

Gründung / Vertretung / Arbeitnehmermitwirkung / Steuerrecht

Societas Europaea

Neue Gruppenfreistellungsverordnung (EG) für
Technologietransfer

Vorbild Deutschland?

Investmentbesteuerung

Alt – Neu

Internationale Schachtelbeteiligung

GesRÄG 2004

Änderung des AktG

Foreign Sovereign Immunities Act beschränkt
Staatenimmunität vor US-Gerichten

Keine Kostenbelastung durch

Sachverständige im UVS-Verfahren

Internet Provider auf Abwegen – Zur Rechtsnatur der Domainbeschaffung

Am 31. 3. 2004, 12.00 Uhr, High Noon – wurde IDN (Internationalized Domain Name) in Österreich nach dem „first come, first serve-Prinzip“ eingeführt. Der Start von IDN erlaubte erstmals unterhalb der Top-Level-Domain.at (bzw der Second-Level-Domains.co.at und .or.at) insgesamt 34 zusätzliche Zeichen in den Domains.

CLEMENS THIELE

A. EINLEITUNG

Alles-ist-möglich.at – diese und andere Umlaut-Domains können nunmehr bei der NIC.AT GmbH in Salzburg angemeldet und in weiterer Folge natürlichen und juristischen Personen zugewiesen („delegiert“) werden.¹⁾ In der österreichischen Praxis erfolgt ein geringer Teil der Domainanmeldungen direkt; die überwiegende Anzahl der Internetnutzer bedient sich dabei Internetserviceprovidern. Nicht selten erlebt der Kunde die unangenehme Überraschung, dass als Domaininhaber (Registrant) der Provider oder einer seiner Mitarbeiter aufscheint. Der vorliegende Beitrag geht diesen Fällen aus schuldrechtlicher Sicht nach.²⁾

B. RECHTLICHE EINORDNUNG DER DOMAINBEREITSTELLUNG DURCH PROVIDER

1. RECHTSNATUR DES DOMAIN- BESCHAFFUNGSVERTRAGES

Für die nachfolgenden Überlegungen gilt als „Provider“ jeder Dienstleister, der gewerbsmäßig für andere Domains registriert und/oder die für den Betrieb notwendige Infrastruktur zur Verfügung stellt. Zum Leistungsumfang gehört in aller Regel die Registrierung der Domain für den Kunden. Hinzukommen kann als dauernde Dienstleistung die Pflicht des Providers, selbst als technischer Kontakt (tech-c) zu dienen und die Nameserver zur Verfügung zu stellen.

Der Vertrag über die Registrierung einer Domain³⁾ ist als solcher nicht ein im ABGB besonders geregelter Vertragstyp. Für seine Einordnung ist er zunächst von dem Rechtsverhältnis zwischen der Registrierungsstelle, zB NIC.AT und dem späteren „Inhaber“ der Domain zu unterscheiden.⁴⁾ Den Vertragsgegenstand der Beschaffung stellt die Domain als das auf dem Vertrag mit der Registrierungsstelle beruhende (rein schuldrechtliche, nicht dingliche) Recht dar, diesen Domain-Namen für die numerische IP-Adresse zu verwenden. Nur eine registrierte Domain kann geroutet werden und ist so über das Internet abrufbar. Wird lediglich die erstmalige bzw einmalige Registrierung der Domain vereinbart, handelt es sich um den idR entgeltlichen Auftrag an den Provider, die gewünschte Domain bei der Registrierungsstelle anzumelden. Der Provider handelt als Stellvertreter

des Kunden, denn der (künftige) Domaininhaber und die Registrierungsstelle schließen den Vertrag ab. Der Vertragsabschluss wird über den jeweiligen Serviceprovider vermittelt. Die Einordnung der Domainbeschaffung und damit die Einräumung des Nutzungsrechtes an einem Domain-Namen als Mandatsvertrag mit werkvertraglichem Element folgt aus der Tatsache, dass der Internet Domain eigene Sachqualität iSd § 285 ABGB zukommt.⁵⁾ Eingeräumt wird nämlich das Eigentum (die uneingeschränkte Verfügungsmacht) an einem dem Kunden an dem Domain-Namen zustehenden schuldrechtlichen Nutzungsrecht, das zwischen ihm als Domaininhaber und der Vergabestelle begründet wurde. Vergleichbar ist damit am ehesten die Beauftragung eines Rechtsanwaltes mit der Registrierung einer Marke⁶⁾ oder der Herstellung eines bestimmten Grundbuchstandes für seinen Klienten.⁷⁾

In dieser „Reinkultur“ kommt die Domainbeschaffung selten vor. Meist stellt der Auftragnehmer dem Auftraggeber gleichzeitig Speicherplatz zur Speicherung von Websites zur Verfügung und stellt zudem die Website des Auftraggebers in das World Wide Web unter der gewünschten Domain ein. Soweit es bei diesem „Web-Hosting-Vertrag“ um die Bereitstellung von Speicherplatz geht, ist dieser Vertragsbestandteil als Mietvertrag bzw Vertrag mit mietähnlichem Charakter zu qualifizieren.

Es bleibt auch diesfalls bei einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung als Gegenstand eines Werkvertra-

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

- 1) Zur Rechtsnatur des Registrierungsvertrages mit der Vergabestelle bereits *Thiele*, Verträge über Internet-Domains, *ecolex* 2000, 210.
- 2) Kennzeichen- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche bleiben weitestgehend ausgeklammert; dazu *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht, in *Gruber/Mader*, Privatrechtsfragen des e-commerce (2003), 87 ff.
- 3) Im Weiteren auch Vertrag über die Domainbereitstellung oder „Domainbeschaffungsvertrag“ genannt.
- 4) Siehe *Thiele*, *ecolex* 2000, 210, 218.
- 5) Dazu *Thiele*, aaO in *Gruber/Mader*, 87, 95 f mwN; *ders*, Pfändung von Internet Domains, *ecolex* 2001, 38; **aA** mangels Sachqualität iSd § 90 BGB OLG Köln 13. 5. 2002, 19 U 211/01, CR 2002, 832 = JurPC Web-Dok 386/2002: Pachtvertrag.
- 6) Vgl BGH 8. 10. 1969, I ZR 149/67, BGHZ 52, 359.
- 7) *Strasser* in *Rummel* ABGB P, § 1002 Rz 26; zum anwaltlichen Mandatsvertrag s *Thiele*, *Anwaltskosten* (2000), 2 f mwN.

ges. Die Registrierung der vom Kunden gewünschten Domain ist ein konkreter Erfolg, für den der Dienstleister nach der angemessenen Erwartung des Kunden auch eintreten soll (vorausgesetzt die Wunschdomain ist technisch noch frei). Geschuldet wird nicht etwa nur ein „Bemühen“ um die Registrierung. Die über ein bloßes Bemühen hinausgehende Verpflichtung zeigt sich zumindest in der üblichen Vorgangsweise bei der Beauftragung, nach dem Wortlaut des (schriftlichen) Providerauftrages oder der vom Provider gebotenen Zusatzleistung, nach der ein (möglicher) Kunde zunächst überprüfen kann, ob die gewünschte Domain noch frei ist und für ihn registriert werden kann. Der nach dieser Auskunft erteilte Auftrag ist auf den Erfolg der Registrierung gerichtet.⁸⁾

2. RECHTE UND PFLICHTEN DER VERTRAGSPARTEIEN

a) Pflichten des Dienstleisters

Eine ausführliche Leistungsbeschreibung wird meist nicht erfolgen, sondern sich aus dem – oft nur im WWW einsehbaren – Angebot des Dienstleisters ergeben. Hauptpflicht des Dienstleisters ist die *Registrierung der Domain* auf den Namen des Kunden bei der für die gewünschte Domain zuständigen Registrierungsstelle.

Zutreffend ist die vom BGH⁹⁾ bestätigte Rechtsansicht des OLG München,¹⁰⁾ wonach bei Abschluss eines Vertrages über „das Besorgen“ einer Domain der Erwerber davon ausgehen kann, dass die Übertragung der Domain auf ihn und die Anmeldung für ihn als Domaininhaber geschuldet sind. Die Kunden eines Providers, den sie mit der Registrierung ihrer Wunschdomain beauftragen, können sich idR darauf verlassen, dass bei einem Domainbeschaffungsvertrag ihnen die Rechte an einer Domain eingeräumt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen, wie zB über die Verschaffung des bloßen Nutzungsrechtes im Sinne einer Miete oder eines Domain-Name-Sharing¹¹⁾ müssen durch den Provider explizit zum Ausdruck gebracht werden, dh vertraglich ausbedungen sein. Den Provider trifft die Herausgabepflicht gem § 1009 Satz 1 ABGB, wenn die Domain (zunächst) auf den Namen des Providers registriert wurde. Als Gewalthaber ist der Provider zur Herausgabe des gesamten Nutzens verpflichtet, der durch die Geschäftsbesorgung erwachsen ist.¹²⁾ Insb muss er alles für den Geschäftsherrn, dh für den Kunden, Erlangte herausgeben. Herauszugeben sind ferner alle Verwaltungsunterlagen, vom Machgeber übergebene Urkunden und Belege¹³⁾ sowie die tatsächlich erzielten Zinsen¹⁴⁾ oder Kursgewinne¹⁵⁾ und alle in Durchführung des Auftrages erlangten persönliche Vorteile.¹⁶⁾ Der Anspruch des Kunden verjährt in 30 Jahren.¹⁷⁾

Soweit der Kunde durch den ihn vertretenden Provider Eigentum erworben hat, konkurriert der Anspruch nach § 1009 ABGB mit dem nach § 366 ABGB; ebenso wenn er durch antizipiertes Besitzkonstitut Eigentum erworben hat.¹⁸⁾

b) Pflichten des Kunden

Neben der Pflicht zu der Zahlung der vereinbarten Vergütung bestehen Mitwirkungspflichten des Kun-

den. Diese liegen vor allem in der Angabe der korrekten Daten zu Firma, Adresse und Namen der als „admin-c“ anzugebenden Person, die nach außen hin als „administrativer Ansprechpartner für die Registrierungsstelle“ auftritt.¹⁹⁾

Kritisch ist die *Versicherung, dass keine Rechte Dritter durch die Domain verletzt werden*. Diese Versicherung wird formelhaft aufgenommen, da sie auch die Registrierungsstellen von den Anmeldern verlangen. Da diese Versicherung als vorformulierte Bedingung Teil der AGB ist, unterliegt sie auch den Einschränkungen des KSchG als Klausel, mit der eine bestimmte Tatsache bestätigt wird. Gegenüber Verbrauchern ist diese Klausel an den Anforderungen von § 6 Abs 1 Z 2 und 11 KSchG zu messen: Danach sind alle Klauseln, die die Beweislast zu Lasten der anderen Vertragspartei verändern, insb indem der Verwender den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt, unwirksam. Allerdings ist die Verletzung von Rechten Dritter keine „Tatsache“, sondern Ergebnis einer rechtlichen Bewertung. Auch begründet diese Klausel keinen Schutz über den gesetzlichen Schutz des Dienstleisters hinaus: Nach §§ 1014, 1015 ABGB hat der Dienstleister gegen den Kunden einen Aufwendungsersatzanspruch, der auch einen Anspruch auf Freistellung einschließt, etwa wenn Dritte, deren Markenrechte verletzt sind, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Dienstleister geltend machen. Dieser Freistellungs- und auch Ersatzanspruch des Providers besteht bei einem Verschulden des Kunden aufgrund allgemeiner Vorschriften. Insb bei Kennzeichenrechten Dritter ist ein solches Verschulden schon dann anzunehmen, wenn der Kunde keine Recherche zu vorbestehenden Rechten durchführt, bevor er die Domain-Anmeldung in Auftrag gibt. Aber auch ohne Verschulden des Kunden wird eine – zufällig – ausgelöste Haftung des Dienstleisters, die von der Wahrnehmung der Interessen des Kunden (Domain-Anmeldung) verursacht wird, zu einem entsprechenden Freistellungsanspruch führen.

- 8) So bereits *Hargafner*, Providerverträge (2001), 55 unter Bezugnahme auf die hL in Deutschland: *Schuppert*, Bereitstellung von Domains, in *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, 479, Rz 11 ff; *Cichon*, Internetverträge (2000), 101 f; ebenso *Redeker*, Providerverträge – ihre Einordnung in die Vertragstypen des BGB, ITRB 2003, 82, 84.
- 9) Beschluss vom 4. 3. 2004, I ZR 50/03 – *ritter.de*, abrufbar unter <http://www.bundesgerichtshof.de>.
- 10) 5. 12. 2002, 6 U 5770/01 – *ritter.de*, CR 2004, 228 = ITRB 2004, 59 m Anm *Wülfing* = JurPC Web-Dok 257/2003 = NJW-RR 2003, 1423 = OLG Report München 2003, 294.
- 11) Dazu ausführlich *Thiele*, Domain-Name-Sharing – Der Königsweg im flachen Adressraum, RdW 2003, 249.
- 12) St Rsp OGH, 11. 3. 1924, 2 Ob 144/24, SZ 6/103; so bereits *Stanzl* in *Klang*² IV/1, 823 f.
- 13) OGH 8. 5. 1972, Ds 11/69, EvBl 1973/11: kein Retentionsrecht des Bevollmächtigten.
- 14) OGH 12. 1. 1926, 3 Ob 3/26, SZ 8/18.
- 15) OGH 29. 10. 1952, 1 Ob 808/52, SZ 25/286; SZ 6/103.
- 16) OGH 6. 11. 1979, 5 Ob 764/78, SZ 52/158; 16. 9. 1992, 9 ObA 206/92, SZ 65/120 = ZAS 2003/21, 117.
- 17) OGH 6. 11. 1979, 5 Ob 764/78, SZ 52/158.
- 18) Vgl *Gris* in *Straube* HGB § 383 Rz 19.
- 19) Vgl *Mosing*, Wer ist berechtigt, über eine Domain unter der TLD.at zu verfügen?, abrufbar unter <http://www.it-law.at>.

C. KONSEQUENZEN FÜR DIE REGISTRIERUNGSPRAXIS

1. DOLLHOUSE.DE²⁰⁾

a) Das Problem

Um den Bekanntheitsgrad und den Marktwert ihrer Marke „Dollhouse“ für Erotikartikel und einschlägige Erotikveranstaltungen iwS zu steigern, plante die Klägerin als Inhaberin dieser Marke einen Internet-Auftritt unter der daraus abgeleiteten Domain „dollhouse.de“. Dieser sollte von der Beklagten, die sich in technischen Belangen der Domainbeschaffung anbot, für die spätere Klägerin beschafft werden. Noch bevor über Art und Umfang der Kooperation weitergehende Vereinbarungen getroffen wurden, nahm die Beklagte die Anmeldung der Domain „dollhouse.de“ im eigenen Namen und nicht zugunsten der Klägerin vor. Zu einer Kooperation kam es entgegen den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien später nicht mehr. Anschließend bot die Beklagte der Klägerin die Domain zum Kauf an.

Die Hamburger Gerichte hatten nun zu prüfen, ob die Klägerin unter diesen Umständen von der Beklagten die Einwilligung in die Löschung der von ihr – vereinbarungswidrig – auf sich selbst registrierten Domain „dollhouse.de“ verlangen könnte?

b) Die Entscheidung des Gerichts

Nach Ansicht des OLG Hamburg ergibt sich ein derartiger Lösungsanspruch aus den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung (pVV), sohin aus Verletzung einer vertraglichen Nebenverpflichtung, denn Gegenstand des „Beratungs- bzw Kooperationsvertrages“ war eine umfassende Beratung bei der Gestaltung des klägerischen Internetauftritts. Die zwischen den Parteien geschlossene Kooperationsvereinbarung war zum Zeitpunkt der Verabredung, dass die Beklagte für die Klägerin die Internet-Domain „dollhouse.de“ registrieren sollte, bereits in einem solchen Maße konkretisiert worden, dass von einer mündlich getroffenen vertraglichen Vereinbarung auszugehen wäre. Aus diesem Verhältnis resultierten wechselseitige Fürsorge- und Treupflichten, aus deren Missachten dem Vertragspartner Leistungs- und Abwehransprüche zustünden. Eine Nebenverpflichtung bildete den Auftrag des Registrierenlassens der Domain auf die Klägerin.

Selbst wenn man – wie noch die Vorinstanz – von einer zwar in Aussicht genommenen, aber im Detail noch nicht verhandelten Kooperationsvereinbarung ausginge, so argumentierte das OLG Hamburg weiter, stünde der Klägerin ein entsprechender Anspruch schon unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo, maW aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten, zu. Schließlich waren die im Rahmen einer Vertragsanbahnung getroffenen Vereinbarungen zum entscheidenden Zeitpunkt der Domain-Registrierung bereits so konkret und verbindlich, dass hieraus eine Leistungstreupflicht der Parteien begründet worden wäre, die Domainregistrierung zugunsten der Klägerin nicht zu vereiteln. Die Beklagte hatte auch ein entsprechendes Vertrauen der Klägerin in Anspruch genommen.

c) Kritik und Ausblick

Dem vorliegenden Urteil des OLG Hamburg ist – nicht nur vor dem Hintergrund der deutschen

Rechtslage – zuzustimmen.²¹⁾ Die in der Praxis von manchen Providern (Werbeagenturen etc) gepflogene „Unsitte“, die gewünschte Domain „versehentlich“ statt auf den Kunden auf die Firma des Providers registrieren zu lassen, besteht auch hierzulande leider (noch). Damit wird zwar eine enge, geradezu fesselnde Kundenbindung erreicht, doch eben letztlich auftragswidrig vom Provider gehandelt. Zumindest auf erste Aufforderung ist er nach Rechtsansicht des OLG Hamburg verpflichtet, die Domain freizugeben, maW zu löschen.

Doch mit einer Löschung ist dem Kunden idR nicht gedient, besteht doch die eminente Gefahr, dass ein (gutgläubiger) Dritter die technisch freie Domain flugs für sich registrieren lässt. Anders als bei „.de“-Domains, wo der Betroffene bei der DENIC e.G. einen sog „wait“-Antrag auf Übernahme der betroffenen Domain stellen kann, nach deren Freiwerden aufgrund der Löschung er automatisch als Domain-Inhaber eingetragen wird, besteht für „.at“-Domains diese Möglichkeit der „Rangordnungssicherung“ nicht. In der österreichischen Lehre wird daher ein direkter Übertragungsanspruch in den Fällen des Domain-Grabblings und bei Namensrechtsverletzungen befürwortet.²²⁾ Dennoch: um Streitigkeiten von vornherein zu vermeiden, ist schon aus Gründen der Beweiserleichterung jedem Auftraggeber einer Domain-Registrierung zu empfehlen, bereits im frühen Stadium der Beauftragung auf eine schriftliche Vereinbarung zu achten, in der festgehalten wird, dass die Domain auf den Namen des Auftraggebers einzutragen ist.

D. ZUSAMMENFASSUNG

Übernimmt ein Internetserviceprovider für einen Kunden die Anmeldung einer gewünschten Domain zählt es idR zu seinen Hauptleistungspflichten neben der technischen Konnektierung, auch die Domain an den Kunden als registrierten Inhaber zu übertragen. Der Provider hat auch dann keine Rechte an der Domain, wenn er sich zunächst selbst als Domaininhaber bei der Vergabestelle eintragen lässt. Die Herausgabepflicht besteht nach §§ 366, 1009 ABGB und § 383 HGB.

20) OLG Hamburg, 17. 7. 2002, 5 U 46/01, CR 2003, 288 = ITRB 2003, 174 m Anm Dieselhorst = JurPC Web-Dok 71/2003 = OLGReport Hamburg 2003, 16.

21) Zum selben Ergebnis gelangte bereits das LG Stuttgart 26. 4. 2000, 11 KfH O 28/00, JurPC Web-Dok 194/2000.

22) Vgl *Thiele*, Shell gegen Shell – eine neue Dimension des Domainrechts? Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 2001, I ZR 138/99, aus rechtsvergleichender Sicht, MR 2002, 198, 200 f.

SCHLUSSSTRICH

Wer abredewidrig fremde Domains im eigenen Namen registriert und für die – an sich selbstverständliche – Herausgabe eine „Ablöse“ fordert, verletzt nicht nur seine vor- bzw vertraglichen Verpflichtungen (§ 1009 ABGB), sondern verwicklicht mitunter auch sittenwidriges Domain-Grabbing.