

Domainrecht „à la carte“ oder virtueller Ortsnamenschutz ade?–

Entscheidungsanmerkung zu OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II**

1. Einleitung

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf eine Erörterung der namensrechtlichen Aspekte des höchstgerichtlichen Urteiles.

Dabei wird zunächst versucht, die oberstgerichtlichen Argumente kritisch zu hinterfragen und die Entscheidung insgesamt in den methodisch-dogmatischen Kontext des Kennzeichenrechts einzuordnen.

2. Sachverhalt und Verfahrensgang

Adnet - ein Name, der wie geschaffen erscheint für den Zugang zum Internet. Bedauerlicherweise musste die ca. dreitausend Seelen Gemeinde „Adnet“ im Salzburger Land feststellen, dass ihr in Österreich einzigartiger Name bereits als Domain in der Form „adnet.at“ vergeben war. Der ortsansässige Domaininhaber bewarb auf der zugehörigen Website das Dorfcafe seiner Ehefrau und hielt u.a. allgemeine Informationen über den Ort und seine Infrastruktur bereit.

Das zunächst angestrebte Verfahren zur Erlassung einer Einstweiligen Verfügung ging rasch mangels Wettbewerbsverhältnisses und daher notwendiger Gefährdungsbescheinigung verloren.¹ Der beklagte Domaininhaber verstand es auch, nach erfolgter Abmahnung die Website mit einem sogenannten „Disclaimer“ und einem Link auf die „offizielle Gemeindeforum“ zu versehen. Im anschließenden Hauptverfahren bildeten vor allem die namensrechtlichen Ansprüche der Gemeinde den Streitgegenstand. Sowohl die erste, als auch die zweite Instanz gaben dem klägerischen Unterlassungsbegehren und – soweit ersichtlich erstmals – auch dem Übertragungsanspruch statt.² Wegen hinreichend geklärt Rechtslage wurde die ordentliche Revision an den Obersten Gerichtshof nicht zugelassen. Der Beklagte wagte dennoch einen außerordentlichen Gang zum Höchstgericht und bekam – zum Erstaunen der Fachwelt – Recht. Die Klage wurde vollinhaltlich abgewiesen.

3. Kritische Würdigung

3.1 Keine Namensbestreitung

Zutreffend und durchaus im Einklang mit der bisherigen – soweit ersichtlich – einhelligen Lehre in Österreich, ist die im „amtlichen“ Leitsatz³ wiedergegebene Rechtsauffassung, dass eine Namensbestreitung bei der Registrierung eines Ortsnamens als Domainnamen in der Top-Level-Domain „.at“ (oder einer beliebigen anderen) zu verneinen ist, weil mit der Domainregistrierung in keinem Fall das Recht des Namensinhabers bestritten wird, den Namen zu führen. Die Ausschließlichkeit stellt vielmehr eine bloß technisch bedingte Folge der Registrierung dar.

Diese Ansicht ist insbesondere in der deutschen Praxis keineswegs unbestritten. Indem der Beklagte die Domain „adnet.at“ für sich registrieren ließ, nahm er ein eigenes Recht an dem Namen „Adnet“ für sich in Anspruch. Insoweit er nämlich damit (schlüssig) gegenüber der

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at.

1 OGH 14.5.2001, 4 Ob 106/01v, *ecolex* 2001/282, 757 = MR 2001, 408 = ÖBf 2002/34, 164.

2 Die E sind im Volltext abrufbar unter <http://www.eurolawyer.at> -> Suchfunktion -> adnet.

3 RS0117767; RIS Dokumentennummer JJR/20030520/OGH0002/00400B00047/03W0000/001.

österreichischen Vergabestelle, der nic.at GmbH, behauptete, durch die Registrierung (richtig: die Anmeldung) keine Schutzrechte Dritter zu verletzen.⁴ Da es sich bei Adnet um eine Namensdomain handelt, d.h. eine Domain mit Namensfunktion, kennzeichnet der Beklagte mit der Wahl dieser bestimmten Domain seine eigene Person oder ein bestimmtes Unternehmen (hier: Dorcafe seiner Ehefrau). Ein Teil der deutschen Lehre vertritt dazu die Auffassung, dass damit zugleich das Recht der Gemeinde an den Namen „Adnet“ bestritten würde.⁵ Denn ihr Namensrecht beinhaltet auch, sich unter dieser Bezeichnung im Internet zu präsentieren und Informationen anzubieten. Dieses Recht der Gemeinde ist mit der Registrierung der Domain „adnet.at“ für den Beklagten blockiert. Der Beklagte hätte sich damit ein Ausschlussrecht gegenüber der Klägerin verschafft. In diesem liegt das Bestreiten, dass die Klägerin – jedenfalls in einer bestimmten Beziehung und zwar den nationalen Teil des Internet (genauer des Domainnamesystems) betreffend – von ihrem Namensrecht Gebrauch machen kann.⁶

Bemerkenswert und besonders hervorzuheben ist im vorliegenden Fall, dass dem Beklagten selbst keinerlei (eigene oder abgeleitete) Namensrechte an der Bezeichnung „Adnet“ zustanden oder zustehen. Sein Familiennamen lautet anders. Die Begrenztheit der zur Verfügung stehenden Domainnamen erfordert, nur demjenigen das Recht, sich im Internet unter einer bestimmten Bezeichnung zu präsentieren zuzubilligen, der Träger dieses Namens ist.

Im Gegensatz zur Namensanmaßung⁷ erübrigt es sich bei der Namensbestreitung zu prüfen, ob ein besonderes Interesse des Namensträgers verletzt ist. Die Namensleugnung als solche verletzt schon das Namensrecht.⁸

3.2. Auch nach Ansicht des OGH erfüllte Tatbestandsmerkmale der Namensanmaßung

3.2.1 Zeichenähnlichkeit

Zwischen dem eigentlichen Namensrecht der klagenden Gemeinde an der Bezeichnung „Adnet“ als Ortsname und der Domain des Beklagten „adnet.at“ besteht Identität der Zeichen. Die geringfügige Abweichung der TLD (Top-Level-Domain) ändert nichts am Namensgebrauch, weil auf Grund des gesamten Eindrucks nach Schriftbild, Klang und Sinngehalt die Gefahr einer Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung besteht.

3.2.2 Namensmäßiger Gebrauch

Des Weiteren liegt ein Namensgebrauch durch den Beklagten vor, weil Domainnamen, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten, nach der Rechtsprechung⁹ Kennzeichnungs- und Namensfunktion haben und zur Identifikation der dahinter stehenden Person dienen. In der Verwendung eines Begriffes als Teil einer Internet-Domain liegt eine Namensgebrauch.¹⁰

4 Vgl. Punkt 1.6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der nic.at, abrufbar unter <http://www.nic.at/de/agb/agb.asp>.

5 Ingerl-Rohnke, Markenrecht-Kommentar, Rz 12 nach § 15 MarkenG.

6 Deutlich LG Düsseldorf, 4.4.2001, 2 aO 437/00 – *friedrich.de*.

7 Dazu gleich unten Pkt. 3.2.

8 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²², Allg. Rz 197; ebenso OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, wbl 2003/H 11... rSp.

9 Vgl. OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – *ortig.at*, ARD 5224/29/2001 = *ecolex* 2000/98, 215 m Anm *Schanda* = *EvBl* 2000/113, 507 = *MR* 2000, 8 = *ÖBl* 2000, 134 m Anm *Kurz* = *RdW* 2000/296, 341 = *SZ* 72/207 = *wbl* 2000/87, 142.

10 *Höhne*, Namensfunktion von Internetdomains, *ecolex* 1998, 924; *Fallenböck/Kaufmann/Lausegger*,

3.2.3 Gesattungslose Verwendung („unbefugter Gebrauch ieS“)

Schließlich bestanden im gegenständlich Fall auch keinerlei Zweifel daran, dass der Beklagte den Gemeinidenamen unbefugt gebrauchte. Er verwendete die Domain nämlich ohne Zustimmung durch die Gemeinde oder eines sonst berechtigten dritten Namensträgers, demzufolge gestattungslos.¹¹ Wegen der Höchstpersönlichkeit des Namensrechtes kann die Gestattung der Namensverwendung nicht als Veräußerung des Namensrecht angesehen werden, vielmehr ist sie als Verzicht auf die Geltendmachung von Unterlassungs-, allenfalls auch Schadenersatzansprüchen gegen den durch die Gestattung Begünstigten zu deuten.¹²

Für eine solche Gestattung bestimmt § 867 ABGB, was es zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert, aus der Verfassung derselben und dem politischen Gesetzen zu entnehmen ist. Dies bedeutet, dass der vom Beklagten im Prozess behauptete Gestattungsvertrag gemäß § 19 der Salzburger Gemeindeordnung 1994¹³ eine ausschließliche Angelegenheit des Gemeinderates (der Gemeindevertretung) darstellt. Es handelt sich um den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, wobei der Gebrauch des Gemeinidenamens als Internet-Domain eines Gemeindevertretungsbeschlusses bedarf. Die Bestimmungen der §§ 18, 19, 16, 1 Abs 2 und § 5 Sbg GdO 1994 stellen insoweit zwingende Formvorschriften dar, die nicht durch konkludente Duldungshandlungen ersetzt werden können.

In ständiger Rechtsprechung judiziert der OGH, dass die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Vorschriften über die Vertretung der Gemeinden nicht bloß für Organisationsvorschriften über die interne Willensbildung öffentlicher Körperschaften darstellen, sondern Einschränkungen der Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach außen bedeutet. Ein durch einen erforderlichen Gemeinderatsbeschluss nicht gedeckte Willenserklärung des Vizebürgermeisters oder des Bürgermeisters bindet daher mangels der hierfür erforderlichen Vertretungsbefugnis die Gemeinde nicht.¹⁴ Selbst für den Fall, dass ein Beschluss der Gemeindevertretung (ausnahmsweise) nicht erforderlich wäre, müsste zumindest eine schriftliche Genehmigung seitens des Bürgermeisters gemäß § 40 der Sbg GdO 1994 eingeholt worden sein, die aber nachweislich nicht erteilt wurde.

3.3 Strittiges Tatbestandsmerkmal der Verletzung schutzwürdiger Interessen

3.3.1 Kritik an der fehlenden Zuordnungsverwirrung

Nach Auffassung des Höchstgerichtes ist selbst der unbefugte Namensgebrauch eo ipso (noch) nicht rechtswidrig. Eine rechtswidrige Namensanmaßung sei erst dann gegeben, wenn der unbefugte Gebrauch zu einer Zuordnungsverwirrung führt, maW, wenn durch die Namensverwendung die Gefahr von Verwechslungen ausgelöst wird. Das Höchstgericht stellt in ständiger Rechtsprechung bei der Beurteilung der Zuordnungsverwirrung nicht nur auf den Domainnamen, sondern auch auf den Inhalt der zugehörigen Website ab. Demnach kann ein aufklärender Hinweis (sogenannter „Disclaimer“) auf der Website die Verwechslungsgefahr ausschließen.

Ortsnamen und geographische Bezeichnungen als Internet-Domain-Namen, ÖBl 2002, 164.

11 Vgl. OGH 29.5.2001, 4 Ob 123/01v – *dullinger.at*, *ecolex* 2001/283, 758 m Anm *Schanda* = MR 2001, 330 m Anm *Thiele* = ÖBl 2002/37, 182 m Anm *Kurz* = RZ 2001, 233.

12 Vgl. OGH 26.11.1975, 1 Ob 291/75, SZ 48/125.

13 Sbg LGBl 1994/107 idGF.

14 OGH 22.2.2001, 6 Ob 316/01s, nv; 13.2.2001, 4 Ob 26/01d, *bbl* 2001/108, 154 = ÖGZ 2001, H 6, 56 = RdW 2001/552, 528.

Zunächst ist grundsätzlich einzuwenden, dass die Hinzufügung eines „aufklärenden Zusatzes“ bloß außerhalb des Kennzeichens, also nicht innerhalb der Second-Level-Domain, schon tatsächlich nie dazu führen kann, sämtliche mögliche Verwechslungen auszuschließen. Eine Domain wird als „Adresse“ zu verschiedensten Internetdiensten, angefangen von jenem des WWW bis hin zu E-Mail oder Datenübertragungen (ftp) verwendet. Auch außerhalb des Internet und seiner Dienste, z.B. auf Geschäftspapieren, Visitenkarten oder in der Werbung dienen Domains zur Kennzeichnung. Bloß auf den Inhalt der zugehörigen Website abzustellen, greift daher mE zu kurz. Die Zuordnungsverwirrung wird an einem anderen Ort und viel früher bereits dadurch (unwiderruflich) geschaffen, dass in den öffentlich zugänglichen, jederzeit abrufbaren „Domainverzeichnissen“ der jeweiligen Vergabestellen, ein anderer als der berechtigte Namensträger als Domaininhaber bzw. Domäneigentümer aufscheint, sodass hier bereits der Anschein erweckt wird, der Betreffende stehe mit dem durch die Domain bestimmten Namensträger in ideeller oder wirtschaftlicher Verbindung. Derartigen Verzeichnissen sind „Disclaimer“ fremd.¹⁵ Im Gegenteil, liest man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der jeweiligen Vergabestelle, z.B. der nic.at hinzu, verstärkt sich noch der Eindruck, dass derjenige, der als Domaininhaber registriert ist, allein befugt ist, über die Domain zu verfügen und mit ihr zu verfahren, wie er will.¹⁶

Freilich, Verwechslungen lassen sich nie lückenlos ausschließen. Dennoch macht es sich das Höchstgericht mE ein wenig „zu einfach“, wenn es einen „Disclaimer“ bloß auf der Startseite der Website (der so genannten Homepage) genügen lässt. Wie der vorliegende Fall zeigt, hat der Beklagte auf diversen Unterseiten, z.B. durch Verwendung eines ähnlichen Gemeindewappens oder durch Hinweis auf die Städtepartnerschaft durchaus zu Verwechslungen beigetragen, ohne diese Subseiten neuerlich mit einem „Disclaimer“ zu versehen.

Schließlich können derartige „Disclaimer“ jederzeit mühelos entfernt werden, oder hinzugefügt, wie dies gegenständlich zwischen Abmahnung des Beklagten und Einbringung der Klage der Fall war.

3.3.2 Kritik an der fehlenden „Rufausbeutung“ (besser: Namensanonymität)

Unter Ausschluss der Zuordnungsverwirrung prüft das Höchstgericht durchaus folgerichtig weiter, da sich eine Interessenbeeinträchtigung der klagenden Gemeinde auch daraus ergeben könne, dass der Beklagte das Interesse auf eine von ihm eingerichtete Website lenkt, und dadurch den „Ruf der Gemeinde“ gewissermaßen „ausbeute“.

An dieser Stelle soll – entgegen dem Höchstgericht – hinterfragt werden, worin denn der „Ruf bzw. gute Name“ der Gemeinde im konkreten Fall bestehen soll?

Ein Name ist eine Identitätsbezeichnung, ist „der Kern, um den sich für die Mitwelt alle Eigenschaften einer Persönlichkeit gruppieren“.¹⁷ Der Name kennzeichnet eine Person in allen Lebensbereichen und nicht bloß einen Teilbereich ihres Offline-Handelns.

§ 43 ABGB stellt anders als § 9 UWG nicht bloß auf die Vermeidung einer Verwechslungsgefahr ab, sondern hat darüber hinausgehend auch andere schutzwürdige Interessen des Namensträgers im Auge.¹⁸ Der Name einer Person wird auch dann unbefugt gebraucht, wenn die Person durch Nennung ihres Namens mit Werken, Waren, Unternehmungen, Handlungen, usw. eigenmächtig in Verbindung gebracht wird. So hat das Höchstgericht beispielsweise eine Verletzung des § 43 ABGB dadurch angenommen, dass der

¹⁵ Vgl. das unter <http://www.nic.at>-> whois -> abrufbare Domainnamensregister.

¹⁶ Vgl § 362 ABGB; in diesem Sinn auch die Registrierungsstelle in FAQ – Wer ist Domaininhaber, abrufbar unter <http://www.nic.at>.

¹⁷ So *Mauczka*, Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen, in: FS 100 Jahre ABGB II [1911], 229, 248; s auch OGH 7.11.1962, 5 Ob 234/62, SZ 35/110.

¹⁸ OGH 11.9.1984, 4 Ob 358/84, EvBl 1985/38 = ÖBl 1985, 14.

Name eines Unternehmens zu Unrecht in den Mitgliederverzeichnissen eines Vereines geführt wurde.¹⁹ Schließlich umfasst das Namensrecht gemäß § 43 ABGB iVm § 16 ABGB auch das Recht auf Namensanonymität und das Recht auf Nichtnennung eines Namens in bestimmten Zusammenhang ohne Veranlassung des Genannten. Der Oberste Gerichtshof hat mehrfach das Recht einer Person darauf anerkannt, dass ihr Name nicht von Dritten in Zusammenhängen erwähnt werden darf, zu deren Erwähnung sie keinen sachlichen Anlass gegeben hat.²⁰ Dieses Recht auf Namensanonymität ergibt sich aus einer Zusammenschau der §§ 16 und 43 ABGB und führt dazu, dass der rechtmäßige Namensträger ein Recht auf Nichtnennung seines Namens in bestimmtem Zusammenhang ohne Veranlassung des Genannten hat.²¹

3.3.3 Kritik an der verworfenen sonstigen Interessenbeeinträchtigung

Der ansonsten dogmatisch und hinsichtlich der Reichweite von wettbewerbs- und markenrechtlichen Unterlassungsansprüchen sehr präzise 4. Zivilsenat, zeigt im vorliegenden Domainstreit keinerlei Ambitionen eine gleichermaßen gebotene Strenge walten zu lassen. Die vorliegende Domainentscheidung des 4. Senats setzt sich zu seiner und, wie dargelegt, herkömmlichen Rechtsprechung auch anderer Senate in unauflösbare Widersprüche, für die eine sachliche Rechtfertigung weder gegeben wird, noch auszumachen ist.

3.3.3.1 Bloßes Abstellen auf den Inhalt der Website

Vor diesem – dem Höchstgericht wohl bekannten Hintergrund – stellt der OGH höchst fragwürdig und völlig einseitig bei der Beurteilung der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen wiederum allein auf den Inhalt der zugehörigen Website des Beklagten ab. Aus den oben dargelegten Gründen, insbesondere der Nichtberücksichtigung unterschiedlicher Domainverwendungen, vor allem im Verzeichnis der nic.at,²² greift die bloße Relevanz des Inhalts einer Website bei der Beurteilung der Interessenbeeinträchtigung zu kurz.

Die (grundsätzliche) Frage, ob bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr eines Kennzeichens mit einer Domain auf den Inhalt der darunter abrufbaren Website abgestellt werden muss, ist mE je nach Anspruchsgrundlage gesondert zu beantworten. Das Marken- und Namensrecht führen in diesem Zusammenhang zu durchaus unterschiedlichen Resultaten. Lehre²³ und Rsp²⁴ vertreten die Meinung, dass bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr eines Kennzeichens mit einer Internet-Domain auf die darunter abrufbare Website abgestellt werden müsse. Diese Ansicht hat ihren Ursprung im Markenrecht und hängt damit zusammen, dass Internet-Domains vom markenrechtlichen Schutz nach § 10 MSchG nur dann erfasst werden, wenn die Domain im Zusammenhang mit gleichartigen oder identischen Waren oder Dienstleistungen gebraucht wird. Um dies Festzustellen ist auf den konkreten Inhalt einer Website abzustellen, denn nicht die Website selbst, sondern das darunter abrufbare Produkt ist entscheidend. Werden unter der streitigen Internet-Domain Produkte angeboten, die in keiner Verbindung zur gewöhnlichen Marke des Berechtigten stehen, hilft das Markenrecht nicht weiter. Konsequenterweise führt dies auch dazu, dass eine inaktive

19 10.12.1964, 4 Ob 313/64, EvBl 1965/160 = ÖBl 1965, 128 = SZ 37/178.

20 OGH 17.12.1997, 7 Ob 329/97a – *Tiroler Rechtsanwälterverzeichnis*, EFSIlg 83.025 = EvBl 1998/92 = MR 1998, 53.

21 Deutlich auch OGH 18.12.1998, 6 Ob 306/98p, EFSIlg 85.845.

22 Vgl. OGH 25.9.2001, 4 Ob 189/01z – *Eintrag in Telefonverzeichnis*, EvBl 2002/45 = RdW 2002/150, 158 = ZfRV 2002/25.

23 ZB *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2001, 339 mwN.

24 OGH 30.1.2001, 4 Ob 327/00 d – *cyta.at*, ecolex 2001/186, 546 m Anm *Schanda* = JUS Z/3192 = MR 2001, 194 m Anm *Pilz* = ÖBl 2001, 225 m Anm *Kurz* = RdW 2001/428, 399 = wbl 2001/231, 337 m krit Anm *Thiele*.

Internet-Domain, d.h. ohne zugehöriger Website (im WWW) im Rahmen des Markenrechtes keine Verwechslungsgefahr bewirken kann. Dies gilt grundsätzlich auch für die Beurteilung gemäß § 9 UWG geschützten Kennzeichen und nach jüngster Rechtsprechung auch für den Schutzzumfang nach § 80 UrhG.²⁵

Die Rechtsauffassung des OGH übersieht, dass sich der Registrant (genauer: der Anmelder) gegenüber der Vergabestelle (hier: NIC.AT GmbH) vielmehr mit seinem vollständigen bürgerlich-rechtlichen Namen bzw. mit der seiner Firma etc. durch die Domainwahl identifiziert. Die zur Domainregistrierung verwendete Zeichenfolge hat nur den Zweck, die Hoheit über die Verwendung der unterhalb der Zeichenfolge „name“.at verwalteten Adresszone zu gewinnen.²⁶ Ein konkrete Ankündigung, zu welchen Zwecken, mit welchen Inhalten oder zu welchen sonstigen Benutzungsarten die mit der Domain geplant sind oder die erfolgen sollen, ist zwar nicht (ausdrücklicher) Gegenstand des Vertragsverhältnisses des Anmelders mit der Registrierungsstelle, dennoch gibt der Anmelder zu erkennen, „niemanden in seinen Kennzeichenrechten und Wettbewerbsrechten (*Namensrecht*, Markenrecht, UWG etc.) zu verletzen“.²⁷ Damit erweist sich bereits die Domainregistrierung als solche nicht als kennzeichen- und namensrechtlich neutral, wie es der OGH vermeint. Für eine Markenverletzung muss freilich zur Feststellung der Branchengleichartigkeit noch eine Website oder eine andere Verwendung hinzutreten.²⁸

Somit ist die Zeichenfolge „Adnet“ bereits beim Registrierungsvorgang der Domain adnet.at - zumindest nach außen hin - vom Beklagten unbefugt namensmäßig gebraucht worden, wie dies von § 43 2. Alt ABGB tatbestandlich vorausgesetzt wird. Die Gegenmeinung²⁹ unterscheidet - teilweise schon begrifflich - nicht zwischen "Registrierung einer Domain" und (anschließender) "Verwendung einer Domain als Internetadresse" und kann deswegen gar nicht zu einer differenzierten Betrachtung kommen. Ohne „Disclaimer“ im Domainsregister der NIC.AT, der auf eine fehlende Beziehung zu einer bestimmten, aus der Domain ableitbaren Person hinweist, fehlt es bereits an der vom OGH verneinten Zuordnungsverwirrung und damit an der „Befugtheit“ iW für den Beklagten. Daher erweist sich die *adnet.at II*-Entscheidung des OGH als unrichtig.

Nach der hier vertretenen Auffassung genießen im Domainstreit das Namensrecht nach § 43 ABGB und die (so genannte) berühmte Marke nach § 10 Abs 2 MSchG einen umfassenderen Schutz als bloße Marken. Eine Namensanmaßung nach § 43 ABGB liegt nicht nur dann vor, wenn jemand einen fremden Namen zur Bezeichnung der eigenen Person gebraucht, sondern auch dann, wenn damit z.B. eine Kaffeemaschine, eine Zeitschrift oder eben eine Website bezeichnet wird. Auf den Inhalt einer Website kann es im Bezug auf die namensrechtliche Verwechslungsgefahr bzw. Interessenbeeinträchtigung – obgleich sich diese schon aus dem Inhalt der Website des Beklagten im Verhältnis der Website der klagenden Gemeinde ergeben kann – nicht ankommen. Einerseits sind Domains nicht immer in unmittelbarer Nähe zum darunter abrufbaren Inhalt anzutreffen, wie z.B. die Werbung in Form von Domains außerhalb von Internet oder als Resultat von Suchmaschinen. Dies gilt insbesondere für die Eintragungen im Register der Vergabestelle nic.at und der damit zusammenhängenden europäischen und internationalen Domainverwaltungen. Die Möglichkeit, die Verwechslungsgefahr in einem Atemzug zu beheben, z.B. durch aufklärende Hinweise, ist in diesem Fällen nachweislich nicht erfolgt.

Andererseits kann eine namensrechtlich relevante Verwechslungsgefahr bzw.

25 OGH 21.1.2003, 4 Ob 257/02a – *amtskalender.at II*, RdW 2003/308, 376.

26 Deutlich *Mosing*, Wer ist berechtigt, über eine Domain unter der TLD.at zu verfügen?, abrufbar unter <http://www.it-law.at>.

27 S Pkt. 1.6. der NIC AGB 2000; Hervorhebung vom Verfasser.

28 Differenzierend dazu bereits *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2003, 47 mwN.

29 So der OGH in *adnet.at II*.

Interessenbeeinträchtigung bereits dann vorliegen, wenn sich eine Person an einer Domain orientiert und in ihn Assoziationen geweckt werden. Eine erst nachträgliche Behebung der Verwechslungsgefahr durch den Inhalt einer – möglicherweise nie aufgerufenen Website – ändert daran nichts. Illustrativ dafür ist das Beispiel, dass sich jemand in einer Einlandung des Namens einer anderen Person bedient, auch wenn dies bei der späteren Begegnung augenfällig wird. Gleich verhält es sich mit den Domains, die von kennzeichenrechtlich unberechtigten Personen gebraucht werden. Kein „Namenspirat“ kann die für eine Namensanmaßung nötige Interessenbeeinträchtigung dadurch ausschließen, dass sie auf der Website unter dem aus dem Namen einer fremden Person gebildeten Domainnamen einen Hinweis aufnimmt, er hätte nichts mit deren „amtlichen Aktivitäten“ zu tun. Es muss dem berechtigten Namensträger auch das Interesse am Nichtgebrauch seines Namens durch einen Dritten zugebilligt werden.³⁰

Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass ein Internetnutzer, der touristische oder gewerbliche Informationen sowie Dienstleistungen von oder über Adnet erlangen will, seine Suche unter den angegebenen Link auf der „offiziellen = amtlichen“ Homepage der Klägerin fortsetzt oder sich an „adnet.gv.at“ wendet, wenn er auf die Website des Beklagten gelangt ist. Spätestens ab dem Zeitpunkt, an dem die Gemeinde die Herausgabe der Domain vom Beklagten verlangt hatte, manifestiert sich die Namensrechtsverletzung. Ein Verbleib der streitgegenständlichen Domain beim Beklagten führt nämlich genau zu dem, was der Beklagte ursprünglich beabsichtigt hatte. Noch in der Berufungsschrift führte der Beklagte aus, dass es ihm darum ging, gewissermaßen als sein Vorzeige- und Meisterstück als Professionist auf dem Bereich der „Internettechnologie“ ein derartiges Werk (gemeint Website unter „adnet.at“) zu verwirklichen. Der Beklagte versuchte also, sich bei der Klägern anzudienen, wobei er den Domainnamen „adnet.at“ gewissermaßen als „Faustpfand“ benutzte. Es entstand und entsteht der Eindruck, dass zwischen dem Inhaber der Domain „adnet.at“ und der Gemeinde gleiche Namensbeziehungen bestehen, wie sie auch tatsächlich bestünden, wäre es zu der vom Beklagten vorgeschlagenen Zusammenarbeit bzw. Abkauf in Höhe von ATS 50.000,00 gekommen. Nach seinem – von der Gemeinde abgelehnten – Vorschlag, wäre nämlich der beklagte Inhaber der Domain und die Funktion der Startseite als Portal erhalten geblieben. Damit hätte genau jene Beziehung zwischen den Streitteilen bestanden, auf die der Inhalt mit der Startseite in Verbindung mit der Domain schließen lässt, der aber in Wahrheit nicht besteht.³¹

Die vom Höchstgericht vorgenommene Interessenabwägung (die auch im Falle der Namensanonymität vorzunehmen ist) lässt ferner unberücksichtigt, dass eine unzulässige Namensanmaßung im Sinne des § 43 ABGB auch dann anzunehmen ist, wenn der fremde Namen zwar zur Kennzeichnung seines rechtmäßigen Trägers verwendet wird,³² aber diese Nennung seines Namen mit Waren, Werken, Unternehmungen oder Handlungen eines anderen in Verbindung gebracht oder sonst der Eindruck besonderer, insbesondere geschäftlicher, Beziehungen zu ihm erweckt wird.³³ Insgesamt täuscht der Beklagte durch die Verwendung der Domainanschrift und selbst unter Berücksichtigung seiner Startseite (und des „Disclaimers“) Verbindungen zur Gemeinde Adnet vor, die in Wahrheit nicht gegeben sind. Die Gemeinde muss sich berechtigterweise nicht mit den unter ihren geschützten Namen verbreiteten Information im Internet in Verbindung bringen lassen. In Anbetracht des festgestellten Sachverhaltes ist auch ohne Verwechslungsgefahr und auch ohne die

30 S OGH 7.11.1962, 5 Ob 234/62, SZ 35/110; und die obigen Ausführungen zur Namensanonymität.

31 Insoweit völlig gleichlautend das Urteil des OGH vom 29.1.2002, 4 Ob 246/01g – *graz 2003.at*, ecolex 2002/200, 524 m Anm *Fallenböck* = MR 2002, 342 = ÖBl 2002/63, 280 m Anm *Gamerith* = RdW 2002/394, 403 = wbl 2002/230, 331 m Anm *Thiele* ; früh in diese Richtung schon OGH 7.11.1962, 5 Ob 234/62, SZ 35/110.

32 Insoweit ein wohlwollendes Verständnis des vom Höchstgericht aufgezeigten „Interessengleichklangs“.

33 OGH 11.9.1984, 4 Ob 358/84 – *Rechtsanwalt-Kanzleipapier*, EvBl 1985/38 = ÖBl 1985, 14.

Berücksichtigung der Besonderheiten des Internets (insbesondere des Einsatzes von Suchmaschinen) es nicht rechens, wenn in Ausnützung der Suchmöglichkeiten die an sich erlaubte Namensnennung³⁴ zu einem erlaubten Namensgebrauch pervertiert wird. Die vom Höchstgericht nunmehr eingeschlagene Judikaturlinie im Zusammenhang mit Ortsnamen führt zu einer „schleichenden Enteignung“ durch Hinzufügen eines lapidaren „Disclaimers“ auf der Startseite einer mit allgemeinen Informationen über den Ort gefütterten Website.

3.3.3.2 Überschätzter Einfluss von „gv.at“

Das vom Obersten Gerichtshof – auf den ersten Blick kaum zu widerlegende Argument –, durch das Ausweichen auf die „Gebietskörperschaften vorbehaltene Second-Level-Domain.gv (adnet.gv.at)“ wäre die Rechtsprechung deutscher Gerichte zur Verwendung von Ortsnamen als Domainnamen für Österreich nur beschränkt aussagekräftig, kann letztlich nicht überzeugen.

Zum einen bedient sich das Höchstgericht selbst der Argumentation deutscher Gerichte; zum anderen ist nach den Registrierungsbedingungen für „gv.at-Domains“³⁵ dieser Second-Level-Domaingebrauch ausschließlich Ämtern und Behörden vorbehalten zu „hoheitlichen Zwecken“ Möchte also eine Gemeinde im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung oder auf dem Boden der Gleichordnung ihren Gemeindebürgern im Internet gegenüberreten, fehlt ihnen dazu die Möglichkeit. Der Einsatz der Domain z.B. „adnet.gv.at“ verbietet sich nach den dortigen Vergabebedingungen und nach der derzeitigen Rsp hat die Gemeinde auf die natürlichste und naheliegendste Domain „adnet.at“ keinen Rechtsanspruch.

Das von deutschen Gerichten gebetsmühlenartig wiederkehrend bemühte Argument, es liege nahe, dass unter der Internetadresse „Stadtname.de“ nicht nur Informationen über die Stadt, sondern Informationen von der Stadt abgerufen werden können, wird durch die unterschiedliche Vergabepraxis in Österreich nicht entkräftet, sondern geradezu verstärkt. Unter der Internetadresse „Stadtname.gv.at“ erhält man eben nur amtliche Informationen, sohin keinerlei touristische Auskünfte oder privatwirtschaftliche Angebote, sodass nahe liegend ist, derartiges unter der Internetadresse „Stadtname.at“ zu suchen. Der (plakative) Grundsatz: „Wo Gemeinename d'raufsteht, muss auch die Gemeinde drinnen sein“, gilt daher in Österreich umso mehr als in Deutschland.³⁶

Der Grad des Interesses einer Person, selber Inhaber der „.at“-Domain zu sein, die den eigenen Zwangsnamen widerspiegelt, hängt von dem jeweiligen Charakter ab und § 43 ABGB schützt auch rein persönliche oder ideelle, ja selbst Affektionsinteressen,³⁷ sodass sich die klagende Gemeinde nicht auf die primär bloß hoheitlich nutzbare „gv.at“-Adresse verweisen lassen muss. Zwar wird der Schutz des Namens nicht gegen jede Beeinträchtigung gewährleistet, doch weist der Name „Adnet“ in Österreich Einzigartigkeit auf. Darin liegt mE die vom Höchstgericht zu wenig gewürdigte Besonderheit des Streitfalles, gleichwohl aber auch die Erkenntnis, dass ohne Vorliegen weiterer Umstände anhand des Nachnamens eine einzelne Person nicht identifiziert werden kann. Nur die Gruppe der Personen, die diesen Nachnamen tragen. Das fokussiert bei einem Zwangsnamen wie „Adnet“ den Grad der persönlichen Betroffenheit auf einen Einzelnen, der vorliegend auch geklagt hat. So bezeichnet der BGH das Interesse eines Namensträgers, sich dagegen wehren zu können, dass ein Nichtberechtigter den Nachnamen unter der in Deutschland üblichen Top-Level Domain ".de" registriert als "besonders schutzwürdig" und macht diese Wertung zum Ausgangspunkt

34 Vgl. Aicher in Rummel, Rz 11 zu § 43 mwN.

35 Informationen dazu online unter <http://www.wien.gv.at> -> Antrag Domain innerhalb von gv.at.

36 Vgl. die Vergabebedingungen für Domains innerhalb der Second-Level-Domain „gv.at“; bei Unstimmigkeiten muss eine Einigung über das Bundeskanzleramt (e-mail: naming@cio.gv.at) erfolgen.

37 OGH 7.11.1962, 5 Ob 234/62, SZ 35/110.

seiner Entscheidung im Fall „maxem.de“.³⁸ Im Gegensatz zum OGH hat der BGH die Rechte von Namensträgern im Streit um Internet-Domains gestärkt. Das deutsche Höchstgericht sieht nämlich in der Verwendung eines fremden Namens als Internet-Adresse einen unbefugten Namensgebrauch, den jeder Träger des daraus ableitbaren Namens untersagen lassen kann, wenn keine eigenen Rechte des Beklagten an der Domain vorliegen. Im konkreten Fall hat der OGH unberücksichtigt gelassen, dass der klägerischen Gemeinde keineswegs daran gelegen war, den Inhalt der Website des Beklagten zu verbieten oder gar zu zensurieren, sondern einzig und allein, die Domainregistrierung zu beseitigen. Durch den – vom OGH festgestellten Inhalt der Beklagtenwebsite – würde die Gemeinde nicht primär in ihren schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt, wenn er unter einer anderen Domain, z.B. „dorfcafe-adnet.at“ angeboten worden wäre.

Der BGH geht in seinem Urteil zu *maxem.de* sogar noch weiter: der Träger eines bürgerlichen Namens kann gegenüber einem Dritten, der denselben Namen als Alias (oder Pseudonym) für seine Internet-Präsenz verwendet, beanspruchen, dass dieser den Namen nicht als Domain-Adresse verwendet. Der BGH bejaht – mE durchaus zutreffend – bereits die Möglichkeit einer Namensrechtsanmaßung durch die Registrierung (genauer: das Anmelden und Aufrechterhalten der Registrierung) einer Domain. Wie selbstverständlich geht der BGH davon aus, dass bereits die Anmeldung und (weitere) Verwendung eines bürgerlichen Nachnamens ohne eigene Rechte einen Eingriff in das von § 12 BGB geschützte zivile Namensrecht darstellt.³⁹

Kann – wie der OGH feststellt – eine aus einer bestimmten Zeichenfolge bestehende Domain aber nur einmal unterhalb „.at“ registriert werden, so folgt daraus, dass die Aussichten, die gewünschte Nachnamendomain zu bekommen, von Umständen abhängen, die der Betroffene im Regelfall nur durch eigene Schnelligkeit beeinflussen kann. Im Übrigen hätte er auch gegenüber Nichtberechtigten das Nachsehen?

Der Jurist mag es drehen und wenden, wie er will, es bleibt dabei: „Ein Name, das ist ein Ich. Und einen Namen entwenden und sich darunter stellen, ist unehrlich.“⁴⁰

4. Zusammenfassung

Der OGH hat das Hauptverfahren um die Domain „adnet.at“ offenbar zum Anlass genommen, durch einen namensrechtlichen Systembruch eine Rechtsfortbildung im Domainrecht zu betreiben, die der Fall nicht hergegeben hat und sich im Ergebnis auch nur als Fehlentwicklung kennzeichnen lässt. Den Namensrechtseingriff unsachgemäß auf die Websitegestaltung zu verschieben und dort mit allen Mitteln einen „Interessengleichklang“ herbeizureden, ist mit Sicherheit der falsche Weg.

38 Urteil vom 26.6.2003, I ZR 296/00, JurPC Web-Dok 258/2003.

39 Deutlich 26.6.2003, I ZR 296/00 – *maxem.de*, JurPC Web-Dok 258/2003 Abs 14.

40 Victor Hugo in „*Les misérables*“ (1862).