst sind. Nach wie vor gesucht sind juristische Antworten zu den Rechtsfolgen von Wettbewerbs- und Kennzeichenverletzungen durch Domains. Die gerade erst bei den österreichischen Gerichten anrollende Klagswelle nach den Registrierungen von .eu-Domains wird für zusätzliche Dynamik und eine weiterhin rasante Rechtsfortbildung sorgen.

38) Krit auch *Anderl*, Die Haftung der Domain-Vergabestellen (Ein Rechtsvergleich Österreich-Deutschland), in: *Forgó/Feldner/Witzmann/Dieplinger* (Hrsg), Probleme des Informationsrechts (2003), 1; *derselbe*, Die Haftung der nic.at und DENIC eG – Der trügerische Frieden, in: *Schweighofer* ua (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002), 165; *Mosing/Otto/Proksch*, Internet Governance oder die (Nicht-)Legitimation zur Domain-Verwaltung, in: *Schweighofer* ua (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002), 145; *Mosing/Otto*, Internet-Adressverwaltung in Österreich oder: NIC.AT und die normative Kraft des Faktischen, MR 2002, 176; *Nußbaumer*, Die Haftung für rechtswidrige Domains unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Vergabestelle, in: *Plöckinger* ua (Hrsg), Internet-Recht (2004), 111; *Thiele*, Rechtliche Grundlage der Domainvergabe – Regulierung für „.at“? Thesen und Antithesen zur Domainverwaltung in Österreich, wbl 2001, 307.

39) Nachweise bei *Mayer* in *Kucsko*, marken.recht (2006), 314 f.

40) EuGH 17.03.2005, C-228/03 – Gillette, Rz 25, *ecolex* 2005, 495 = RdW 2005/242a, 197 = RdW 2005/315, 295 = MR-Int 2005, 35 = ZER 2006/98, 63 = ÖBl 2006/20, 87 (*Gamerith*).

41) EuGH 23.02.1999, C-63/97 – BMW/Deenik, wbl 1999/101 = *ecolex* 1999/135 = ZER 1999/32 = ÖBl 1999, 250 = wbl 1999, 539 (*Gruber*).

42) EuGH 17.03.2005, C-228/03 – Gillette, Rz 25, *ecolex* 2005, 495 = RdW 2005/242a, 197 = RdW 2005/315, 295 = MR-Int 2005, 35 = ZER 2006/98, 63 = ÖBl 2006/20, 87 (*Gamerith*).