

Von Unken nach Schladming und zurück – Streifzug durch die Domainjudikatur 2013

von Clemens Thiele

Die folgende Untersuchung beschränkt sich – bereits im zehnten Jahr in Folge – auf eine überblicksmäßige Erörterung der im Jahr 2013 ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur in Domainrechtssachen. Dabei wird zunächst versucht, die oberstgerichtlichen Lösungen kritisch zu hinterfragen und die Entscheidungen insgesamt in den methodisch-dogmatischen Zusammenhang des Kennzeichen- und Wettbewerbsrechts einzuordnen. In chronologischer Reihenfolge wird zum Teil in wesentlich unterschiedlicher Tiefe auf folgende Judikate eingegangen:¹⁾

1. OGH 19.03.2013, 4 Ob 45/13s – *unken.at* I²⁾
2. EuG 14.05.2013, T-244/21 – *fluege.de*³⁾
3. EuGH 11.07.2013, C-657/11 – *bestlasersorter.com*⁴⁾
4. OGH 21.08.2013, 3 Ob 134/13x – *unken.at* II⁵⁾
5. OGH 22.10.2013, 4 Ob 59/13z – *schladming.com* II⁶⁾
6. OGH 17.12.2013, 4 Ob 69/13w – *mobile-marketing.at*⁷⁾

1. *unken.at* I⁸⁾ – Unterlassungsansprüche gegen namensverletzende Domain

1.1. Die Klägerin ist eine Salzburger Gemeinde und trägt als einzige in Österreich den Namen „Unken“. Die erstbeklagte GmbH bot Telekommunikationsdienstleistungen an, ua Internet Service Providing und Unternehmensberatung. Sie betrieb unter der URL <http://www.unken.at> eine Homepage, von der aus unmittelbar auf die Tourismuswerbung der benachbarten Gemeinde Lofer weitergeleitet und dafür Werbung gemacht wurde. Der Zweitbeklagte war vertretungsbefugter Alleingeschäftsführer der Erstbeklagten. Die Klägerin begehrte zur Sicherung des gleichlautenden Unterlassungsbegehrens, den Beklagten aufzutragen, es zu unterlassen, namensmäßige Bezeichnungen, die das Wort „Unken“ enthalten, zu verwenden; vor allem es zu unterlassen, die Domain „unken.at“ zu verwenden, sie jemand anderem einzuräumen oder sie zu löschen, zu veräußern oder sonst weiterzugeben.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung in vollem Umfang und stützte sie auf eine Namensverletzung nach § 43 ABGB. Das Rekursgericht bestätigte die Maßnahme und stellte ergänzend sog „Domain-Grabbing“ in der Form der Domain-Vermark-

tung fest: Die Beklagten verfolgten kein erkennbares eigenes (rechtliches) Interesse mit der strittigen Domain. Sie weigerten sich, die Domain der Klägerin zu überlassen. Die Gemeinde Unken sollte stattdessen die Erstbeklagte gegen ein monatliches Entgelt von EUR 2.000,00 (zuzüglich einer einmaligen Zahlung von EUR 4.000,00 bis EUR 6.000,00) mit der Erstellung einer eigenen Website beauftragen. Das Rekursgericht stützte die Sicherungsmaßnahme auf § 1 iVm § 24 UWG und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs nicht zu.

Aufgrund des ca 50-seitigen Revisionsrekurses der Beklagten hatte sich das Höchstgericht mit dem Schutz von Gemeindedomains im Provisorialverfahren zu befassen.

1.2. Der OGH wies das Rechtsmittel zurück, gab den Unterlassungstenor vollinhaltlich wieder und führte aus: Der Gebrauch eines Ortsnamens als Domainname greift in die Rechte der jeweiligen Gemeinde ein, wenn deren schutzwürdige Interessen verletzt werden.⁹⁾ Dies trifft bei Nutzung eines Namens als Domain durch einen Nichtberechtigten im Regelfall zu, ohne dass es auf den Inhalt der unter der Domain betriebenen Website ankommt. Wird ein Name ohne weiteren Zusatz als Domain verwendet, so nehmen die angesprochenen Kreise an, dass der Namensträger – in welcher Weise auch immer – hinter dem Internetauftritt steht; damit tritt unabhängig

Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU),
Rechtsanwalt in Salzburg.
Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

- 1) Stichtag für die folgende Entscheidungsübersicht ist der 31.12.2013. Sämtliche Judikate sind im Volltext unter <http://www.eurolawyer.at> abrufbar.
- 2) OGH 19.03.2013, 4 Ob 45/13s – *unken.at* I, *jusIT* 2013/43, 89 (Thiele) = *ÖBI-LS* 2013/56 = *wbl* 2013/129, 356 (Thiele) = *ZIR* 2013, 194.
- 3) EuG 14.05.2013, T-244/12 – *fluege.de*, *jusIT* 2013/59, 127 (Thiele).
- 4) EuGH 11.07.2013, C-657/11 – *www.bestlasersorter.com*, *JurPC Web-Dok.* 129/2013 = *jusIT* 2013/77, 166 (Thiele) = *RdW* 2013/463, 467 = *wbl* 2013/181, 512 (Thiele).
- 5) OGH 21.08.2013, 3 Ob 134/13x – *unken.at* II, *ecolex* 2014/30, 60 = *jusIT* 2013/80, 170 (Thiele) = *wbl* 2013/267, 719 (Thiele).
- 6) OGH 22.10.2013, 4 Ob 59/13z – *schladming.com* II, *ecolex* 2014/65, 162 (Horak) = *jusIT* 2014/4, 17 (Thiele) = *ÖBI* 2014/6, 22 (Donath) = *wbl* 2014/18, 54 = *ZIR* 2014, 71 (Grafl/Fradinger).
- 7) OGH 17.12.2013, 4 Ob 69/13w – *mobile-marketing.at*, *jusIT* 2014/26 (Thiele).
- 8) OGH 19.3.2013, 4 Ob 45/13s – *unken.at* I, *jusIT* 2013/43, 89 (Thiele) = *ÖBI-LS* 2013/56 = *wbl* 2013/129, 356 (Thiele) = *ZIR* 2013, 194.
- 9) OGH 16.12.2003, 4 Ob 231/03d – *serfaus.at*, *wbl* 2004/95, 196 (Thiele) = *RdW* 2004/242, 269 = *ecolex* 2004/219, 464 (Schumacher) = *ÖGZ* 2004 H 5, 58 = *ÖBI-LS* 2004/81/82 = *ÖBI* 2004/45, 171 (Fallenböck).

von dessen Inhalt eine Zuordnungsverwirrung ein.¹⁰⁾ Dass Letzteres im vorliegenden Fall anders wäre, hätten die Beklagten nicht bescheinigt. Schließlich betonten die Höchststrichter, dass § 3 Abs 6 Sbg GemO von der traditionellen Bezeichnung einer Gemeinde mit deren „Namen“ ausginge. Lediglich „als Träger von privaten Rechten und Pflichten hat jede Gemeinde die Bezeichnung „Gemeinde“ unter Beisetzung ihres Namens zu führen.“ Diese Vorschrift zielt auf den Rechtsverkehr im Privatrecht, insbesondere bei Rechtsgeschäften, ab; sie ändert aber nichts am Namen der Klägerin als solchem.

1.3. Die Entscheidung fasst die Grundsätze des Schutzes von Ortsnamen vor ungenehmigter Verwendung als Internet-Domains prägnant zusammen:

- Domains, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten, besitzen idR Kennzeichnungs- und Namensfunktion; ihre unbefugte Verwendung kann daher gegen § 43 ABGB verstoßen.
- Durch § 43 ABGB wird auch der Name einer Gemeinde geschützt. Die traditionelle Bezeichnung einer Gemeinde ist deren „Name“ ohne dem in der Gemeindeordnung (hier: § 3 Abs 6 Sbg GemO) vorgesehenen Zusatz „Gemeinde“.
- Der Gebrauch eines Ortsnamens als Domain greift in die Rechte der jeweiligen Gemeinde ein, wenn deren schutzwürdige Interessen verletzt werden. Dies trifft bei Nutzung eines Namens als Domain durch einen Nichtberechtigten im Regelfall zu, ohne dass es auf den Inhalt der unter der Domain betriebenen Website ankäme: Wird ein Name ohne weiteren Zusatz als Domain verwendet, so nehmen die angesprochenen Kreise an, dass der Namensträger – in welcher Weise auch immer – hinter dem Internet-auftritt steht; damit tritt unabhängig von dessen Inhalt eine Zuordnungsverwirrung ein.

Die Frage des Eindrucks der beteiligten Verkehrskreise ist nach stRsp eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen; sie ist eine Tatfrage, wenn dies nicht der Fall ist. Eine Beweisaufnahme ist allerdings nur dann geboten, wenn im konkreten Fall Zweifel bestehen, dass die strittige Frage allein aufgrund der Lebenserfahrung der zur Entscheidung berufenen Organe beantwortet werden kann.¹¹⁾ Ein demoskopisches Gutachten ist lediglich ausnahmsweise einzuholen, wenn die Lebenserfahrung keine sichere Beurteilung der Verkehrsauffassung gestattet.

Der OGH hält das – im Wortlaut in seine Entscheidung aufgenommene – Sicherungsbegehren schon aus namensrechtlichen Gründen für berechtigt. Völlig zutreffend, wie ein Blick in die gefestigte Spruchpraxis offenbart: Es handelt sich nämlich um einen unwiederbringlichen Nachteil, den eigenen Namen nicht als Domain unter der Top Level „at“ nützen zu können.¹²⁾

2. *fluege.de*¹³⁾ – Domains als Marken – Domainmarken?

2.1. Die spätere Klägerin, die Unister GmbH mit Sitz in Leipzig, meldete das Zeichen „fluege.de“ für die Veran-

staltung von Reisen und Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen als Gemeinschaftswortmarke an. Das HABM verweigerte die Eintragung unter Verweis auf fehlende Unterscheidungskraft und den beschreibenden Charakter des Zeichens nach Art 7 Abs 1 lit b und lit c GMV. Im Beschwerdeverfahren gelangte die Klägerin schließlich bis zum Unionsgericht (EuG) und argumentierte, bei dem Begriff „fluege“ handelte es sich um eine Wortbildung, die der deutschen Sprache fremd wäre, in der es lediglich den Begriff „Flüge“ gibt, der den Buchstaben „ü“ aufweist, mit der Folge, dass aufgrund der unüblichen Schreibweise des Begriffs „fluege“ der Durchschnittsverbraucher in der angemeldeten Marke einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sehen würde. Der Durchschnittsverbraucher wäre daran gewöhnt, selbst unter einem „Domänennamen der zweiten Stufe“ (sog *Second-Level-Domain*), der aus einem Gattungsbegriff gebildet wurde, ein Internetportal zu finden, das von einem einzelnen gewerblichen Anbieter betrieben würde. Im vorliegenden Fall handelte es sich bei dem Begriff „fluege“ in Anbetracht seiner unüblichen Schreibweise nicht einmal um einen Gattungsbegriff. Das HABM hätte im Übrigen nicht berücksichtigt, dass seit 2004 Domains mit Sonderzeichen wie dem Buchstaben „ü“ unterhalb der TLD „de“ registriert werden könnten. Der EuG hatte sich insb mit der Schutztatigkeit einer Domain mit umschriebenem Umlaut für eine Markenregistrierung zu befassen.

2.2. Das Unionsgericht wies die Klage ab und ließ eine Markeneintragung nicht zu. Dass dem Begriff „fluege“ in der angemeldeten Marke die TLD „de“ angefügt war, bedeute keineswegs, dass die maßgeblichen Verkehrskreise diesem Begriff eine gesteigerte Aufmerksamkeit widmeten. Vielmehr spreche der Umstand, dass das angemeldete Zeichen in Anbetracht seiner Endung „de“ von diesen Verkehrskreisen von vornherein als Domain und somit als Hinweis auf eine Internetadresse wahrgenommen werden kann, eher für die Annahme, dass dieses Publikum der Tatsache, dass der Begriff „fluege“ aus einem kleingeschriebenen Anfangsbuchstaben und der Buchstabenfolge „ue“ gebildet wird, nur eine geringere Aufmerksamkeit widmeten.¹⁴⁾ Eine Domain als solche verweise allenfalls auf eine Internetadresse, nicht aber auf die betriebliche Herkunft von Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Herstellers oder Erbringers. Für die Eignung eines Domainnamens, als Gemeinschaftsmarke eingetragen zu werden,

10) OGH 24.03.2009, 17 Ob 44/08g – *justizwache.at*, RdW 2009/501, 522 = wbl 2009/185, 419 (*Thiele*) = lex:itec 2009 H 3, 28 (*Thiele*) = ecolex 2009/272, 691 (*Horak*) = jusIT 2009/40, 90 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2009/181/182, 161 = ÖBI 2009/43, 229 (*Gamerith*) = MR 2009, 219 = SZ 2009/34.

11) Vgl zur insoweit bereits 2012 vorgenommenen „Nuancierung“: *Thiele*, Alles läuft – *run.cool.eu* – die österreichische Domainjudikatur 2012, MR 2013, 96, 99 mwN.

12) OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – *ortig.at*, ecolex 2000/98, 215 (*Schanda*) = ÖBI 2000, 134 (*Kurz*) = wbl 2000/87, 142; 29.11.2005, 4 Ob 213/05k – BZÖ, MR 2006, 14 (*Höhne/Dieplinger*) = ÖBI 2006/45, 183 (*Gamerith*).

13) EuG 14.05.2013, T-244/12 – *fluege.de*, jusIT 2013/59, 127 (*Thiele*).

14) Rz 24 und 25 des Urteils.

seien im Hinblick auf die absoluten Eintragungshindernisse der GMV die Praxis der Vergabestellen bei der Zuteilung der Domains und deren Verwendung idR nicht ausschlaggebend.¹⁵⁾

2.3. Das vorliegende Urteil aus Luxemburg reiht sich in die bisherige Praxis der Eintragung einer Domain als Marke ein¹⁶⁾ und bereichert sie um einen bemerkenswerten Aspekt. Nach Auffassung des EuG ist zwischen den mit der Eintragung einer Domain verbundenen Rechten¹⁷⁾ auf der einen und den Rechten, die aus der Eintragung eines Zeichens als Gemeinschaftsmarke erwachsen, auf der anderen Seite zu unterscheiden. So bedeutet der Umstand, dass eine Partei über einen Domainnamen wie „fluege.de“ verfügt, nicht, dass dieser Domainname allein deshalb bereits als (Gemeinschafts-)Marke eingetragen werden könnte. Dafür ist nämlich erforderlich, dass er sämtliche Eintragungsvoraussetzungen, insb die ausreichende Unterscheidungskraft, erfüllt.¹⁸⁾ Daher muss jedes Argument, wonach aufgrund der bereits erteilten Domain ein angeblich erworbenes Ausschließlichkeitsrecht ein Freihaltebedürfnis von vornherein verhindern würde, ins Leere gehen. Domains sind zwar Immaterialgüter, aber per se keine Immaterialgüterrechte.

3. *bestlasersorter.com*¹⁹⁾ – Bloße Domainregistrierung keine Irreführungshandlung; Domainweiterleitung als rechtsverletzende Benutzung

3.1. Im aus Belgien stammenden Ausgangsfall klagte die Belgian Electronic Sorting Technology NV (kurz: Best NV) Herrn Peelaers und die Visys NV (kurz: Visys NV), konkurrierende Hersteller von Sortiermaschinen. Mittels Lasertechnologie konnten die jeweils gefertigten Maschinen Produkte nach Farbe, Form, Oberflächenstruktur und weiteren Kriterien unterscheiden und so gegebenenfalls auch Fehler erkennen.

Seit 1996 war die Best NV mit ihren entsprechenden Maschinen auf dem Markt. Herr Peelaers gründete 2004 als ehemaliger Mitarbeiter von Best NV das konkurrierende Unternehmen Vysis NV. Dieses ließ neben der eigenen Domains „vysis.be“ und „vysisglobal.be“ im Jahr 2007 die damals freie Domain „bestlasersorter.com“ registrieren. Bei deren Aufruf gelangten Nutzer direkt auf die Internetpräsenz der Vysis BV, wobei die Adresse www.bestlasersorter.com auch in den Subseiten in der Browserzeile der ansonsten identen Websites bestehen blieb (sog. deckungsgleicher Websiteinhalt).

Im April 2008 meldete Best NV die Bildmarke „BEST“ im Benelux-Raum an. Die Marke hatte folgendes Aussehen



und wurde in den Klassen 7, 9, 40 und 42 eingetragen. Im selben Jahr wurde festgestellt, dass Vysis BV den Namen des Wettbewerbers „Best nv“ und deren Produktnamen/Sortiermodelle „Helius“, „Genius“, „LS9000“ und „Argus“ als sogenannte Meta-Tags verwendete, dh als zusätzlich zu einem Text angegebene Schlüsselwörter, an

denen sich die Internet-Suchmaschinen bei ihrer Seitenauswahl teilweise orientieren.

Best NV sah darin eine Verletzung ihrer Markenrechte und irreführende Werbung und klagte Herrn Peelaers und Vysis NV auf Unterlassung. Daraufhin brachten diese Widerklage auf Nichtigerklärung der Benelux-Bildmarke BEST ein.

Mit Urteil vom 2008 gab das erstinstanzliche Gericht in Antwerpen der Klage hinsichtlich des Verstoßes gegen die Rechtsvorschriften über die vergleichende und irreführende Werbung durch die Nutzung der fraglichen Metatags Folge und wies im Übrigen ab. Die Widerklage wies es zur Gänze ab. Die II. Instanz wies die Klage zur Gänze ab und erklärte die Benelux-Bildmarke BEST wegen fehlender Unterscheidungskraft für nichtig. Best NV erhob schließlich Kassationsbeschwerde an das belgische Höchstgericht. Der Hof van Cassatie unterbrach sein Verfahren und legte 2011 folgende Frage zur Vorabentscheidung an den EuGH vor:

Ist der Begriff „Werbung“ in Art 2 der RL 84/450/EWG und in Art 2 der RL 2006/114/EG dahin auszulegen, dass er die Registrierung und Nutzung eines Domain-Namens sowie die Nutzung von Metatags in Metadaten einer Website umfasst?

3.2. Der EuGH urteilte, dass der Begriff Werbung jede Form der Kommunikation einschloss, damit auch „indirekte Kommunikation“ wie die Schlüsselwörter, wenn diese das Verhalten der Verbraucher beeinflussten. Dabei wäre zunächst die Eintragung einer Domain noch keine Werbung. Die Registrierung begrenzte lediglich die Kommunikationsmöglichkeiten der Wettbewerber, weil diese den betreffenden Namen nicht mehr für eigene Internetseiten verwenden könnten.

Die Nutzung der gegenständlichen Domain erfolgte aber offensichtlich mit dem Ziel, den Absatz der Waren oder die Erbringung der Dienstleistungen des Domaininhabers (hier: Vysis NV) zu fördern. Die Domainnutzung war daher vom Begriff der Werbung iS der zitierten RL umfasst. Dabei suggerierte der verwendete (Marken-)Name des Mitbewerbers, dass Internet-Nutzer unter der entsprechenden Adresse Informationen zu dessen Produkten finden würden. Gleiches galt für die Verwendung des Marken- und der Produktnamen in den Meta-Tags als Keywords (Schlüsselwörter). Wer mit einer Internet-Suchmaschine nach „Best Laser Sorter“ suchte, erwartete aber Produkte des Herstellers Best NV.

3.3. Das vorliegende Urteil beantwortet gleich mehrere grundlegende Fragen des Domainrechts: Die Registrierung einer Domain stellt an sich keine kennzei-

15) Rz 28 des Urteils.

16) Dazu Thiele, Domainmarken – Domain-Namen als Marken, *jusIT* 2013, 1 mwN.

17) Vgl EGMR 18.09.2007, 25379/04 – *adacta.de*, *jusIT* 2008/38, 90 (Thiele).

18) So bereits EuG 12.12.2007, T-117/06 – *DeTeMedien*, wbl 2008/53, 130.

19) EuGH 11.07.2013, C-657/11 – *www.bestlasersorter.com*, *JurPC Web-Dok.* 129/2013 = *jusIT* 2013/77, 166 (Thiele) = *RdW* 2013/463, 467 = wbl 2013/181, 512 (Thiele).

chenmäßige oder werbliche Nutzung dar.²⁰⁾ Für Domains besteht kein sondergesetzliches Täuschungsverbot,²¹⁾ anders als im Markenrecht (§ 4 MSchG) oder im Firmenrecht (§ 18 Abs 2 UGB). Unter Umständen bestehen lauterkeitsrechtliche Einschränkungen nach dem allgemeinen Täuschungsverbot des § 2 UWG,²²⁾ die aber erst mit der Nutzung der Domain eingreifen.

Die Verwendung einer Internet-Domain als sog Vorschaltadresse im WWW stellt keinen rechtsbegründenden Kennzeichengebrauch²³⁾ dar, sehr wohl aber eine (kennzeichen-)verletzende Verwendung. Zu beachten bleibt aber: Mit der Begründung, dass der vorlegende Hof van Cassatie keine Frage zur Auslegung des Markenrechts an den EuGH gerichtet hatte, sondern vielmehr entschieden hatte, dass markenrechtliche Ansprüche nicht bestehen, begnügte sich der EuGH mit der Beantwortung der ihm vorgelegten (primär) lauterkeitsrechtlichen Frage. Deutlich weisen die Höchstrichter in Rz 44 ihres Urteils darauf hin, dass ein bloßes Domainholding durchaus wettbewerbsrechtliche Ansprüche auslösen kann. Zwar ist die Eintragung einer Domain selbst keine Werbemitteilung, kann aber allenfalls eine Beschränkung der Kommunikationsmöglichkeiten von Mitbewerbern bedeuten, die gegebenenfalls durch andere gesetzliche Bestimmungen geahndet werden kann. Zu denken ist in erster Linie an das sog *Domain-Grabbing*.²⁴⁾

Da erst die Nutzung, nicht bloß die Registrierung einer Domain, ein Handeln im geschäftlichen Verkehr darstellt, müssen Lösungsansprüche gegen Domaininhaber außerhalb der Namensverletzung oder des *Domain-Grabbing* scheitern.²⁵⁾ Dies gilt mE auch für berühmte Marken.

3.4. Die bloße Registrierung eines Domain-Namens stellt keine Werbung im Sinne von Art 2 der Richtlinie 84/450/EWG vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung und Art 2 der Richtlinie 2006/114/EG vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung dar. Die Nutzung des Domain-Namens (wie auch die Nutzung von Metatags im Quellcode einer Website) können hingegen für sich Werbung im Sinne dieser Richtlinien darstellen. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen der Definition von Werbung gemäß diesen Richtlinien vorliegen.

4. *unken.at* II²⁶⁾ – Unterlassungsanspruch gegen namensverletzende Domain beinhaltet nicht Beseitigungsanspruch

4.1. Mit einstweiliger Verfügung (EV) des LG Salzburg, die im Instanzenzug in der Folge bestätigt worden war, war den Verpflichteten verboten worden, namensmäßige Bezeichnungen, die das Wort „Unken“ enthalten, zu verwenden, wenn die Gefahr der Zuordnungsverwirrung oder der Verwechslung mit dem von der Betreibenden (Gemeinde Unken) verwendeten Namen „Unken“ nicht durch Hinzufügen eines unterscheidungskräftigen Zusat-

zes ausgeschlossen ist, insb es zu unterlassen, den Domain-Namen „unken.at“ zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage zu verwenden. Etwa 10 Tage nach Erlassung der EV führte die betreibende Gemeinde gegen die Verpflichteten Exekution nach § 355 EO wegen Zuwiderhandelns durch Weiterverwendung des Domain-Namens „unken.at“ zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage. Nach wie vor benutzte die erstbeklagte Partei, ein Telekommunikationsunternehmen, die Domain „unken.at“ dazu, auf die ebenfalls von ihr eingerichtete Website der Gemeinde Lofer weiterzuleiten. Technisch gesehen handelte es sich um ein automatisches *Domain-Forwarding*, da der Inhalt unter der Domain „lofer.at“ identisch war. Die Benutzung unterschied sich überhaupt nicht von jener, die vor Erlassung der EV bestanden und den Anlass zur Klagsführung geboten hatte:



Das Erstgericht bewilligte die Exekutionsführung nach § 355 EO. Das Rekursgericht wies hingegen mit der Begründung ab, der von der Betreibenden verfolgte Beseitigungsanspruch wäre nicht Bestandteil des titulierten Unterlassungsanspruchs, den die Betreibende ausschließlich auf ihr Namensrecht iSd § 43 ABGB gestützt hätte. Die im Exekutionsantrag behaupt-

- 20) So bereits OGH 30.01.2001, 4 Ob 327/00t – *cyta.at*, wbl 2001/231, 337 (krit Thiele) = RdW 2001/428, 399 = ecollex 2001/186, 546 (Schanda) = MR 2001, 194 (Pitz); 11.12.2007, 17 Ob 22/07w, – *personalshop.de*, wbl 2008/111, 247 = ecollex 2008/201, 554 (Schumacher) = jusIT 2008/39, 91 (Thiele).
- 21) OGH 20.05.2003, 4 Ob 103/03f – *centro-hotels.com*, ÖBl 2003/65, 241 (Fallenböck); 14.02.2006, 4 Ob 165/05a – *rechtsanwalte.at*, wbl 2006/132, 291 (Thiele).
- 22) OGH 20.04.2006, 4 Ob 39/06y – *rechtsanwaltsportal.at*, RdW 2006, 481.
- 23) Vgl bereits OGH 20.08.2002, 4 Ob 101/02k – *inet.at*, ecollex 2003, 38 (Graschitz).
- 24) Vgl OGH 13.07.2010, 17 Ob 7/10v – *reifen.eu III*, wbl 2010/226, 597 (Thiele); mwN; Thiele, Domainrecht in Jähnel/Mader/Stauddegger (Hrsg), IT-Recht (2012), 255, 283 ff.
- 25) So die gefestigte Rsp OGH 23.03.2011, 4 Ob 197/10i – *fasching-prinz.at*, wbl 2011/170, 454 = ecollex 2011/282, 726 (Schumacher) = ÖBl 2011/54, 225 (Gamerith); 24.02.2009, 17 Ob 36/08f – *KOBRA/cobra-couture.at*, ecollex 2009/275, 697 (Horak) = jusIT 2009/66, 136 (Thiele); 23.09.2008, 17 Ob 29/08a, ÖBl-LS 2009/33; 02.10.2007, 17 Ob 13/07x – *amade.at III/Ski Amadé*, wbl 2008/41, 97 (Thiele) = ÖBl 2008/16, 83 (Gamerith).
- 26) OGH 21.08.2013, 3 Ob 134/13x – *unken.at II*, ecollex 2014/30, 60 = jusIT 2013/80, 170 (Thiele) = wbl 2013/267, 719 (Thiele).

tete bloße Aufrechterhaltung eines schon vor Entstehung des Exekutionstitels herbeigeführten Zustands rechtfertigt keine Exekutionsführung nach § 355 EO; § 15 UWG wäre ausschließlich auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche anzuwenden. Das Rekursgericht ließ allerdings den ordentlichen Revisionsrekurs zu.

Das Höchstgericht hatte sich demnach mit den maßgeblichen Fragen der Vollstreckung eines Unterlassungsanspruchs nach § 43 ABGB zu befassen, insb damit, ob auch der Beseitigungsanspruch nach § 43 ABGB lediglich als Unterfall des Unterlassungsanspruchs aufzufassen wäre.

4.2. Der OGH wies den Revisionsrekurs der Betreibenden zurück. Mangels Anwendbarkeit des UWG wäre bei einer auf § 43 ABGB gestützten einstweiligen Verfügung mit einem Unterlassungsgebot nicht auch schon die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen durch den Verpflichteten titulierte. Der Betreibenden würde vielmehr die Möglichkeit offen stehen, sich schon im Titelverfahren einen Beseitigungstitel zu verschaffen, sodass sie keineswegs an der Durchsetzung ihrer aus dem Namensrecht abgeleiteten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gehindert wäre.

4.3. „Wir stehen selbst enttäuscht/und sehen betroffen/den Vorhang zu/und alle Fragen offen.“²⁷⁾ Dem aufmerksamen Rechtsanwender könnten diese bekannten Worte nach Studium der vorliegenden Entscheidung durch den Kopf gegangen sein, und zwar vor allem mit Blick auf die höchst praxisrelevante Frage, wie eine vollstreckbar untersagte Domainverwendung im Internet denn sonst exekutiv durchzusetzen ist. Der apodiktische Hinweis des OGH, „nur ein Verhalten des Verpflichteten, welches eindeutig gegen das im Exekutionstitel ausgesprochene Unterlassungsgebot verstößt, rechtfertigt die Exekutionsschritte gemäß § 355 EO“,²⁸⁾ hilft nicht weiter. Im Ergebnis bedeutet die verweigerte Exekutionsführung, dass der Weiterbetrieb der Website unter *www.unken.at* – nach Erlassung der einstweiligen Verfügung des LG Salzburg – deshalb nicht Gegenstand des Zwangsvollstreckungsverfahrens sein könnte, weil die Website keinen geänderten Inhalt hatte; es vielmehr eines aktiven Tuns der Verpflichteten bedarf, die von ihnen selbst gehostete Website „abzudrehen“. Dieses für einen juristischen Laien wohl merkwürdig anmutende Resultat ist für Domainrechtsprofis höchst unbefriedigend. Im konkreten Fall nämlich gerade deshalb, weil im zugrundeliegenden Titelverfahren der klägerische Unterlassungsanspruch auch auf unlauteres *Domain-Grabbing* nach § 1 UWG gestützt wurde, und das OLG Linz in seiner bestätigenden Rekursentscheidung²⁹⁾ dies als einzig tragende Begründung des Unterlassungsgebots im Sicherungsverfahren hervorhob. Es mag schließlich als juristischer Treppenwitz durchgehen, dass demgegenüber der OGH,³⁰⁾ im Sicherungsverfahren den Unterlassungstitel vollinhaltlich bestätigt hat, da dieser bereits aus § 43 ABGB folgt. Der 4. Senat führte wörtlich aus: „Auf die Frage, ob der Unterlassungsanspruch auch lauterkeitsrechtlich begründet werden könnte, kommt es nicht an.“ Offenbar eben doch – *quod erat demonstrandum*.

Ein beachtlicher Teil der Lehre³¹⁾ vertritt daher mit unterstützenswerten Argumenten durchaus die Ansicht, dass bereits mit einer titulierten Unterlassung ganz allgemein auch außerhalb der mit dem Wettbewerb vergleichbaren Rechtsgebiete die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen, maW ein aktives Tun, exekutiv durchsetzbar ist, um das Unterlassungsgebot tatsächlich zu gewährleisten.

Schließlich verfängt auch die vom 3. Senat zur Begründung herangezogene Behauptung nicht, die in der Entscheidung³²⁾ bewilligte Exekutionsführung hätte einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch zum Gegenstand. Vielmehr bestand der Exekutionstitel in einem gerichtlichen Vergleich, also in einem neuen, eigenständigen Verpflichtungsgrund.³³⁾ Das „Durchschimmern“ des damit erledigten Wettbewerbsprozesses vermag wohl ebenso wenig die Unterlassungsexekution iS einer Beseitigung nach § 15 UWG zu färben, wie es im gegenständlichen Fall das vom OLG Linz bejahte unlautere *Domain-Grabbing* vermocht hat.

Besonders misslich wirkt sich letztlich aus, dass gem § 54 Abs 3 EO ein Antrag auf Bewilligung der Unterlassungsexekution iS des § 355 EO nur dann zur Verbesserung zurückzustellen ist, wenn das Vorbringen zum Titelverstoß gänzlich fehlt. Im Fall der Unschlüssigkeit des Vorbringens oder der (rechtlichen) Unmöglichkeit ist der Antrag hingegen ohne Einleitung eines Verbesserungsverfahrens abzuweisen.³⁴⁾

Den *inforomics*-Entscheidungen ist leitsatzartig zu entnehmen:

- Es liegt bereits dann ein Verstoß gegen eine (titulierte) Unterlassungsverpflichtung vor, wenn eine Beseitigung notwendig ist, um dem Unterlassungsgebot zu genügen und der Verpflichtete einen auf der Website eingestellten Werbetext belässt.
- Bei vollstreckbaren Unterlassungstiteln gibt es keinen Zeitraum, in dem die verpflichtete Partei sanktionslos dem Titel zuwiderhandeln könnte. Der Exekutionsbewilligungsantrag stellt bereits einen Strafantrag (nach § 355 EO) dar, mit dem eine Vollzugsstufe beginnt.
- Das Exekutionsgericht hat daher aufgrund weiterer Strafanträge für (tägliches) Zuwiderhandeln nach

27) Bertold Brecht, *Der gute Mensch von Sezuan* (1943).

28) StRsp OGH 06.12.1977, 3 Ob 118/77, ÖBI 1978, 75.

29) Beschluss vom 01.02.2013, 4 R 12/13g in der Rs *unken.at I*.

30) 19.03.2013, 4 Ob 45/13s – *unken.at I*, *jusIT* 2013/43, 89 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2013/56 = wbl 2013/129, 356 (*Thiele*) = ZIR 2013, 194.

31) *Rechberger*, Entscheidungsanmerkung, MR 2003, 82; *Klicka*, Zum Umfang der Unterlassungsexekution nach § 355 EO, wbl 2003, 260; *Korn*, Entscheidungsanmerkung, MR 2005, 95, 98 f; *Lepeska*, Der negatorische Beseitigungsanspruch im System des privatrechtlichen Eigentumsschutzes (2000), 39 ff; *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 235 ff, 449 ff; *dieselbe*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2011/87, 180, 182 f; *dieselbe* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 43 Rz 81.

32) OGH 22.02.2012, 3 Ob 8/12s – *inforomics.at II*, nv.

33) Neuerungsvertrag mit eigener Rechtsnatur; vgl *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO³ (2006) §§ 204-206 Rz 4 mwN.

34) OGH 21.08.2013, 3 Ob 152/13v, Zak 2013/669, 363.

Einbringen des Antrags auf Exekutionsbewilligung, aber vor Bewilligung der Exekution, Beugestrafen zu verhängen.³⁵⁾

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, wäre die Unterlassungsexekution zu bewilligen gewesen.³⁶⁾ Schließlich steht die angefochtene Entscheidung mit dem Beschluss des LG für ZRS Graz³⁷⁾ im Widerspruch, wonach ein gerichtliches Unterlassungsgebot für Domains nach § 355 EO im Wege von Beugestrafen durchzusetzen ist und die Exekutionsführung auch das Belassen einer Domain in ihrer bisherigen Verwendung erfasst.

Abschließend bleibt noch eine vom Höchstgericht offen gelassene Frage zu beantworten: Was hätte die Klägerin im Titelverfahren noch begehren müssen, um den offensichtlichen Sinn des Domainverwendungsverbots im WWW letztlich in die Rechtsrealität umsetzen? Einem Lösungsbegehren geben die Gerichte im Provisorialverfahren nämlich nicht statt.³⁸⁾ Nach Auffassung des 3. Senats hätte die Gemeinde eben im Titel auch die Stilllegung iS einer technischen Deaktivierung der Domain zur Adressierung einer Website iS eines „Beseitigungsbegehrens“ verlangen müssen. Die Vollstreckung eines solchen Beseitigungsbegehrens hätte dann wegen der Unvertretbarkeit einer derartigen Handlung nach § 354 EO zu erfolgen gehabt.

Im anhängigen Hauptverfahren haben sich die beklagten Parteien mittlerweile durch Teilerkenntnis verpflichtet, es zu unterlassen, den Namen „Unken“ zur Kennzeichnung einer Internet-Website zu verwenden oder jemand anderem die Verwendung des Namens „Unken“ zur Kennzeichnung einer Internet-Website einzuräumen. Bei Aufruf der Adresse <http://www.unken.at> mittels Internet-Browser erscheint auf weißem Hintergrund der Hinweis „Diese Seite ist nicht erreichbar“. Mit dieser paradoxen Ankündigung wird mE weder dem Unterlassungstitel noch einer im konkreten bestehenden Beseitigungsverpflichtung entsprochen. Das Adressieren einer Website durch eine eigene Domain ist ein Vorgang und kein Zustand. Permanent aktives Tun zu unterlassen, genügt daher vollkommen, um den verbotenen Content zu beseitigen.

4.4. Nach Ansicht des für Exekutionssachen zuständigen Fachsenats des OGH gilt für Unterlassungsgebote, die nicht mit dem Wettbewerb oder vergleichbaren Rechtsgebieten im Zusammenhang stehen, ganz allgemein, dass mit ihnen nicht auch schon die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen durch den Verpflichteten titulierte ist. Diese Ansicht lehnt die Lehre einhellig ab. In der Praxis führt die Rsp zu erheblichen Rechtsdurchsetzungsdefiziten, wenn der Kläger im Titelverfahren – aus welchem Grund auch immer – verabsäumt hat, eine (konkrete) Beseitigungsmaßnahme zu begehren.

5. *schladming.com II*³⁹⁾ – Kein Übertragungsanspruch für „.com“-Domains

5.1. Bereits im zweiten Rechtsgang beschäftigt der Streit um die Domain „schladming.com“ das Höchstgericht.

Der beklagte Tourismusvermarkter war Inhaber der Domain „schladming.com“, unter der er touristische Informationen veröffentlichte. Die mit der Second-Level-Domain gleichnamige Stadtgemeinde aus der Obersteiermark beehrte im ersten Rechtsgang, der ebenfalls bis zum Höchstgericht führte,⁴⁰⁾ die Unterlassung der Verwendung der Domain, die Einwilligung in die Löschung sowie deren Übertragung an sie. Nach dem nunmehr aufgrund eines Sachverständigengutachtens ergänzten Sachverhalt bestand bei mehr als einem Drittel der touristisch interessierten Nutzer die Vorstellung, dass die strittige Domain der Klägerin zuzuordnen wäre. Dies begründete eine Zuordnungsverwirrung, weshalb die Ansprüche auf Unterlassung sowie Einwilligung in die Löschung wegen Verletzung des Namensrechts der klagenden Gemeinde berechtigt waren. Ein Übertragungsanspruch wurde von den Unterinstanzen (aus rechtlichen Gründen) abgelehnt. Dagegen erhob die Klägerin ordentliche Revision.

Der OGH hatte sich daher mit der Frage zu befassen, ob bei Verletzung des Namensrechts ein Herausgabeanspruch, dh ein Anspruch auf Übertragung der strittigen Domain, besteht oder nicht.

5.2. Der 4. Senat bestätigte die Abweisung des Übertragungsanspruchs mangels Anspruchsgrundlage. Auch bereicherungsrechtliche Ansprüche bestünden nicht. Die strittige Domain wäre nämlich kein der Klägerin ausschließlich zugewiesenes Rechtsgut, weil es auch Dritte (etwa namensgleiche Personen) geben könnte, die – ebenso wie die Klägerin – berechtigte Ansprüche auf die Domain geltend machen könnten. In einem solchen Fall wäre es nicht sachgerecht, der Klägerin allein aufgrund ihrer früheren Klagsführung einen Vorteil (nämlich den Besitz der Domain) zu gewähren und sie damit besser zu stellen, als sie ohne die Verletzungshandlung stünde.

5.3. *Wer ist Herr oder Frau Schladming?* Angeichts des vorliegenden Urteils drängt sich diese für manche provokante Frage auf. Der OGH hält es demgegenüber für keinesfalls absurd, dass es mehrere Prätendenten geben könnte, die als Träger des Namens „Schladming“ bessere (weil wohl ältere) Rechte daran haben könnten als die Obersteirische Ski-WM-Stadt. Nach ausführlicher Darstellung der österr Lit sowie deutschen

35) Vgl auch OGH 19.06.2013, 3 Ob 104/13k, Zak 2013/551, 302.

36) Ebenso mit ausführlicher dogmatischer Kritik Woller, Das Verhältnis zwischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch bei Domains, *ecolex* 2014, 112, 113 mwN.

37) 25.02.2013, 4 R 333/11m – *taurusrubens.com II*, *jusIT* 2013/30, 56 (Thiele).

38) OGH 13.09.1999, 4 Ob 180/99w – *format.at*, *ecolex* 2000/53, 132 (Schanda) = ÖBl 2000, 72, 73; 13.09.2000, 4 Ob 166/00s – *fpo.at I*, MR 2000, 328 (Pilz) = *ecolex* 2001/54, 128 (Schanda) = ÖBl 2001, 30 (Schramböck) = wbl 2001/69, 91 (Thiele); 08.07.2003, 4 Ob 153/03h – *krone.co.at*, MR 2004, 70.

39) OGH 22.10.2013, 4 Ob 59/13z – *schladming.com II*, *ecolex* 2014/65, 162 (Horak) = *jusIT* 2014/4, 17 (Thiele) = ÖBl 2014/6, 22 (Donath) = wbl 2014/18, 54 = ZIR 2014, 71 (Grafl/Fradinger).

40) Vgl OGH 18.1.2011, 17 Ob 16/10t – *schladming.com I*, *ecolex* 2011/287 S 731 (Schumacher) = *jusIT* 2011/22, 47 (Thiele) = wbl 2011/103, 276 (Thiele) = *lex:itec* 2011 H 2-3, 20 = ÖBl 2011/28,

Rsp und Lehre prüft der OGH in seinen Entscheidungsgründen mögliche Rechtsgrundlagen für einen Übertragungsanspruch, lehnt deren Anwendbarkeit aber allesamt ab. Allein das Hauptargument gegen eine unmittelbare Anwendung des § 1041 ABGB trägt nicht. Soviel sei vorweggenommen: § 1041 ABGB verlangt entgegen der vom OGH zitierten Kommentarstelle⁴¹⁾ keine ausschließliche Zuweisung des Rechtsguts zum Entreichernden. Wörtlich hat die Rsp⁴²⁾ dazu bereits ausgeführt: „Als Eigentümer im Sinne des § 1041 ABGB ist vielmehr jeder anzusehen, dem ein Rechtsgut zugeordnet ist. Eine solche Zuweisung bewirken aber nicht nur absolute Rechte, sondern auch Forderungsrechte gegen bestimmte Personen. Es genügt, wenn die Rechtsordnung eine Vermögensposition in bestimmter Richtung schützt.“ Im Übrigen bleibt – selbst wenn man der Ansicht des 4. Senats folgen wollte, eine Herausgabe unmittelbar nach § 1041 ABGB abzulehnen – eine analoge Anwendung der Vorschrift nach stRsp⁴³⁾ zulässig. Die eigenartig zurückhaltende Rechtsauffassung des OGH bedarf einer genaueren Prüfung, zumal für den Übertragungsanspruch zumindest bei „at-Domains“ das letzte Richterwort noch nicht gesprochen sein dürfte.

Ein Blick auf andere TLDs offenbart, dass zB die unmittelbar anwendbare EU-VO 874/2004⁴⁴⁾ durchaus die Möglichkeit einer Domainübertragung vorsieht. Nach Art 20 leg cit kann die Registry, dh die Domainvergabestelle (EURid), aufgrund der Entscheidung einer außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle den Widerruf eines Domänennamens und „gegebenenfalls dessen anschließende Übertragung“ vornehmen. Nach Art 22 Abs 11 leg cit wird auf Antrag des Beschwerdeführers im Fall spekulativer oder missbräuchlicher Registrierung⁴⁵⁾ der Domänenname übertragen.

Für „de-Domains“ lehnt die dt Rsp⁴⁶⁾ und wohl hL⁴⁷⁾ einen Übertragungsanspruch ab und argumentiert mit dem geringeren praktischen Bedürfnis aufgrund des durch die deutsche Domainvergabestelle eingerichteten sog „Dispute-Antrags“, der ein rangwahrendes Nachrücken des im Gerichtsstreit siegreichen Klägers garantiert. Folgerichtig erachtet der 4. Senat ausdrücklich das praktische Bedürfnis an einem Übertragungsanspruch für „at-Domains“ als größer, „weil der Wartestatus der nic.at [...] nicht bewirke, dass der Inhaber des Wartestatus bei Löschung der Registrierung neuer Domaininhaber“ wird.⁴⁸⁾

Bemerkenswerterweise hat bereits die deutsche Instanz-Rsp⁴⁹⁾ im Streit um eine „eu“-Domain festgehalten: „Für solche gibt es nach unbestrittenem Vortrag der Beklagten keinen Dispute-Eintrag, mit dem sie ihre Rechte rangwahrend sichern könnte. Vielmehr besteht in Ermangelung dieser Möglichkeit die Gefahr, dass ein weiterer Nichtberechtigter die Domain auf seinen Namen registrieren lässt und die Beklagte gegen diesen wiederum vorgehen müsste. Hinzu kommt, dass Art 22 Abs 11 der Verordnung (EG) 874/2004 für das ADR-Schiedsverfahren gerade die Möglichkeit einer Übertragung der Domain auf den Berechtigten vorsieht. Nach Art 22 Abs 13 der Verordnung (EG) 874/2004 kann gegen die Entscheidung des Schiedsgerichts bei einem nationalen Gericht Klage

erhoben werden. Wird eine solche Klage erhoben und hat das Schiedsgericht, wie im vorliegenden Fall, auf Übertragung der Domain entschieden, muss auch im gerichtlichen Verfahren über eine Übertragung der Domain entschieden werden können.“

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Übertragungsanspruch sowohl bei .eu-Domains, als auch bei .at-Domains zu gewähren ist. Zum einen, weil es bei den europäischen Domains eine ausdrückliche, unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlage dafür gibt; zum Anderen, weil für .at-Domains das praktische Bedürfnis⁵⁰⁾ dafür besteht und aufgrund konventionskonformer Auslegung⁵¹⁾ eine analoge Anwendung der Unionsregeln geboten ist. Um die Rechte des Namensträgers effektiv zu schützen, muss in diesem Fall ein Übertragungsanspruch auch gerichtlich einklagbar sein. Die Vergabepaxis in Österreich sichert eine „at“-Domainübertragung keineswegs. Entgegen den Befürchtungen wirkt der richterliche Zuspruch relativ und nicht absolut, sodass Folgeprozesse nicht ausgeschlossen sind. Der Übertragungsanspruch reicht nicht weiter als die Domainlöschung. Dort, wo eine Löschung gerechtfertigt ist, ist es auch die Übertragung der Domain, dh zumindest beim *Domain-Grabbing* und bei der Namensverletzung.⁵²⁾

Möchte die österreichische Domain-Rsp eine markante Diskrepanz zur eigenen Linie vermeiden, dass im Kennzeichenstreit die Top Level Domain regelmäßig außer Betracht zu bleiben hat,⁵³⁾ wird sie gleichfalls nicht umhinkommen, den Domainübertragungsanspruch (zumindest in Löschungsfällen) über den unmittelbar gere-

41) Lurger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1041 Rz 1.

42) OGH 22.03.1994, 4 Ob 166/93 – Wienerwald II, ecolex 1994, 552 = wbl 1994, 314 = MR 1994, 120 = RdW 1994, 279 = ÖBl 1994, 232.

43) OGH 17.07.1953, 3 Ob 411/53, SZ 26/195.

44) Abl L 164/40 vom 30.04.2004; dazu Grötschl, Zur Bösgläubigkeit bei der Anmeldung von .eu-Domains, MR-Int 2010, 126; Thiele, Abgereift – Europäisches Domainrecht unter „dot eu“. Österreichische und europäische Domainjudikatur des Jahres 2010, MR 2011, 103 jeweils mwN.

45) Dazu bereits EuGH 03.06.2010, C-569/08 – reifen.eu, jusIT 2010/39, 93 (Thiele) = RdW 2010/442, 402 = wbl 2010/129, 342 (Thiele) = ÖBl-LS 2010/202 = MR-Int 2010, 133, 126 (Grötschl); 19.07.2012, C-376/11 – lensworld.eu, RdW 2012/503, 475 = wbl 2012/210, 565 (Thiele) = jusIT 2012/79, 168 (Thiele).

46) BGH 22.11.2001, I ZR 138/99 – shell.de, MR 2001, 402; krit dazu Thiele, Shell gegen Shell – eine neue Dimension des Domainrechts? MR 2002, 198 unter Offenlegung der Unterschiede zwischen der deutschen und österreichischen Domainvergabepaxis.

47) Vgl Schulte-Beckhausen in Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht⁴ (2010) § 63 Rn 25.

48) Unter Zitierung von G. Korn, Entscheidungsanmerkung, MR 2006, 215.

49) LG Stuttgart 26.09.2013, 17 O 1069/12 (rk), abrufbar unter http://www.pfitzer-law.de/pfitzer/fileadmin/PDF/Urteil/LG_Stuttgart_17_O_1069_12.pdf (27.03.2014).

50) Nach wie vor Horak, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2014, 162, 163.

51) EGMR 18.09.2007, 25379/04, ua – adacta.de, ecolex 2008, 281 = MR-Int 2008, 33 (Thiele/Wittmann) = jusIT 2008/38, 90 (Thiele).

52) Thiele in Kucsko/Schumacher, markenschutz² (2013) § 12 Rz 239.

53) Jüngst OGH 17.12.2013, 4 Ob 69/13w – mobile-marketing.at, jusIT 2014/26 mwN.

gelten Bereich der „eu“-Domains für sämtliche TLDs zu gewähren. Die österreichische Privatrechtsordnung bietet dafür eine Reihe von unmittelbar oder zumindest analog heranzuziehenden Anspruchsgrundlagen.⁵⁴⁾

6. *mobile-marketing.at*⁵⁵⁾ – Fehlende Unterscheidungskraft; keine Firmennamensverletzung; kein Unternehmenskennzeichen

6.1. Die Klägerin, eine im Februar 2008 als österreichische Zweigniederlassung eines in England ansässigen Unternehmens protokollierte Ltd., war als Werbeagentur und Werbungsmittlerin tätig. Sie betrieb das sog. „*Mobile Marketing*“, dh Marketingmaßnahmen unter Verwendung drahtloser Telekommunikation und mobiler Endgeräte mit dem Zweck, Konsumenten möglichst direkt zu erreichen, was hauptsächlich durch Versenden von SMS-Nachrichten geschah. Der Werbeform *Mobile Marketing* wurden im Oktober 2009 Wachstumsraten von ca 7,7 % zugeschrieben. Die Klägerin und ihr Geschäftsführer sind auch als Mitglieder des österreichischen Vereins „*Mobile Marketing Association Austria*“ tätig. Seit 2008 verwendeten sie auch im Verkehr mit ihren Kunden die Domain „mobilemarketing.at“. Am 3. April 2009 meldete die Klägerin beim Österreichischen Patentamt die Wortmarke „MOBILEMARKETING.AT“ an. Eine Registrierung wurde in der Folge jedoch rechtskräftig abgelehnt.

Die Beklagten erbrachten als Telekommunikationsunternehmen ua ebenfalls Dienstleistungen im Bereich des *Mobile Marketing*. Die Zweitbeklagte war seit 2004 in diesem Bereich tätig; anfänglich wurden nur eigene Produkte und Leistungen gegenüber ihren Kunden beworben; seit Mai 2005 wurde diese Werbeform auch für andere Interessenten („Drittkunden“) eingesetzt. Die Beklagten betrieben seit 2. April 2009 unter der Internetadresse <http://www.mobile-marketing.at> eine Vermarktungsplattform für Mobile-Marketing-Kampagnen. Im Laufe des Prozesses wurde die Zweitbeklagte als übertragende Gesellschaft mit der Erstbeklagten als übernehmende Gesellschaft verschmolzen und im Firmenbuch gelöscht. Damit trat insoweit Gesamtrechtsnachfolge ein; nur mehr die Erstbeklagte war daher Partei des Verfahrens.

Die Klägerin begehrte die Unterlassung der Domainverwendung „mobile-marketing.at“ samt Urteilsveröffentlichung und stützte sich auf §§ 1, 2 und 9 UWG sowie § 43 ABGB. Die in vielen Jahren und mit großem Einsatz aufgebaute Bezeichnung, die auch Teil ihres Firmenwortlauts wäre, wäre unterscheidungskräftig und würde in den beteiligten Verkehrskreisen Verkehrsgeltung iS hoher Bekanntheit genießen. Zwischen der Domain der Beklagten und der von ihr verwendeten Bezeichnung bestünde Verwechslungsgefahr.

Die Beklagten wendeten ein, dem Zeichen „MobileMarketing.at“ fehlte es an Unterscheidungskraft; selbst die Klägerin würde „Mobile Marketing“ lediglich in beschreibender Weise für ihre Dienstleistungen gebrauchen.

Das Erstgericht traf – nach Einholung einer IMAS-Umfrage – ergänzend die Feststellungen, dass 40 % der Betriebe und 77 % der Werbeagenturen, die jeweils telefonisch befragt worden waren, den Begriff „Mobile Marketing“ kannten. Nur 6 % der Betriebe und 8 % der Werbeagenturen verbanden mit „Mobile Marketing“ ein bestimmtes Unternehmen und keiner der Befragten stellte mit dem Begriff „Mobile Marketing“ einen Bezug zur Klägerin her. In seiner rechtlichen Beurteilung gelangte das HG Wien zu einer gänzlichen Klagsabweisung. Das Berufungsgericht bestätigte und beurteilte die Bezeichnung „Mobile Marketing“ als Gattungsbezeichnung und rein beschreibend. Aus der Länderdomain „.at“ wäre für die Beurteilung der Unterscheidungskraft nichts zu gewinnen. Die Top Level Domain sage nur etwas darüber aus, wo ein Unternehmen geographisch vorwiegend tätig wäre. Für die Annahme einer Verkehrsgeltung bestand kein Anhaltspunkt. Der IMAS-Umfrage wäre vielmehr zu entnehmen, dass das Zeichen der Klägerin in den beteiligten Verkehrskreisen unbekannt war. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche nach § 2 UWG müssten ebenfalls an der fehlenden Verkehrsbekanntheit des klägerischen Zeichens scheitern.

Nach Einbringen der außerordentlichen Revision wurde über das Vermögen der Klägerin das Insolvenzverfahren eröffnet, wodurch das Verfahren zunächst unterbrochen⁵⁶⁾ und nach Eintritt durch die Masseverwalterin fortgeführt wurde. Der OGH hatte sich demnach Ende des Jahres 2013 mit der inhaltlichen Frage zu befassen, ob die Klägerin aus ihrem seit 2008 auch als Domain registrierten Firmenschlagwort „mobilemarketing.at“ ebenfalls Anspruch auf die Domain „mobilemarketing.at“ erheben könnte.

6.2. Der 4. Senat wies die ao Revision zurück und bestätigte die Auffassung des Berufungsgerichts, die in eine Firma aufgenommene Top-Level-Domain „.at“ trüge als bloßer Hinweis auf den überwiegenden räumlichen Tätigkeitsbereich des damit bezeichneten Unternehmens nichts zur originären Unterscheidungskraft des strittigen Firmenschlagworts bei. Es wäre auch nicht zu beanstanden, dass das Erstgericht zur durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft (Verkehrsgeltung) ein Gutachten einholte, welches nur das Firmenschlagwort ohne Zufügung von „.at“ abgefragt hatte. Der darin ermittelte Kennzeichnungsgrad von deutlich unter 10 % wäre bei einem beschreibenden Zeichen für die Annahme von Verkehrsgeltung auch dann zu gering, wenn es nur auf das Verständnis jenes Teils der angesprochenen Kreise ankäme, die den strittigen Begriff als Gattungsbegriff kannten, und wenn die positiven Antworten ausschließlich diesem Teil zuzuordnen wären.

54) Hornsteiner, Domainverfahren – quo vadis? in Feiler/Raschhofer (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis – Praxis-schrift für Wolfgang Zankl (2009), 303, 306 ff.

55) OGH 17.12.2013, 4 Ob 69/13w – *mobile-marketing.at*, *iusIT* 2014/26 (Thiele).

56) OGH 18.06.2013, 4 Ob 69/13w: Rückstellung der Akten an das Erstgericht.

6.3. Wesentliche und erste Voraussetzung im Kennzeichenstreit – und dies gilt umso mehr in Domainkonflikten – ist die Unterscheidungskraft des angegriffenen Zeichens. Davon hängen nämlich nicht nur die Beurteilung des Schutzzumfangs und der Priorität, sondern auch die lauterkeitsrechtlichen Fragen des *Domain Grabbing* und des Imitationsmarketings ab.⁵⁷⁾ Die Unterscheidungskraft fehlt einem Kennzeichen nicht erst dann, wenn alle möglichen Bedeutungen ausschließlich beschreibend sind. Ein Zeichen, das mehrere mögliche Bedeutungen hat oder vom Verkehr mehrdeutig aufgefasst wird oder werden kann, ist nach der europäischen Markenrechtsprechung⁵⁸⁾ schon dann als beschreibend anzusehen, wenn es zumindest in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal der in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen bezeichnet. Dabei kommt es weder darauf an, ob der verwendete Begriff üblicherweise für die betreffenden Waren und Dienstleistungen gebraucht wird, noch ob die Bezeichnung grammatikalisch korrekt gebildet wurde oder ob es alternative oder häufiger verwendete Bezeichnungen für die betreffenden Waren und Dienstleistungen gibt.

Gerade bei geläufigen Wörtern aus Fremdsprachen (und hier insb dem Englischen, wie im vorliegenden Fall) erschließt sich der Zusammenhang mit der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung für die relevanten Verkehrskreise völlig zwanglos: „*Mobile Marketing*“ bezeichnet jede Art von kommunikativ geschäftlichen Aktivitäten, bei der die Anbieter Leistungen auf der Basis Mobilgeräte wie digitale Inhalte (Spiele, Songs, Videos usw), Informationen (News, Alerts, Produktinformationen) und/oder Transaktionen wie Shopping, Videostreaming, Zahlungen usw aufbauen und damit bei potenziellen Konsumenten Aufmerksamkeit erregen, was im Idealfall zu Verkaufsabschlüssen führt.⁵⁹⁾ Mangels hinreichender Unterscheidungskraft scheiden daher markenrechtliche Ansprüche iS des § 9 UWG aus; gleiches gilt für die über § 37 UGB iVm § 43 ABGB geltend gemachten Bestandteile einer Firma. Diese sind als Firmenschlagwort aufgrund ihrer Namensfunktion nach § 9 Abs 1 UWG nur dann geschützt, wenn sie Unterscheidungskraft besitzen.⁶⁰⁾

Mit Recht hat bereits das OLG Wien lauterkeitsrechtliche Ansprüche nach § 2 UWG verneint. Versagt nämlich der Kennzeichenschutz mangels (ausreichender) Unterscheidungskraft, kann das nicht durch Anwendung von § 2 Abs 3 Z 1 UWG unterlaufen werden.⁶¹⁾ Der ergänzende lauterkeitsrechtliche Schutz eines Unternehmenskennzeichens nach § 1 UWG kommt nur dann in Betracht, wenn es im Einzelfall zusätzliche Umstände gibt, die die Annäherung an ein fremdes Kennzeichen als unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen.⁶²⁾ Dafür bot aber der konkrete Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Bemerkenswert erscheint abschließend, dass die Beweislast für die klägerische Behauptung, das von ihr in Anspruch genommene Zeichen genieße Verkehrsgeltung, sie selbst und nicht die Beklagten trifft.⁶³⁾ Auf das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten durfte sich das Gericht angesichts der ausführlichen inhaltlichen Bestreitung durch die Beklagten zum Nachweis der Ver-

kehrsgeltung nicht stützen.⁶⁴⁾ Folgerichtig hat das Erstgericht eine IMAS-Telefonumfrage in Auftrag gegeben, um sich Klarheit zu verschaffen.⁶⁵⁾

7. Zusammenfassung

Der noch so klare materielle Anspruch findet seine Grenzen in der prozessualen Durchsetzung. Die Domainjudikatur des Jahres 2013 ist von wichtigen Weichenstellungen für die Rechtsansprüche bei Kennzeichenverletzungen durch Domains geprägt.

7.1. Zunächst macht sie deutlich, dass Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, und Veröffentlichung gegenüber einem Domaininhaber zu den insolvenzverfangenen Prozessen zählen, da das Bestehen oder Nichtbestehen eines Unterlassungsanspruchs gegenüber einer Domain die Wettbewerbsposition und damit den Wert des Unternehmens berührt. Demnach unterbricht die Konkurseröffnung über das Vermögen des Klägers das Domainrechtsverfahren und ist es nur nach Eintritt des Masseverwalters mit diesem fortzusetzen. Ähnliches gilt, wenn der beklagte Domaininhaber in Insolvenz verfällt. Ob eine Rechtsstreitigkeit unter die Prozesssperre nach § 6 Abs 1 IO fällt, entscheidet auch hier der vom Kläger geltend gemachte Anspruch; genügt das Klagsvorbringen für sich allein nicht, um diese Frage zu beantworten, hat das Erstgericht nicht sofort mit einer Zurückweisung der Klage vorzugehen, sondern von Amts wegen abzuklären, ob eine aus der Masse zu befriedigende Forderung geltend gemacht wird oder nicht.⁶⁶⁾ Zu beachten ist allerdings, dass einem Unterlassungsbegehren nur stattgegeben werden kann, wenn die Wiederholungsgefahr noch im Zeitpunkt des Verhandlungsschlusses weiter besteht; bei kridamäßiger Veräußerung oder Schließung des Unternehmens fällt die Wiederholungsgefahr weg,

57) Vgl dazu Thiele in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² (2013) § 12 Rz 80, 112, 121, 131, 140 aE.

58) EuGH 12.07.2012, C-311/11 – *Wir machen das Besondere einfach*, ecolex 2012/413, 996 (Woller).

59) Vgl Steimel/Paulke/Klemann, Praxisleitfaden Mobile Marketing: Status Quo, Erfolgsfaktoren, Strategien & Trends, Marketing (2008) 5 ff.

60) Deutlich OGH 20.05.2008, 17 Ob 10/08g – *Pecunia*, ÖBl-LS 2008/166; Thiele in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 12 Rz 121 jeweils mwN.

61) OGH 22.11.2011, 17 Ob 28/11h – *gameware*, ÖBl-LS 2012/15; vgl auch OGH 16.02.2011, 17 Ob 14/10y – *relaxx.at*, jusIT 2011/60, 129 (Thiele).

62) OGH 20.12.2011, 17 Ob 22/11a – *wetter.tv*, jusIT 2012/25, 59.

63) OGH 26.08.2008, 17 Ob 13/08y – *Spielefest*, EvBl 2009/24 = ecolex 2009/91, 248 (Schumacher) = ÖBl-LS 2009/184/185/186 (Schachter).

64) OGH 12.04.2011, 17 Ob 21/10b – *Slims Eva*, Sach 2011, 148 (Krammer) = SZ 2011/49.

65) Vgl OGH 19.09.2011, 17 Ob 15/11x – *wagrain.at*, jusIT 2011/102, 218 (Thiele); abschwächend OGH 12.06.2012, 17 Ob 27/11m – *run.cool.eu*, ecolex 2012/412, 995 (Schumacher) = ÖBl 2013/17, 67 (Grünzweig/Mildner); dazu Thiele, Alles läuft – *run.cool.eu* – die österreichische Domainjudikatur 2012, MR 2013, 96, 99.

66) OGH 29.11.2013, 8 Ob 111/13a, nv.

sofern keine Indizien für eine Wiederaufnahme des Betriebs bestehen.⁶⁷⁾

7.2. Die Europäische Rsp hat dankenswerterweise klar gestellt, dass das Registrierthalten einer Domain kein Zustand, sondern ein Vorgang ist, der lediglich dann unter Irreführungsgesichtspunkten Relevanz besitzt, wenn zur Domain noch Content,⁶⁸⁾ dh ein eigener oder fremder Websiteinhalt hinzukommt.

7.3. In Streitigkeiten um Namensdomains, dh Domains, die einen Namen(sbestandteil) enthalten oder namensmäßig anmuten, hat die Zwangsvollstreckung eines vom 4. Senat gebilligten Unterlassungstitels einen wunden Punkt der sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von „bloß“ allgemein zivilrechtlichen Unterlassungen zu solchen, die im Gewerblichen Rechtsschutz oder Urheberrecht gründen, aufgezeigt. Dieser Wertungswiderspruch in der Exekution sollte in der Einheit der Rechtsordnung so rasch als möglich korrigiert werden.

7.4. Darüber hinaus ist der von der Rsp für Domains unterhalb der TLD „.com“ abgelehnte Übertragungsanspruch nach der hier vertretenen Auffassung für Domains in der TLD „.eu“, aber auch für „.at“-Domains zu gewähren, da die unionsrechtskonforme Auslegung, in Fällen eines Domainlöschungsanspruchs auch eine Übertragung zu gewähren, verfassungsrechtlich geboten erscheint.

7.5. Schließlich haben sich die Gerichte neuerlich mit der „Kardinalfrage des Kennzeichenstreits“, nämlich nach der *Unterscheidungskraft* der kollidierenden Zeichen (Marken, Domains) beschäftigt. Als unverzichtbare Voraussetzung stellt sie nämlich Dreh- und Angelpunkt jedes Domainrechtsschutzes dar.

Resümierend bleibt festzuhalten, dass die österreichische Domainjudikatur auch im 17. Jahr ihrer Geschichte durchaus überraschen konnte. Die bislang zumindest doch sehr zielstrebige Durchsetzung von Unterlassungs- und Übertragungsansprüchen hat einen Rückschlag erlitten. Aber wie schon so oft im Domainrecht ist es „*allein die Rechtsprechung, die dieses Rechtsgebiet – von der Lehre kritisch begleitet – gestaltet.*“⁶⁹⁾ – Künftige Kurskorrekturen inbegriffen.

67) OGH 14.3.2005, 4 Ob 281/04h – *immomaxx*, JUS Z/4033 = ÖBL-LS 2005/132/133 = ÖBl 2005/39, 176 (*Gamerith*) = RZ 2005, 199 = ZIK 2006/70, 61

68) Zur Unterscheidung bereits OGH 24.01.2006, 4 Ob 226/05x – *Nacht der 1000 Rosen*, EvBl 2006/75 = RdW 2006/266, 282 = MR 2006, 148 = RZ 2006, 155 = *ecolx* 2006/369, 849 = SZ 2006/2 = HS 37.298 = HS 37.296 = HS 37.325 = HS 37.295 = HS 37.324.

69) *Griss*, Aktuelle Rechtsprechung des OGH zu Domains und zu Keyword-Advertising, in *Bergauer/Staudegger*, Recht und IT (2009) 173, 174.