

■ RdW 2006/73, 79

## Nochmals: Übertragungsanspruch bei Domainstreitigkeiten

*Fraiss*<sup>1)</sup> begrüßt in RdW 2005/536, 469 die „Standhaftigkeit“ des OGH in der E „omega.at“<sup>2)</sup>, worin dieser der „Krone der in Domainstreitigkeiten geltend gemachten Ansprüche, dem Übertragungsanspruch“ keine Folge gegeben und lediglich die Löschung bewilligt hat. Diese Auffassung fordert Kritik heraus, zumal sowohl die dringlichen praktischen Bedürfnisse an einer gerichtlichen Domainübertragung unbeachtet bleiben, als auch die Anwendung des § 1041 ABGB<sup>3)</sup>.

RA Dr. Clemens Thiele,  
LL.M. Tax (GGU)  
Salzburg

1. Im eingangs genannten Anlassfall konnte eine verbindliche Klärung des Übertragungsanspruches in Domainstreitigkeiten letztlich – schon mangels adäquaten Vorbringens der Klagsseite – zu Recht auf sich beruhen. Dennoch setzte sich das Höchstgericht in dankenswerter Weise mit den dazu durchaus gegenläufigen Positionen in Lehre und Rsp (rechtsvergleichend) auseinander.

Im Unterschied zur Sperrungspraxis der *Denic e.G.*, die dem siegreichen Antragsteller des Dispute-Status in der Folge die Möglichkeit einräumt, die zu löschende „.de“-Domain unmittelbar zu erwerben (sog. „virtuelle Ranganmerkung“<sup>4)</sup>), belässt es die österreichische Domain-Vergabestelle dabei, den Wait Status 2 mit der gerichtlich aufgetragenen Löschung der Domain zu beenden<sup>5)</sup>. Die Domain wird nach einer technisch bedingten Nachlaufzeit von ca 4 Wochen in den allgemeinen Pool der frei registrierbaren „.at“-Domains ohne Rücksicht auf die rechtskräftig festgestellten Kennzeichenansprüche des siegreichen Klägers zurückgestellt. Dadurch kommt es – wie in der Vergangenheit zumindest in zwei prominenten Fällen<sup>6)</sup> bereits geschehen – dazu, dass unbeteiligte Dritte die so frei gewordene Domain für sich registrieren lassen. Der siegreiche Kläger hat erneut das Nachsehen und muss wiederum den Rechtsweg beschreiten. Um eine derartige Perpetuierung des rechtswidrigen Zustandes und zugleich eine Prozesslawine gegen Nichtberechtigten zu verhindern, bedarf die österreichische Domainpraxis mE des gerichtlichen durchsetzbaren Übertragungsanspruches.

Die von *Fraiss* für .at-Domains aufgezeigten Möglichkeiten des österreichischen Schlichtungsverfahrens sind dafür keinesfalls tauglicher Ersatz<sup>7)</sup>. Seit In-Kraft-Treten der Schlichtungsordnung am 1. 3. 2003 gibt es erst zwei (!) entschiedene

Fälle<sup>8)</sup>. Dies als „Schattendasein“ zu bezeichnen, ist Schönfärberei. Wohl aufgrund der „ad hoc“-Schiedsvereinbarung<sup>9)</sup>, dh beide Streitparteien müssen sich schriftlich der Schlichtungsstelle unterwerfen, besteht keine wirkliche Alternative zum ordentlichen Rechtsweg. Dass der Domaininhaber kaum bereit ist, sich auf die alternative Streitschlichtung einzulassen, liegt auf der Hand, läuft er doch im Vergleich zu einem Gerichtsverfahren Gefahr, seine Domain übertragen zu müssen.

2. Gleichwohl schafft dieses dringende Bedürfnis allein noch keine Grundlage für einen rechtlichen Anspruch auf Domainübertragung. Entgegen der Auffassung von *Fraiss*<sup>10)</sup> bieten sich verschiedene teils analog, teils unmittelbar anwendbare Herausgabeansprüche der geltenden Rechtsordnung an, die der OGH im Einzelnen zutreffend anführt<sup>11)</sup>. Bloß exemplarisch möchte ich auf zwei davon eingehen.

Ausnahmsweise kommt nach einem Teil der Lehre<sup>12)</sup> ein Anspruch auf Übertragung dort in Betracht, wo der Sachverhalt eine Analogie zur Regelung der Agentenmarke gem § 30a MSchG zulässt. § 30a Abs 3 MSchG bietet die Basis dafür, dass der Antragsteller begehren kann, dass die angefochtene Marke auf ihn übertragen wird. Damit kommt der ausländische Geschäftsherr in den Genuss des Zeitraumes der Agentenmarke. Durchsetzbar ist der (markenrechtliche) Übertragungsanspruch nur vor dem Patentamt. Im Zivilverfahren kann nicht auf Abgabe einer Übertragungserklärung geklagt werden<sup>13)</sup>. Insoweit erscheint eine Analogie zu § 30a MSchG auch verfahrensmäßig „zu weit hergeholt“ und letztlich nur im Analogiewege bei besonderer Sachverhaltskonstellation möglich<sup>14)</sup>.

Gänzlich aus dem Blickwinkel lässt *Fraiss* den zivilen Verwendungsanspruch des § 1041 ABGB, der nicht nur beim sittenwidrigen Domain-Grabbing denkbar ist, sondern gerade bei einer

1) Übertragungs- und Lösungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2005/536, 469.

2) OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04w – omega.at, RdW 2005/562, 489 = wbl 2005/157, 286.

3) *Fraiss*, RdW 2005/536, 469 erwähnt die zuletzt genannte Anspruchsgrundlage überhaupt nicht, sondern beschränkt sich auf eine Ablehnung der Analogie zu § 30a MSchG.

4) So wörtlich die Angaben der DENIC e.G.: „Außerdem wird der DISPUTE-Inhaber automatisch neuer Domaininhaber, wenn der bisherige Inhaber die Domain aufgibt“, abrufbar unter <http://www.denic.de/de/domains/recht/index.html> (besucht am 17. 10. 2005).

5) Vgl die Vergabebedingungen unter <http://www.nic.at/de/docs/AGB-2003.pdf> (besucht am 17. 10. 2005); bestätigt durch Anfrage des Verfassers.

6) Vgl die Berichte unter <http://derstandard.at/?uri=/?id=844733> (besucht am 17. 10. 2005) zur Domain bundesheer.at sowie [http://www.euro-lawyer.at/pdf/OGH\\_4\\_0b\\_176-01p.pdf](http://www.euro-lawyer.at/pdf/OGH_4_0b_176-01p.pdf) (besucht am 17. 10. 2005) zur Domain fpo.at.

7) RdW 2005/536, 469, 471fSp; kritisch bereits vor Einführung *Anderl*, Streitschlichtungsverfahren für die TLD.at – Der Stein der Weisen?, AnwBl 2002, 385; weiterführend *Proksch*, Probleme der Domain-Verwaltung & Streitschlichtung in .AT, in *Schweighofer* ua, Zwischen Rechtstheorie und e-Government (2002) 469.

8) Schlichtungsstelle 23. 3. 2004 – austriahotels.at und 7. 11. 2005 – robinhood.at, abrufbar unter <http://www.streitschlichtung.at/dtsch/urteile.asp> (besucht am 31. 8. 2005).

9) S die „Unterwerfungserklärung“, abrufbar unter <http://www.streitschlichtung.at/dtsch/files/UE-Klaeger.pdf> (besucht am 31. 8. 2005); vgl auch *Haindl*, Streitschlichtung für Domainstreitigkeiten, in *Schweighofer* ua, IT in Recht und Staat (2002) 157.

10) RdW 2005/536, 469, 471.

11) Ausführlich *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht, in *Gruber/Mader* (Hg), Privatrechtsfragen des e-commerce (2003) 87, 198 mwN.

12) S schon *Kucsko*, Schmarotzen im Netz, ÖBl 1999, 1; ihm folgend *A. Haller*, Entscheidungsanmerkung, MMR 2000, 355; *ders*, aaO, in *Brenn*, Eck-Kommentar 107; nunmehr auch *Fallenböck*, „shell.de“ – Zum Recht der Gleichnamigen bei Internet Domains, RdW 2002, 525, 527.

13) OGH 13. 6. 1995, 4 Ob 40/95 – Detomaso, *ecolex* 1995, 817 = ÖBl 1996, 91 = PBl 1996, 185; OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 263/01g – Löwen-Zähne, *EvBl* 2002/77 = ÖBl 2002, 140 = SZ 74/186.

14) Insoweit zutreffend *Fraiss*, RdW 2005/536, 469, 470 rSp; vgl auch *Gamerith*, ÖBl 2005, 116.

**Der Übertragungsanspruch in Domainstreitigkeiten entspricht nicht nur einem praktischen Bedürfnis, sondern lässt sich auch rechtsdogmatisch begründen.**

Kennzeichenverletzung nach § 9 UWG<sup>15)</sup>. Gem § 1041 ABGB kann der Eigentümer eine Sache in Natur zurückfordern, wenn sie zum Nutzen eines anderen verwendet worden ist. Der bereicherungsrechtliche Rückgabeanspruch ist primär, dh solange die Herausgabe möglich

ist, kann der Verkürzte keinen Wertersatz verlangen<sup>16)</sup>. „Eigentümer“ ist dabei jeder, dem ein Rechtsgut zugeordnet ist, wofür absolute Rechte wie zB die Persönlichkeitsrechte oder Immaterialgüterrechte ausreichen<sup>17)</sup>. „Sache“ iSd § 1041 ABGB ist im weiten Sinn des § 285 ABGB<sup>18)</sup> zu verstehen und umfasst sowohl einfache Forderungs- als auch Namensrechte. Die Rsp<sup>19)</sup> betrachtet auch den „Bekanntheitsgrad“ einer Person als Sache iSd Vorschrift. Dass eine Domain, die aus einem Namensbestandteil gebildet ist oder namensmäßig anmutet, unter diesen Sachbegriff fällt, entspricht nunmehr wohl einhelliger Lehre<sup>20)</sup>.

15) Vgl dazu aus Vor-Internetzeiten grundlegend *Torggler*, Der Bereicherungsanspruch beim Missbrauch von Unternehmenskennzeichen, JBl 1971, 1, der diese Bestimmung für das Kennzeichenrecht fruchtbar gemacht hat.

16) *Apathy* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 1041 Rz 24.

17) *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II (2001) 258 mwN.

18) Die Domain gilt als Sache im Rechtssinn nach *Klicka* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> II § 285 Rz 10 mwN.

19) OGH 16. 2. 1981, 4 Ob 406/81, SZ 55/12; 23. 10. 1990, 4 Ob 147/90 – José Carreras, *ecolex* 1991, 155 = MR 1991, 68 = ÖBl 1991, 40 = wbl 1991, 137; 6. 12. 1992, 4 Ob 127/94 – Fußballer-Abziehbilder, *ecolex* 1995, 272 = JUS Z/1791 = MR 1995, 109 (*Walter*) = ÖBl 1995, 284 = SZ 67/224 = ZfRV 1995/24; deutlich 24. 2. 1998, 4 Ob 368/97i – *Hörmann*, ÖBl 1998, 298 = wbl 1998/209.

20) Zur Rechtsnatur der Domain bereits *Thiele*, Verträge über Internet Domains, *ecolex* 2000, 210; *ders*, Pfändung von Internet Domains, 2001,

Schließlich stellt die „Verwendung“ jede dem Recht des Eigentümers widersprechende Nutzung dar, die im Gebrauch des fremden Gutes, aber auch in einer Verfügung bestehen kann, die mit der Zuweisung des Rechtes des Eigentümers im Widerspruch steht<sup>21)</sup>. Insofern ist bereits die Registrierung einer Domain zugunsten eines Nichtberechtigten als Verwendung iSd § 1041 ABGB zu werten.

Der Rückgabeanspruch gem § 1041 ABGB kann daher mE in Domainstreitigkeiten dazu dienen, die *strittige Domain* auf den verletzten Kennzeichenträger zu übertragen.

3. Abschließend zur irrlchtaften Auffassung *Fraiss*<sup>22)</sup>, eine Domainregistrierung könne durch Löschung nicht beseitigt werden<sup>23)</sup>: Gem § 15 UWG umfasst der Anspruch auf Unterlassung auch das Recht des Verletzten, die Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu verlangen. Besteht demnach – wie vom OGH für omega.at dargelegt – der Unterlassungsanspruch zu Recht, folgt daraus auch die Berechtigung des Beseitigungsbegehrens<sup>23)</sup>. Eine unberechtigte Domainregistrierung ist keine Handlung, sondern ein rechtswidriger Zustand, den es zu beseitigen gilt.

38; *ders*, *Triplik*, *ecolex* 2001, 600; insoweit übereinstimmend *Burgstaller*, Pfändung von Internet Domains – (K)ein Problem!, *ecolex* 2001, 197; s auch *Kilches*, Exekution auf Internet Domains, RdW 2002, 11; *Jakusch*, Exekution auf Internet Domains, RdW 2001, 580; *Oberkofler*, (Ver-)Pfändung von Internet Domains – Neue Entwicklungen im Domain-Recht, MR 2001, 185.

21) *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> II (2001) 259 mwN.

22) RdW 2005, 472 Isp Pkt 1.3.2.

23) StRsp OGH 11. 1. 2005, 4 Ob 216/04z – Format Money II, MR 2005, 132; 2. 9. 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; 27.4.1999, 4 Ob 105/99s – *jusline.com* II, *ecolex* 1999/226 (*Schanda*) = MR 1999, 235 = RdW 1999, 657 = ÖBl 1999, 225 = wbl 1999/343 = EvBl 1999/178 = ARD 5108/29/2000.



**Der Autor:**

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EU-ROLAWYER® in Salzburg; Fachbuchautor; Verfasser des Standardkommentars zum Werbeabgabegesetz (2000); gerichtlich beedideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

**Publikationen des Autors:**

Laimer/Russegger/Thiele  
Heimvertrags- und Heimaufenthaltsgesetz  
Wien 2004, 112 Seiten  
Preis: 23 €  
Bestellnummer: 32.16.01  
ISBN: 3-7007-3035-7



**Impressum:**

**Herausgeber und Verleger (Medieninhaber):** LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 534 52-0, Fax DW 140 (Redaktion) – Geschäftsleitung: Mag. Peter Davies, MBA – Abonnentenservice: Claudia Schaffler (DW 1713, Fax DW 141) – Anzeigen: Kurt Rothleitner (DW 1115, Fax DW 141) – Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2006 – Verlags- und Herstellungsort: Wien – Die Zeitschrift erscheint einmal im Monat – Einzelheftpreis 2006: € 15,90; Jahresabonnement 2006: € 165,- inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten – Ab 50 Abonnements an eine Adresse 25 % Rabatt – Bankverbindungen: Postsparkasse 710610; Raiffeisenlandesbank 494.849 – Abbestellungen sind nur zum Jahresabschluss möglich, wenn sie spätestens 1 Monat vorher bekannt gegeben werden – Druck: Druckerei Robitschek & Co. Ges.m.b.H., 1050 Wien, Schloßgasse 10–12, Tel. 545 33 11.

**Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden. Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser Zeitraum keinesfalls.