

# Neues zu Ortsnamendomains: The Good, the Bad and the Ugly

Zugleich eine Anmerkung zu OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 75/15f (unken.at III)

» jusIT 2015/90

📌 Namensrecht, Verletzung des; Internetdomain, kein Übertragungsanspruch; Domain-Grabbing als Rechtsfrage; Verwirkung von Namensrechten; Analogiefähigkeit; Domainlöschung; Kennzeichenkraft

§ § 43, 335, 1041 ABGB; § 58 MSchG; § 9 Abs 5 UWG; Art 20 Abs 11 EU VO 874/2004

Der Sommer des Jahres 2015 war sehr lang und sehr heiß. Für das Recht der Namensdomains hat der 4. Senat im August zwei heiße Themen entschieden: Zum einen den gerichtlichen Übertragungsanspruch, zum anderen die Verwirkung von Namensrechten. Damit der aufmerksame Rechtsanwender weiß, was die Rsp<sup>1</sup> letzten Sommer getan hat, setzt ihn dieser Beitrag – wertend<sup>2</sup> – ins Bild.

## 1. Ausgangsfall

Der Ortsname „Unken“ hat schon im Provisorialverfahren die Gerichte beschäftigt.<sup>3</sup> Die klagende Gemeinde Unken und die Be-

klagten streiten über die Frage, ob die Beklagten zur Nutzung des – urkundlich erstmals 1128 erwähnten – Namens der Klägerin als Internet-Domain berechtigt sind („unken.at“). Die erstbeklagte Gesellschaft bietet Internetdienstleistungen an, der Zweitbeklagte ist ihr Geschäftsführer. Er hatte die strittige Domain im Jahr 2000 von einem Dritten für die Erstbeklagte erworben. Dies stellte die Klägerin 2002 fest, als sie versuchte, die Domain für sich selbst registrieren zu lassen. Es wurde eine einfache Homepage mit einer Postkartenansicht von Unken samt Verlinkung auf die Gemeindeforumseite eingerichtet. Eine formelle Zustimmung zur Nutzung ihres Namens erteilte die Gemeinde nicht. In den Folgejahren, ca ab 2009, gestaltete die Erstbeklagte die Website um, löschte die Verlinkung und leitete Internetnutzer automatisch auf eine unter „lofer.at“ betriebene Website der Nachbargemeinde weiter. Sie richtete auch Subdomains (nach dem Muster „name.unken.at“) und E-Mail-Postfächer (nach dem Muster „name@unken.at“) ein und stellte diese ihren Kunden zur Verfügung. Im Jahr 2012 forderte der Bürgermeister der Klägerin von den Beklagten die Herausgabe der Domain. Diese stimmten

1 OGH 11. 8. 2015, 4 Ob 75/15f (unken.at III) = jusIT 2015/71 (LS) = Zak 2015/610 = ZIIR 2015, 429 (krit Thiele).

2 Der Verfasser war als KV am Verfahren beteiligt.

3 OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 45/13s (unken.at I) = jusIT 2013/43, 89 (Thiele) = wbl 2013/129, 356 (Thiele).

nicht zu, boten aber der Klägerin die Gestaltung einer darunter aufrufbaren Website an, wofür die Klägerin einmalig € 4.000 bis € 6.000 sowie monatlich € 2.000 zahlen sollte. Die Gemeindevertretung lehnte das ab und klagte.

Die ersten beiden Instanzen, das LG Salzburg und das OLG Linz, gaben der Unterlassungs- und Herausgabeklage statt. Zur Frage, ob und ggf welchen Organen der Gemeinde die Nutzung der Domain für E-Mail-Adressen und Subdomains bekannt war, trafen die Instanzgerichte weder Positiv- noch Negativfeststellungen.

Der OGH ließ das außerordentliche Rechtsmittel der Beklagten zu und hielt im nunmehrigen Hauptverfahren zunächst an seiner Rsp fest, nach der dem Namensträger bei Verletzung seines Rechts durch eine fremde Internet-Domain kein Anspruch auf Übertragung dieser Domain zustehen kann. Die Begründung lautet: „Es wäre nicht sachgerecht, der Klägerin bloß wegen ihrer früheren Klagsführung einen Vorteil zu gewähren“.<sup>4</sup> Ferner gelangte der OGH in dieser Rechtssache zur – für Österreich völlig neuen – Auffassung, dass die in § 58 MSchG vorgesehene Verwirkung markenrechtlicher Ansprüche durch längere Duldung von Eingriffen bei Ansprüchen von Unternehmern und Gebietskörperschaften, die auf das Namensrecht nach § 43 ABGB gestützt werden, analog anzuwenden ist. Ob namensrechtliche Ansprüche natürlicher Personen, die sich nicht im geschäftlichen Verkehr betätigen, anders zu behandeln wären, blieb offen. Nunmehr ist in einem weiteren Rechtsgang zu klären, ob die Voraussetzungen der Verwirkung im konkreten Fall erfüllt sind.

## 2. The Good

Der Ausgangsfall klärt zunächst wesentliche Fragen des Domainnamensrechts, die von den Gerichten seit der ersten dazu ergangenen Entscheidung im Jahr 1998<sup>5</sup> zu beantworten sind:

- Ortsnamen besitzen idR Unterscheidungskraft iSd § 43 ABGB; dies zumeist aus historischen Gründen. Eine Zuordnungsverwirrung tritt daher auch bei der Verwendung des Gemeindenamens in der Form unterhalb einer Top-Level-Domain ein (hier: unken.at). Als Worte der Alltagssprache sind „Unke“ und „unken“ nicht so gebräuchlich, dass sie bei einer .at-Domain die Zuordnung zur Gemeinde ausschließen.<sup>6</sup>
- Die genehmigte Nutzung einer Ortsnamensdomain erfordert nach § 867 ABGB die formale Zustimmung des nach der jeweiligen Gemeindeordnung zuständigen Vertretungsorgans gemäß den internen Organisationsvorschriften für die Wirkung aktiver Vertretungshandlungen.<sup>7</sup> Dem Domaininhaber ist zu-

zumuten, die Zustimmung des Namensträgers zur Nutzung des Namens einzuholen.<sup>8</sup>

- Wird ein Ortsname 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 vom Inhalt der allfällig zugehörigen Website eine Namensverletzung ein. Diese ist durch eine sog gerichtlich angeordnete Domainlöschung zu beseitigen.
- Einen Anspruch auf Domainübertragung gewährt das Gesetz lediglich für „eu“-Domains aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in Art 20 Abs 11 VO (EU) 2004/874.<sup>9</sup>
- Namensrechtliche Ansprüche auf Unterlassung und Domainlöschung können auch gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH erfolgreich geltend gemacht werden. Dieser ist aufgrund seiner Organstellung jedenfalls passiv legitimiert und besteht eine persönliche Haftung.<sup>10</sup>
- Das Rechtsinstitut des Domain-Grabbing beinhaltet auch nach dem UWG 2007 subjektive Elemente. Anders wäre es nicht zu erklären, dass der OGH<sup>11</sup> zwar den objektiven Tatbestand der Domain-Vermarktung bzw der Domain-Blockade durch die Beklagten grundsätzlich bejaht, allerdings die Schädigungsabsicht, aus der sich erst die Unlauterkeit iSd § 1 Abs 1 Z 1 UWG für einen Unterlassungsanspruch ergibt, verneint.

So weit, so gut.

## 3. The Bad

Die vorliegende Absage an den Domainübertragungsanspruch hat für die österreichische Domainpraxis weitreichende, konfliktbefeuernde Auswirkungen. Während in Deutschland der siegreiche Kläger eines bei der DENIC (für „.de“-Domains) beantragten sog „Dispute-Eintrags“ automatisch neuer Inhaber der zu löschenden Domain wird, besteht in Österreich eine solche Möglichkeit nicht. Mangels gerichtlicher Übertragung kann der Streit gegen einen schnelleren, neuen Domaininhaber wieder von vorn beginnen. Der Rechtsfrieden bleibt auf der Strecke. Der vom 4. Senat gewählte Ansatz, einen nicht am Streit beteiligten Dritten zu schützen (wovor?), bringt nicht weiter<sup>12</sup> und erscheint systemfremd. Eine wichtige Ausprägung der rechtskonformen Auslegung ist außerdem der Grundsatz, dass staatliche Vorschriften zu interpretieren sind. Einer unionsrechtskonformen Interpretation hält der vom 4. Senat vorgenommene Analogieausschluss nicht stand, wird doch der nahezu exakt gleiche Sachverhalt einmal detailliert geregelt für „.eu“-Domains, das andere Mal gar

4 Siehe auch OGH 22. 10. 2013, 4 Ob 59/13z (schladming.com II) = ecolex 2014/65, 162 (Horak) = jusIT 2014/4, 17 (krit Thiele) = ÖBl 2014/6, 22 (Donath) = ZIR 2014, 71 (Graf/Fradinger) zu einer .com-Domain.

5 OGH 24. 2. 1998, 4 Ob 36/98t (jusline.com I) = ecolex 1998, 565 (Schanda) = MR 1998, 106 (Haller); die erste höchstgerichtliche Entscheidung zu Ortsnamendomsains folgte im Jahr 2001: OGH 14. 5. 2001, 4 Ob 106/01v (adnet.at I) = MR 2001, 408 = ÖBl 2002/34, 164; dazu *Fallenböck/Kaufmann/Lausegger*, Ortsnamen und geografische Bezeichnungen als Internet-Domain-Namen, ÖBl 2002, 164.

6 Punkt 4.2. des Urteils.

7 Punkt 3.2. (b) des Urteils.

8 OGH 24. 3. 2009, 17 Ob 44/08g (justizwache.at) = RFG 2009/34, 152 (Thiele) = jusIT 2009/40, 90 (Thiele) = ÖBl 2009/43, 229 (Gamerith).

9 VO (EG) 874/2004 der Kommission vom 28. April 2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe „.eu“ und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABl L 2004/162, 40.

10 Punkt 4.2. des Urteils.

11 Punkt 1.2. des Urteils.

12 Statt vieler *Klotz*, Domainrecht. Kennzeichenrechtliche Probleme (2015) 157 ff, unter ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes.

nicht (für „.at“-Domains). Es liegt zwar keine semantische, aber immerhin eine technische Lücke vor.<sup>13</sup> Die Zurückhaltung des Höchstgerichtes überzeugt nicht.

Das vorliegende Teilurteil offenbart (einmal mehr): Domain-Grabbing ist im Regelfall als Rechtsfrage zu beurteilen, die nur ausnahmsweise aufgrund entsprechender Tatsachenfeststellungen gelöst werden kann. Das Festhalten an den subjektiven Erfordernissen berücksichtigt im konkreten Fall das spekulative Element des Domainerwerbs durch die Beklagten mE nicht ausreichend. Die vom Höchstgericht ins Treffen geführte „durchaus schwankende Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Ortsnamendomains“<sup>14</sup> greift als Entschuldigung dafür, den Beklagten auch kein sonst in irgendeiner Weise unlauteres Verhalten vorzuwerfen, wohl zu kurz. Das Vermarktungs- und Blockadeverhalten hat die Beklagte ja längst nach der Judikaturwende an den Tag gelegt. Die Weigerung der Beklagten<sup>15</sup> noch im Jahr 2012, die strittige Domain nur gegen eine Einmalzahlung iHv € 4.000 bis € 6.000 sowie monatliche Zahlungen iHv € 2.000 für Provider- und Websitedienstleistungen herauszugeben, hat nach bisheriger Rsp<sup>16</sup> ohne Weiteres für die Annahme einer Bösgläubigkeit ausgereicht. Insb wenn der aufmerksame Rechtsanwender die Beweislastverteilung<sup>17</sup> dafür berücksichtigt. Das Argument des 4. Senats, eine Unlauterkeit deswegen zu verneinen, weil die Erstbeklagte „die Domain im Rahmen ihres Unternehmens wirtschaftlich genutzt“ hat, unterstreicht nur die Chuzpe der Beklagten. Mit diesem Argument kann letztlich wohl jegliches Domain-Grabbing ausgehebelt werden. Die Auffassung des OGH überzeugt nicht, lässt sie doch vielmehr zu, dass die – den Namen der Klägerin verletzende – Domain „www.unken.at“ dazu verwendet wird, um am Angebot der Klägerin interessierte Internetnutzer auf die Website der erstbeklagten Partei umzuleiten.<sup>18</sup>

#### 4. The Ugly – Analoge Anwendung der markenrechtlichen Verwirkung auf Namensbestandteile

„§ 58 Abs 1 MSchG ist analog auf namensrechtliche Ansprüche von Gemeinden und anderen Gebietskörperschaften anzuwenden. Maßgebend für die Kenntnis der Nutzung durch eine Gemeinde ist nach Salzburger Gemeinderecht der Wissensstand des Bürgermeisters oder jener Person, die nach den internen Vorschriften für die Bearbeitung von namensrechtlichen Fragen verantwortlich ist.“<sup>19</sup>

Dem 4. Senat generell fehlenden Mut zur Lücke vorzuwerfen, griffe zu kurz: Die analoge Anwendung des aus Art 9 Marken-RL stammenden und ins österreichische Kennzeichenrecht (§ 58 MSchG und § 9 Abs 5 UWG) überführten Verwirkungstatbestandes auf die Namensrechte einer juristischen Person ist in der Tat unnötig mutig, wenngleich nicht ganz neu.<sup>20</sup>

Der österreichischen Rechtsordnung ist ein allgemeiner Verwirkungstatbestand, wie ihn beispielsweise das deutsche Zivilrecht in § 242 BGB kennt, fremd.<sup>21</sup> Lediglich punktuell zB im Unterhaltsrecht (§ 94 ABGB) kann durch besonders bösgläubiges Vorgehen eine Unterhaltsberechtigung verwirkt werden, dh erlöschen. Begründet wird die Verwirkung mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben, der in der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung liegt.

Die Möglichkeit der Verwirkung kommt also nur bei Vorliegen eines Zeit- und eines Umstandsmoments in Betracht. Die bloße Nichtausübung durch längere Zeit führt daher grundsätzlich nicht zum Rechtsverlust.<sup>22</sup>

Die nunmehr vom OGH<sup>23</sup> befürwortete analoge Anwendung des § 58 Abs 1 MSchG auf namensrechtliche Ansprüche wurde noch wegen unterschiedlicher Wertungen – aus Gründen der Urheberpersönlichkeit – für das Urheberrecht abgelehnt.<sup>24</sup> Die Markenjudikatur<sup>25</sup> hat demgegenüber die Voraussetzungen der Verwirkung bereits dahin gehend präzisiert, dass der Beklagte den Einwand der Verwirkung einer prioritätsälteren Marke nur dann auf die Duldung der Benutzung eines (nur bei Verkehrsgeltung geschützten) Zeichens stützen kann, wenn er für das Zeichen Verkehrsgeltung erreicht und der Markeninhaber die Nutzung des geschützten Zeichens fünf Jahre hindurch geduldet hat. Die Voraussetzungen sind für jeweils jede Klasse und das darin enthaltene Produkt im Einzelnen zu prüfen.<sup>26</sup>

Wendet man diese Grundsätze konsequent auf den vorliegenden Fall eines Konflikts zwischen einem Namensrecht und einer bloßen Domaininhaberschaft an, so trägt der Analogiegedanke schon mangels semantischer Lücke nicht. Offenbar erachtet der 4. Senat von einem außerhalb des positiven Rechts gelegenen (politischen oder moralischen) Standpunkt aus eine Lücke als gegeben.<sup>27</sup> Hintergrund ist offenbar ein (falsch verstandener) Investitionsschutz.

Dogmatik hin oder her: Der 4. Senat beteiligt sich nicht am Theorienstreit, weil seine Flexibilität, sich die Erkenntnisse der

<sup>13</sup> Zur Unterscheidung siehe *Potacs*, *Rechtstheorie* (2015) 188 f.

<sup>14</sup> Vgl die Nachweise in OGH 24. 3. 2003, 17 Ob 44/08g (*justizwache.at*) = ÖBl 2009, 229 (*Gamerith*) = *ecolex* 2009, 691 (*Horak*) = MR 2009, 219 (*Thiele*) = RFG 2009/34, 152 (*Thiele*) = wbl 2009/185, 419 (*Thiele*).

<sup>15</sup> Im Sinne eines Beharrungsvorsatzes oder einer nachgefassten Behinderungsabsicht.

<sup>16</sup> Vgl die Übersicht bei *Thiele* in *Kucsko/Schumacher* (Hrsg), *marken.schutz*<sup>2</sup> (2013) § 12 Rz 140 mwN.

<sup>17</sup> OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 139/01x (*taeglich-alles.at*) = *ecolex* 2011/352, 923 (*Schanda*).

<sup>18</sup> Vgl OGH 13. 11. 2007, 17 Ob 26/07h (*öwd.at*) = wbl 2008/87, 194 (*Thiele*) = *jusIT* 2008/25, 63 (*Thiele*) = MR 2008, 98 (*Thiele*) = *ecolex* 2008/202, 554 (*Horak*) = ÖBl 2008/29, 137 (*Rungg/Albiez*).

<sup>19</sup> So nunmehr der Leitsatz von RIS-Justiz RS0130271.

<sup>20</sup> Im Ansatz bereits OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 45/13s (*unken.at*) = *jusIT* 2013/43, 89 (*Thiele*) = wbl 2013/129, 356 (*Thiele*): keine Prüfung mangels Vorbringens; gegen eine analoge Anwendung der Verwirkung auf Namensrechte bereits *Thiele*, *Namensdomains* im österreichischen Kennzeichenrecht, in FS Griss (2011) 659 (682) mwN.

<sup>21</sup> So der oft zitierte Leitsatz von RIS-Justiz RS0014221.

<sup>22</sup> Vgl OGH 30. 1. 2001, 4 Ob 5/01s (*bernhart.at*) = wbl 2001/290, 493 (*Thiele*).

<sup>23</sup> Punkt 3.1. des Urteils.

<sup>24</sup> OGH 11. 3. 2010, 4 Ob 195/09v (*Hundertwasserhaus V*) = *ecolex* 2010/332, 887 (*Horak*) = ÖBl-LS 2010/167/168 (*Knecht-Kleber*) = MR 2010, 201 (*Wal-ter*); dazu *Horak*, *Verwirkung* von Kennzeichenrechten, ÖBl 2010, 103.

<sup>25</sup> OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 14/09x (*Burberry-Karo*) = *ecolex* 2009/422, 1073 (*Horak*) = ÖBl 2010/25, 122 (*Gamerith*).

<sup>26</sup> *Hermann* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz*<sup>2</sup> § 58 Rz 26.

<sup>27</sup> Krit zu dieser Art der Lückenfüllung bereits *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> (1960) 251 ff.

Lehre nach den jeweiligen praktischen Bedürfnissen zunutze zu machen, allen selbst gestellten Anforderungen gerecht wird.

Aus den im weiteren Rechtsgang daher verbindlichen Ausführungen des OGH ergeben sich für die „Verwirkung durch Duldung“ analog § 58 MSchG kumulativ folgende Tatbestandsvoraussetzungen:<sup>28</sup>

1. Duldung des Namensträgers
  2. in Kenntnis der Domainnutzung durch die beklagten Parteien
  3. während eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren.
- Wie der OGH hervorhebt, dürfen die beklagten Parteien bei Aufnahme der Nutzung nicht bösgläubig gewesen sein.<sup>29</sup>

#### 4.1. Keine Duldung in Kenntnis

Eine „Duldung“ kann nur vorliegen, wenn dem Berechtigten ein Vorgehen gegen den Verletzer rechtlich überhaupt möglich war.<sup>30</sup> Die Verwirkung durch Duldung ist nämlich ein Korrektiv für die länger andauernde Rechtsverletzung. Wenn keine Rechtsverletzung vorliegt, kann es nicht zur Verwirkung durch Duldung kommen. Verletzen daher die unbefugten Zeicheninhaber (hier: die Beklagten) das Namensrecht der Klägerin gar nicht, ist kein Raum für eine Verwirkung. Dies hat die Rsp<sup>31</sup> bereits im Zusammenhang mit einer Domain-Nutzung ausgesprochen. Der 4. Senat erwähnt sein eigenes (gegenteiliges) Judikat aus dem Jahr 2006 im vorliegenden Urteil mit keiner Silbe.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ist die Sache – unter Zugutehaltung der schwankenden Rsp zur Zulässigkeit von Ortsdomains im maßgebenden Zeitraum<sup>32</sup> – längst spruchreif. Die „Judikaturwende“ stammt nämlich aus dem März 2009.<sup>33</sup> Davor war nach Ansicht des OGH<sup>34</sup> die Domainverwendung durch die Beklagten keine Namensverletzung, noch sonst in irgendeiner Weise ein unlauteres Verhalten. Nach dem offenen Akteninhalt ergibt sich, dass die Gemeinde Unken im Dezember 2012 Klage erhoben hat, also innerhalb des durch § 58 MSchG (analog) vorgesehenen Zeitraums. Von einer Verwirkung durch Duldung in Kenntnis der Rechtsverletzung kann daher keine Rede sein; von vorwerfbarer Untätigkeit der klagenden Gemeinde ebenso wenig. Die weitere Verfahrenskosten produzierende Zurückverweisung war entbehrlich – also: Zurück in die Zukunft.

#### 4.2. Res iudicata

Als letztlich streitgegenständlich verbleibende Nutzungshandlungen sind die von den beklagten Parteien gewerblich zur Ver-

fügung gestellten E-Mail-Adressen ([namexy]@unken.at) und die Vergabe von sog Subdomains ([xyunternehmen].unken.at) konkret zu betrachten.

Im streng hierarchischen Domain-Name-System hängt aber die tatsächliche Möglichkeit und rechtliche Zulässigkeit der Nutzung einer Sub-Level-Domain (hier: Third-Level-Domain zB heultalcam.unken.at) von der tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verwendung der nächst höheren Level-Domain (hier: unken.at) ab.<sup>35</sup> Im ersten Rechtsgang des Ausgangsverfahrens ist bereits ein Anerkenntnisurteil ergangen, das den Beklagten aufgetragen hat, „es ab sofort 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.“ Über die Verwendung der Sub-Level-Domains, die technisch gesehen nur eine Website adressieren können, ist daher bereits längst rechtskräftig abgesprochen.<sup>36</sup> Der 4. Senat schweigt zu dieser *res iudicata*, die technisch objektiv vorliegt, gänzlich.

Der Vollständigkeit halber: Was die E-Mail-Verwendung anbelangt, so müssen die beklagten Parteien zunächst unmissverständlich offenlegen, welche konkreten E-Mail-Postfächer im Zeitraum seit dem Domainerwerb im Jahr 2000 bis 10. 12. 2012 (Klags-tag) aus der strittigen Domain „unken.at“ an Kunden der erstbeklagten Partei zur Verfügung gestellt worden sind. Denn die bloße Kenntnis einer derartigen Nutzungsmöglichkeit (hier: Vergabe von E-Mail-Postfächern an Kunden) genügt nicht, um die Verwirkungsfrist in Gang zu setzen. Es bedarf vielmehr, wie bereits ausgeführt, der Duldung einer ganz konkreten, spezifischen Nutzung. Die Duldung ist ein tatsächliches Verhalten. Dabei muss sich aus dem Gesamtverhalten des Namensträgers bzw seiner ihm zurechenbaren Organe unzweideutig ergeben, dass er gegen die bestimmte Benutzung des kollidierenden jüngeren Zeichens nicht einschreiten werde. Auch diesfalls trifft die Beklagten die volle Beweislast.<sup>37</sup>

#### 4.3. Kein Ablauf der Verwirkungsfrist

Der OGH hält apodiktisch fest: „Im vorliegenden Fall blieb die Gemeinde zweifellos länger als fünf Jahre in Bezug auf die Nutzung untätig.“<sup>38</sup>

Eine Duldung kann nur vorliegen, wenn dem Berechtigten ein Vorgehen gegen den Verletzer rechtlich überhaupt möglich war. Während des Zeitraums, in dem die österreichische Rsp<sup>39</sup> in der bloßen Registrierung einer Namensdomain keine Namensverletzung gesehen hat, ist eine erfolgreiche juristische Geltendmachung der namensrechtlichen Ansprüche der Klägerin aussichts-

<sup>28</sup> Im Einzelnen siehe *Hermann* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz*<sup>2</sup> § 58 Rz 9 ff.

<sup>29</sup> Das muss iSd Ausführungen unter Punkt 3. dieses Beitrags bezweifelt werden, stellt aber im Übrigen noch ein offenes Beweisthema dar.

<sup>30</sup> EuGH 22. 9. 2011, C-482/09 (*Budejovický Budvar*) = *ecolex* 2011/448, 1132 (*Horak*) = *wbl* 2011, 647 (*Urlesberger*); *Hermann* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz*<sup>2</sup> § 58 Rz 20.

<sup>31</sup> OGH 14. 2. 2006, 4 Ob 6/06w (*amade.at* II) = MR 2007, 103 (*Thiele*).

<sup>32</sup> Punkt 1.2. des Urteils.

<sup>33</sup> OGH 24. 3. 2003, 17 Ob 44/08g (*justizwache.at*) = SZ 2009/34 = ÖBl 2009, 229 (*Gamerith*) = *ecolex* 2009, 691 (*Horak*) = MR 2009, 219 (*Thiele*).

<sup>34</sup> Punkt 1.2. des Urteils.

<sup>35</sup> Deutlich bereits OGH 16. 2. 2011, 17 Ob 19/10h (*amade.at* IV/Ski Amade II) = *jusIT* 2011/23, 49 (*Thiele*) = *ecolex* 2012/28, 63 (*Schumacher*).

<sup>36</sup> LG Salzburg 3. 7. 2013, 10 Cg 187/12y.

<sup>37</sup> *Hermann* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz*<sup>2</sup> § 58 Rz 29.

<sup>38</sup> Punkt 3.2. (a) des Urteils.

<sup>39</sup> Deutlich OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 47/03w (*adnet.at* II) = *wbl* 2003/308, 542 (*Thiele*) = ÖBl 2003/74, 271 (*Fallenböck*); 13. 11. 2001, 4 Ob 260/01s (*obertauern.at*) = *ecolex* 2002/109, 269: zur Verwendung des E-Mail-Postfaches „info@obertauern.at“.

los gewesen. Es ist ihr nicht zumutbar gewesen, den Rechtsweg zu beschreiten – ohne Aussicht auf Erfolg – also: gegen jede Chance.

Erst mit der Judikaturwende des Jahres 2009<sup>40</sup> konnte die klagende Partei erkennen, dass die beklagten Parteien ihr Namensrecht durch die Domain „unken.at“ rechtsverletzend verwenden. Demnach ist für den Beginn der Verwirkungsfrist allein diese Judikaturwende entscheidend. Die Gemeinde Unken hat innerhalb von fünf Jahren, nämlich innerhalb von ca drei Jahren und neun Monaten – nach vergeblichen außergerichtlichen Bemühungen – letztlich im Dezember 2012 Klage erhoben, sodass insgesamt keine Verwirkung durch Duldung eingetreten ist, da die fünfjährige Verwirkungsfrist vor 2009 nicht begonnen und nach 2009 nicht vollständig abgelaufen war – Eins, zwei, drei. Der im Teilurteil zugrunde gelegte Zeitraum – vom Domainwerb im Jahr 2000 bis einschließlich 2012 – ist daher um jene Jahre zu bereinigen, in denen die Domainnutzung durch die beklagten Parteien nicht (erkennbar) rechtsverletzend war, und hat frühestens im März 2009 begonnen.

## 5. Zusammenfassung

Die Rechtsprechungsänderung des 4. Senats führt zu einem eingeschränkten Schutz von Ortsnamen. Der analogen Verwirkung von Namensrechten, die geschäftlich genutzt werden, haftet

<sup>40</sup> OGH 24. 3. 2003, 17 Ob 44/08g (justizwache.at) = SZ 2009/34 = ÖBl 2009, 229 (Gamerith) = ecolex 2009, 691 (Horak) = MR 2009, 219 (Thiele), bestätigt durch OGH 18. 1. 2011, 17 Ob 16/10t (schladming.com l) = ecolex 2011/287, 731 (Schumacher) = jusIT 2011/22, 47 (Thiele) = wbl 2011/103, 276 (Thiele) = ÖBl 2011/28, 123 (Schneider/Hofmarcher), sowie das Provisorialverfahren zu „unken.at“ OGH 19. 3. 2013, 4 Ob 45/13s (unken.at l) = jusIT 2013/43, 89 (Thiele) = wbl 2013/129, 356 (Thiele).

auch die Verfassungswidrigkeit einer Ungleichbehandlung mit dem Namensrecht natürlicher Personen an. Damit, dass der OGH dies erkannt hat,<sup>41</sup> ist natürlich nichts gewonnen. Insgesamt ist mit dem Teilurteil aus dem Sommer 2015 dem Domainrecht und seinen Anwendern ein äußerst schlechter Dienst erwiesen worden. Vielleicht war es doch nur der falsche Film und in Wirklichkeit bloß Theater: „Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen/Den Vorhang zu und alle Fragen offen“.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Punkt 3.1. (c) des Urteils.

<sup>42</sup> Bertolt Brecht, Der gute Mensch von Sezuan, Epilog (Der Spieler), Textausgabe: Ausgewählte Werke in sechs Bänden. Zweiter Band: Stücke 2 (1997) 294.



### Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. **Clemens Thiele**, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; Verfasser des Standardkommentars zum RATG<sup>3</sup> (2011); gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

### Publikationen:

Werbeabgabegesetz Kommentar<sup>2</sup> (2012); EuGH: Unrichtige Kundenauskunft als irreführende Geschäftspraktik, jusIT 2015/54, 138; Datenschutz- und Lauterkeitsrecht, jusIT 2014/98, 201; gemeinsam mit Elisabeth Staudegger Mitherausgeber des Jahrbuchs Geistiges Eigentum 2012, 2013, 2014 und 2015; Rechtssicherer Betrieb von Sozialen Trauerplattformen - Persönlichkeitsrechtliches zur Parte 2.0, RdW 2015, 148; Co-Autor in Ciresa (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht Kommentar.

✉ [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens)