



OGH Beschluss vom 21.8.2013, 3 Ob 134/13x – *unken.at II*

**Fundstellen:** ecolex 2014/30, 60 = jusIT 2013/80, 170 (*Thiele*) = wbl 2013/267, 719 (*Thiele*)

**1. Bei einer auf § 43 ABGB gestützten einstweiligen Verfügung ist mit einem Unterlassungsgebot (auch in Fassung eines Verbots) mangels analoger Anwendbarkeit des § 15 UWG nicht die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen durch den Verpflichteten tituliert. Es bleibt dem durch einen Eingriff in seinen Namen Verletzten überlassen, neben seinem im Gesetz ausdrücklich genannten Unterlassungsanspruch bestimmte – wenngleich weit formulierte – Beseitigungsmaßnahmen bereits im Titelverfahren zu begehren und einen entsprechenden Titel zu erwirken.**

**2. Wurde durch eine einstweilige Verfügung verboten, den Domain-Namen (hier: unken.at) zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage zu verwenden, diese Domain jedoch nach Erlassen der einstweiligen Verfügung weiterhin als automatische Vorschaltadresse genutzt, so ist darin noch kein Verstoß gegen den Exekutionstitel zu sehen, der lediglich ein Verbot, nicht aber auch ein Beseitigungsgebot vorsieht.**

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Roch und Mag. Ziegelbauer als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Gemeinde Unken, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Clemens Thiele, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die verpflichteten Parteien 1. T\*\*\*\*\* GmbH, und 2. M\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Mory & Schellhorn OEG, Rechtsanwaltschaftsgemeinschaft in Salzburg, wegen Unterlassung, über den Revisionsrekurs der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Rekursgericht vom 10. April 2013, GZ 22 R 89/13m-10, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Saalfelden vom 25. Jänner 2013, GZ 2 E 76/13x-5, abgeändert wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

### **Begründung:**

Mit einstweiliger Verfügung des Landesgerichts Salzburg vom 18. Dezember 2012, AZ 10 Cg 187/12a, wurde den Verpflichteten verboten, 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 Zusatzes ausgeschlossen ist, insbesondere es zu unterlassen, den Domain-Namen „Unken.at“ zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage zu verwenden.

Das *Rekursgericht* wies den Antrag der Betreibenden, ihr gegen die Verpflichteten wegen Zuwiderhandelns gegen die einstweilige Verfügung durch Weiterverwendung des Domain-Namens „Unken.at“ zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage die Exekution gemäß § 355 EO zu bewilligen, mit der Begründung ab, der von der Betreibenden verfolgte Beseitigungsanspruch sei nicht Bestandteil des titulierten Unterlassungsanspruchs, den die Betreibende ausschließlich auf ihr Namensrecht iSd § 43 ABGB gestützt habe. Die im Exekutionsantrag behauptete bloße Aufrechterhaltung eines schon vor Entstehung des

Exekutionstitels herbeigeführten Zustands rechtfertigt keine Exekutionsführung nach § 355 EO; § 15 UWG sei ausschließlich auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche anzuwenden.

Der *Revisionsrekurs* der Betreibenden, die die Wiederherstellung der erstgerichtlichen Exekutionsbewilligung anstrebt, ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Zulässigkeitsausspruch des Rekursgerichts *nicht zulässig*.

Nur ein Verhalten des Verpflichteten, welches eindeutig gegen das im Exekutionstitel ausgesprochene Unterlassungsgebot verstößt, rechtfertigt die Exekutionsschritte gemäß § 355 EO (RIS-Justiz RS0000595).

Der Oberste Gerichtshof hat nicht nur zu 3 Ob 215/02t, 321/02f klargestellt, dass mangels Anwendbarkeit des UWG bei einer auf § 1330 ABGB gestützten einstweiligen Verfügung mit einem Unterlassungsgebot damit nicht auch schon die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Beseitigungshandlungen durch den Verpflichteten tituliert ist. Daran hat der Oberste Gerichtshof (unter ausdrücklicher Ablehnung geäußerter Kritik) mehrfach festgehalten (3 Ob 261/03h; 3 Ob 166/05s; 3 Ob 149/10y mwN). Dass dies nicht nur für die Durchführung eines auf § 1330 ABGB gestützten Anspruchs, sondern ganz allgemein für Unterlassungsansprüche gilt, die nicht mit dem Wettbewerb oder vergleichbaren Rechtsgebieten im Zusammenhang stehen, wurde ebenso klargestellt. Wegen der Möglichkeit des Betreibenden, sich schon im Titelverfahren auch einen Beseitigungstitel zu verschaffen, verfängt auch die von der Betreibenden hier wiederholte Argumentation nicht, sie wäre an der Durchsetzung ihrer aus dem Namensrecht abgeleiteten Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gehindert (3 Ob 149/10y mwN).

Die Entscheidung des Rekursgerichts steht daher mit den Grundsätzen der Rechtsprechung im Einklang, erhebliche Rechtsfragen iSd § 528 Abs 1 ZPO vermag die Betreibende nicht aufzuzeigen. Soweit sie sich zur Begründung ihrer Rechtsansicht auf die Entscheidung 3 Ob 8/12s stützt, ist darauf zu verweisen, dass dort ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch Gegenstand des Exekutionstitels war, weshalb § 15 UWG anzuwenden war.

## ***Anmerkung***\*

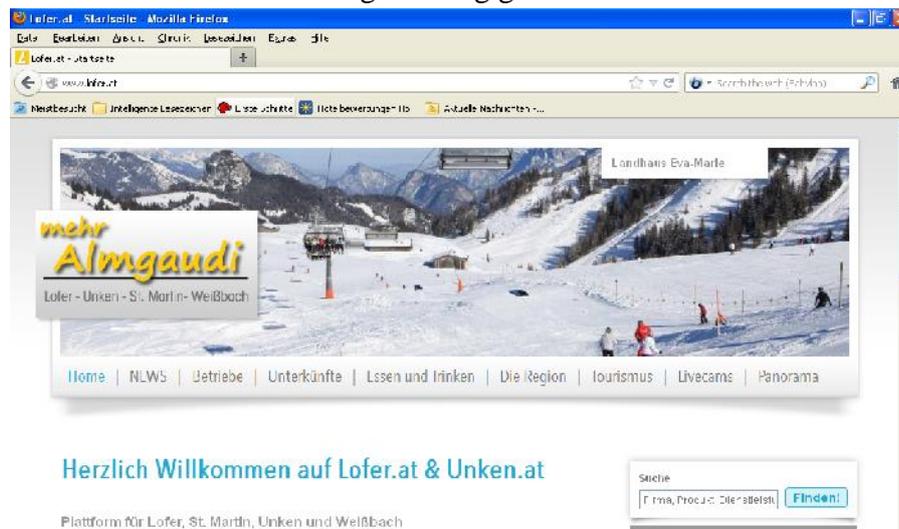
### **I. Das Problem**

Mit einstweiliger Verfügung (EV) des LG Salzburg, die im Instanzenzug in der Folge bestätigt worden war, wurde den Verpflichteten verboten, 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 Zusatzes 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“

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>; am Verfahren als Vertreter der betreibenden Gemeinde beteiligt.

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 behauptete bloße Aufrechterhaltung eines schon vor Entstehung des Exekutionstitels herbeigeführten Zustands rechtfertige 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.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

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 tituliert. 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.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

„Wir stehen selbst enttäuscht/und sehen betroffen/den Vorhang zu/und alle Fragen offen.“<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> Bertold Brecht, Der gute Mensch von Sezuan (1943).

Unterlassungsgebot verstößt, rechtfertigt die Exekutionsschritte gemäß § 355 EO<sup>2</sup>,<sup>2</sup> 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 Rekursentscheidung<sup>3</sup> dies als einzig tragende Begründung des Unterlassungsgebots im Sicherungsverfahren hervorhob. Es mag schließlich als juristischer Treppenwitz durchgehen, dass demgegenüber der OGH,<sup>4</sup> 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 Lehre<sup>5</sup> 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 Entscheidung<sup>6</sup> bewilligte Exekutionsführung hatte einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch zum Gegenstand. Vielmehr bestand der Exekutionstitel in einem gerichtlichen Vergleich, also in einem neuen, eigenständigen Verpflichtungsgrund.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

Den *infonomics*-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

<sup>2</sup> StRsp OGH 6.12.1977, 3 Ob 118/77, ÖBI 1978, 75.

<sup>3</sup> Beschluss vom 1.2.2013, 4 R 12/13g in der Rs *unken.at I*.

<sup>4</sup> 19.3.2013, 4 Ob 45/13s – *unken.at I*, *iusIT* 2013/43, 89 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2013/56 = wbl 2013/129, 356 (*Thiele*) = ZIR 2013, 194.

<sup>5</sup> *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 (2004) 235 ff, 449 ff; *dieselbe*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2011/87, 180, 182 f, *dieselbe* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 43 Rz 81

<sup>6</sup> OGH 22.2.2012, 3 Ob 8/12s – *infonomics.at II*, nv.

<sup>7</sup> Neuerungsvertrag mit eigener Rechtsnatur; vgl *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> (2006) §§ 204-206 Rz 4 mwN.

<sup>8</sup> OGH 21.8.2013, 3 Ob 152/13v, Zak 2013/669, 363.

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 Einbringen des Antrags auf Exekutionsbewilligung, aber vor Bewilligung der Exekution, Beugestrafen zu verhängen.<sup>9</sup>

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, wäre die Unterlassungsexekution zu bewilligen gewesen. Schließlich steht die angefochtene Entscheidung mit dem Beschluss des LG für ZRS Graz<sup>10</sup> 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.

**Ausblick:** 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.<sup>11</sup> 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 Teilanerkenntnis 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 Adressierhalten 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.

#### IV. Zusammenfassung

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 tituliert 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.

<sup>9</sup> Vgl auch OGH 19.6.2013, 3 Ob 104/13k, Zak 2013/551, 302.

<sup>10</sup> 25.2.2013, 4 R 333/11m – *taurusrubens.com II*, jusIT 2013/30, 56 (Thiele).

<sup>11</sup> OGH 13.9.1999, 4 Ob 180/99w – *format.at*, *ecolex* 2000/53, 132 (Schanda) = ÖB1 2000, 72, 73; 13.9.2000, 4 Ob 166/00s – *fpo.at I*, MR 2000, 328 (Pilz) = *ecolex* 2001/54, 128 (Schanda) = ÖB1 2001, 30 (Schramböck) = wbl 2001/69, 91 (Thiele); 8. 7. 2003, 4 Ob 153/03h – *krone.co.at*, MR 2004, 70.