

Festschrift für Irmgard Griss

Sonderdruck

herausgegeben von
*Brigitte Schenk, Elisabeth Lovrek,
Gottfried Musger und Matthias Neumayr*

2011

ISBN 978-3-902638-38-0

 Jan Sramek Verlag

Inhaltsverzeichnis

PETER APATHY	
Zur Passivlegitimation beim Anspruch auf angemessenes Entgelt gem § 86 Abs 1 UrhG	1
EVELINE ARTMANN	
Das Abmahn(un)wesen	11
CARL BAUDENBACHER	
Einige Gedanken zur Justizialisierung der Rechtsbeziehungen EU-Schweiz	29
WALTER BERKA	
Entschädigungsanspruch und Sonderopfer	51
RAIMUND BOLLENBERGER	
Lauterkeitsrecht und Irrtumsanfechtung	65
JOACHIM BORNKAMM	
Das Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht: Zwei Seiten derselben Medaille?	79
KARL-HEINZ DANZL	
»Erhebliche Rechtsfrage« und »Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung«	95
THOMAS EILMANSBERGER	
Die EU-kartellrechtliche Beurteilung von Ausschlusspraktiken auf Sekundärmärkten	133
KARL-HEINZ FEZER	
Schutzgegenstandstheorie	149
HELMUT GAMERITH	
Die »Schwarze Liste« und das nationale Zugabeverbot	161
EDWIN GITSCHHALER	
Die Verfügungsfrist im Provisorialverfahren	187

CHRISTOPH GRABENWARTER	
Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte des Verzichts auf Übersetzungserfordernisse im europäischen Patentrecht	205
MICHAEL GRUBER	
Der Handelsvertreter im Europäischen Kartellrecht	239
ALFONS GRÜNWARD	
Gedanken zur Markenfähigkeit »exotischer« Zeichen	253
NORBERT GUGERBAUER	
Der neue kartellrechtliche Rahmen für den KFZ-Vertrieb	271
CHRISTIAN HANDIG	
Parodien – »mag man eben«	283
FRIEDRICH HARRER/MATTHIAS NEUMAYR	
Haftung des Unternehmers und Eigenhaftung im Zivilrecht und im Lauterkeitsrecht	297
CLEMENS JABLONER	
Richter im Zwiespalt	315
SIR ROBIN JACOB	
The Convergence of European Intellectual Property Law?	335
ERICH KODEK	
Probleme bei einstweiligen Verfügungen mit Sicherheitsleistung – ein österreichischer Sonderweg als Irrweg?	343
GEORG E. KODEK	
Best efforts, freiwillige Unternehmensveräußerung und Zusammenschlusskontrolle	361
BERNHARD KÖNIG	
Die Nichtrückführbarkeit einstweiliger Verfügungen	389
HANS-GEORG KOPPENSTEINER	
Markenbenutzung	407
GOTTFRIED KORN	
Anonyme Strafanzeige und Verdachtsberichterstattung	427
GABRIELE KOZIOL/HELMUT KOZIOL	
Der Erwerb urheberrechtlicher Lizenzen zwischen Kausalitäts-, Abstraktions- und Einheitsprinzip	443
GUIDO KUCSKO	
Auftragsforschung und Forschungsprivileg	461

ANNETTE KUR	
Die Benutzung im geschäftlichen Verkehr – eine (weitere) »black box« des Markenrechts?	471
ALFRED MAIR	
Soft law als hard facts?	487
BETTINA NUNNER-KRAUTGASSER	
Die Firma in der Insolvenz	505
ANSGAR OHLY	
Blaue Kürbiskerne aus der Steiermark	521
CHRISTIAN ROHNKE	
Verkehrsdurchsetzung und Lösungsverfahren	541
FRIEDRICH RÜFFLER	
Wettbewerb der öffentlichen Hand und UWG – offene Fragen	557
KATHARINA SCHMID	
Kennzeichenbenutzung nach »Céline« – doch keine Einheit der marken- und firmenmäßigen Benutzung?	569
WOLFGANG SCHUHMACHER/GERWIN HAYBÄCK	
Rechtsprobleme der Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats (SPC) für Arzneimittel	587
GERHARD SCHUMMER	
Urheberrechtliche Fragen beim Unternehmenskauf	623
ELFRIEDE SOLÉ	
Kartellrechtliche Feststellungsbefugnis – cui bono?	639
CLEMENS THIELE	
Namensdomains im österreichischen Kennzeichenrecht	659
MICHEL M. WALTER	
Die Leerkassettenvergütung nach österreichischem Urheberrecht vor dem Hintergrund der »SGAE/Padawan«-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union	693
CHRISTIANE WENDEHORST	
Die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher	717
ANDREAS WIEBE	
Grenzen der Verwendung von Datensammlungen	735
LOTHAR WILTSCHKE	
Gratis, umsonst, kostenfrei oder ähnlich – Z 20 des Anhangs zum UWG ...	755

HANNO WOLLMANN

**Der »More Economic Approach«, die UWG-Novelle 2007
und deren Bedeutung für das Zusammenspiel
von Lauterkeits- und Kartellrecht** 771

ALFONS ZECHNER

Bühnenregisseur als Urheber 789

BRIGITTA ZÖCHLING-JUD

Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht 821

Namensdomains im österreichischen Kennzeichenrecht*

Die ersten höchstrichterlichen Entscheidungen zu Internet Domains liegen mehr als ein Jahrzehnt zurück. Einen Teil dieses dynamischen Rechtsgebiets bilden Auseinandersetzungen wegen Verletzungen des Namensrechts. Die am 1.1.1917 in Kraft getretene Bestimmung des § 43 ABGB¹ zum Schutz des Namens ist dank der Judikatur des OGH in Domainsachen im Internetzeitalter angekommen. Zutreffend resümiert *Irmgard Griss*: »Denn es ist allein die Rechtsprechung, die dieses Rechtsgebiet – von der Lehre kritisch begleitet – gestaltet hat und gestaltet.«²

Ausgehend von einer mit der »*justizwache.at*«-Entscheidung eingeleiteten Renaissance des Namensrechts im virtuellen Raum erörtert der vorliegende Beitrag die möglichen Konsequenzen für die Lösung künftiger namensrechtlicher Domainstreitigkeiten. Die skizzierten Folgen reichen von den Fällen der Gleichnamigkeit über die Gestattungs- oder Treuhandfälle sowie die Bedeutung der Top-Level-Domains bis zu den erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten im Domainkonflikt.

* Alle zitierten Domainentscheidungen sind im Volltext abrufbar unter <http://www.eurolawyer.at> (24.05.2011).

1 RGBl 1916/69.

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

A. Grundlagen und Ausgangspunkt

Unter »*Namensdomains*« sind Domains zu verstehen, die namensmäßig anmuten oder Namen(sbestandteile) enthalten.³ Derartigen Domains kommt Kennzeichnungs- und Namensfunktion zu.⁴ Der Obergriff umfasst letztlich zwei – die Gerichte von Anfang an beschäftigende – Seiten der Domainkonflikte: den namensrechtlichen Schutz gegen Domains und den namensrechtlichen Schutz für Domains.

Das *justizwache.at-Urteil*⁵ stellt für Streitigkeiten *gegen* Namensdomains fest: »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 von dessen Inhalt eine Zuordnungsverwirrung ein. Diese Auffassung ermöglicht im Regelfall eine klare Lösung namensrechtlicher Domainstreitigkeiten«.

Das Höchstgericht kehrt damit – der Kritik eines Teils der Lehre⁶ folgend – zu seiner früheren Domainjudikaturlinie⁷ zurück und steht im Einklang mit der deutschen Rechtsprechung.⁸

Aus dieser Auffassung muss im Grunde folgen, dass es bei § 43 ABGB – anders als im Bereich des Marken- und Wettbewerbsrechts (mit der dort prinzipiell anerkannten Möglichkeit, die Verwechslungsgefahr oder Irreführung noch auf der bereits aufgerufenen Homepage zu beseitigen⁹) – für die Frage, ob die Gefahr einer Zuordnungsverwirrung besteht, jedenfalls außerhalb der Fälle der Gleichnamigkeit nicht auf den Inhalt der Startseite ankommen dürfte. Nach Auffassung des 17. Senats bildet demnach – außer bei Gleichnamigkeit oder Gestattung – im Regelfall schon die Nutzung des Namens eines Dritten als

- 3 Vgl zum Begriff bereits *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht, in Gruber/Mader, Privatrechtsfragen des e-commerce (2003) 87 (112).
- 4 Vgl OGH 4 Ob 198/00x, MR 2000, 325 = ecolex 2001/55, 129 (*Schanda*) = ÖBl 2001, 35 (*Kurz*) = wbl 2001/32, 43 = ARD 5193/26/2001 – bundesheer.at I; 4 Ob 166/00s, MR 2000, 328 (*Pilz*) = ecolex 2001/54, 128 (*Schanda*) = ÖBl 2001, 30 (*Schramböck*) = RdW 2001/157, 141 = wbl 2001/69, 91 (*Thiele*) = ARD 5224/28/2001 = SZ 73/140 – fpo.at I.
- 5 OGH 17 Ob 44/08g, RdW 2009/501, 522 = wbl 2009/185, 419 (*Thiele*) = ecolex 2009/272, 691 (*Horak*) = jusIT 2009/40, 90 (*Thiele*) = ÖBl 2009/43, 229 (*Gamerith*) = MR 2009, 219 (*Thiele*) – justizwache.at.
- 6 *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2004, 196 (198); *Fallenböck*, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2004, 171 (173).
- 7 OGH 4 Ob 320/99h, MR 2000, 8 = ecolex 2000/98, 215 (*Schanda*) = wbl 2000/87, 142 = ÖBl 2000, 134 (*Kurz*) = RdW 2000/296, 341 = EvBl 2000/113, 507 = ARD 5224/29/2001 = SZ 72/207 – ortig.at.
- 8 BGH I ZR 296/00, BGHZ 155, 273 = CR 2003, 645 (*Eckhardt*) – maxem.de I; kritisch dazu *Fallenböck*, Entscheidungsanmerkung zu adnet.at II, ÖBl 2003, 274 (275).
- 9 OGH 17 Ob 13/07x, EvBl 2008/28, 150 = wbl 2008/41, 97 (*Thiele*) = ecolex 2008/89, 251 (*Boecker/Straberger*) = jusIT 2008/4, 14 = lex:itec 2008 H 1, 28 (*Thiele*) = SWK 2008, 406 = SWK 2008, W 38 = MR 2007, 396 = ÖBl 2008/16, 83 (*Gamerith*) = SZ 2007/152 – Ski Amadé/amade.at III.

Domain eine grundsätzlich unzulässige Namensanmaßung. Diese in Deutschland und Österreich mittlerweile verbreitete Rechtsansicht wirft Fragen auf, die neu akzentuierte Antworten der Gerichte erfordern. Einige dieser rechtlichen Herausforderungen, die den Duktus des Beitrags bestimmen, werden erörtert:

- ▷ Anwendungsbereich und Reichweite des Namensschutzes im Domainkonflikt
- ▷ Fälle der Gleichnamigkeit im virtuellen Raum
- ▷ Bedeutung der Top-Level-Domains
- ▷ Gestattung der Domainnutzung durch Namensträger
- ▷ Rechtsansprüche bei Namensverletzung durch Domains

Schließlich stellt sich für die Praxis die nicht unwesentliche Frage, ob Namens-träger, die seinerzeit vergeblich versucht haben, ihre Domains zu erlangen, nunmehr gegen die Domaininhaber vorgehen können?

B. Anwendungsbereich des § 43 ABGB im Domainkonflikt

I. Struktur des privaten Namensschutzes

Der Schutz des Namens nach § 43 ABGB schränkt den Gebrauch von Namensdomains ein. Ausgehend von der gemeinsamen Klammer der namensrechtlichen Interessenbeeinträchtigung lassen sich aus dem Tatbestand folgende Differenzierungen treffen:

1. Namensgebrauch

Die *Namensbestreitung* (Namensleugnung) ist stets unzulässig, da sie dem Namensträger überhaupt die Berechtigung abspricht, seinen Namen zu führen. Die bloße Domainregistrierung ist nicht als Namensbestreitung zu werten, denn durch sie wird nicht das Recht eines anderen, den Namen zu verwenden, bestritten, sondern – bezogen auf die Registrierung als Domain – lediglich ein konkurrierendes Recht behauptet.¹⁰

¹⁰ OGH 4 Ob 246/01g, wbl 2002/230, 331 (zust *Thiele*) = RdW 2002/394, 403 = ecolex 2002/200, 524 (zust *Fallenböck*) = MR 2002, 342 = ÖBl 2002/34, 164 (zust *Gamerith*) – graz2003.at; 4 Ob 47/03w, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308, 542 (*Thiele*) = RdW 2003/470, 558 = ÖBl 2003/74, 271 (*Fallenböck*) = MR 2004, 65 – adnet.at II.

Bei der *Namensanmaßung* (Namensbeeinträchtigung), die befugt oder unbefugt sein kann, gebraucht jemand einen fremden Namen, um sich selbst, sein Unternehmen oder dessen Waren und Dienstleistungen zu kennzeichnen, oder wenn dazu mit dem fremden Namen ein (ideeller oder organisatorischer) Zusammenhang hergestellt werden soll.¹¹

Der Inhaber einer Namensdomain führt bereits mit abgeschlossener Registrierung den (fremden) Namen, weil er ihn (als Domain oder Domainbestandteil) nach außen erkennbar¹² zur Kennzeichnung der eigenen Person, des eigenen Unternehmens oder der eigenen Waren oder Leistungen verwendet. Es genügt, den Eindruck besonderer, insbesondere geschäftlicher, Beziehung zu ihm zu erwecken.

»Unbefugt« ist jeder Namensgebrauch, der weder auf eigenem Recht beruht noch von einem Berechtigten gestattet wurde. Dem Domaininhaber kann selbst im Fall eines Interessengleichklangs zugemutet werden, die Zustimmung des Namensträgers zur Nutzung des Namens als Domain einzuholen. Der Name bezeichnet nämlich die Person als Ganzes; der durch Verwendung einer Namensdomain bewirkte Anlockeffekt greift daher unabhängig davon in berechnete Interessen des Namensträgers ein, ob dieser auf der Website erwähnt wird oder nicht. Auf den Inhalt der Website kommt es daher nicht an.¹³

2. Namensnennung

Der aus § 43 iVm § 16 ABGB abgeleitete Anonymitätsschutz wurzelt in der persönlichkeitsrechtlichen Auffassung, dass das *Recht auf Namensanonymität* ein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht darstellt und darin besteht, dass der Name von Dritten nicht in Zusammenhängen erwähnt werden darf, zu deren Erwähnung der Namensträger keinen sachlichen Anlass gegeben hat.¹⁴

Eine *unbefugte Namensnennung* liegt immer dann vor, wenn das berechnete Anonymitätsinteresse des Namensträgers verletzt wird.¹⁵ Selbst wenn der Name einer in einem besonders spektakulären Fall involvierten Person bereits bekannt ist, rechtfertigt das auch bei einer die Wertungen des Medienrechts

11 So bereits OGH 4 Ob 358/84, EvBl 1985/38 – Ehemaliger Kanzleikollege.

12 Jederzeit über Whois-Verzeichnisse online abfragbar.

13 OGH 17 Ob 44/08g, RdW 2009/501, 522 = wbl 2009/185, 419 (Thiele) = ecolex 2009/272, 691 (Horak) = jusIT 2009/40, 90 (Thiele) = ÖBl 2009/43, 229 (Gamerith) = MR 2009, 219 (Thiele) – justizwache.at.

14 StRsp; OGH 1 Ob 36/86, MR 1986/6, 15 = SZ 59/182 = ÖBl 1987, 26 = JBl 1987, 37 – Krevag mwN.

15 OGH 6 Ob 306/98p, EFSlg 85.845 mwN.

berücksichtigenden Interessenabwägung noch nicht, den Namen immer wieder im Zusammenhang mit drastischen Schilderungen intimer Details des Schicksals zu nennen und diese Person so stets neu der Sensationsgier des Publikums auszusetzen.¹⁶

Eine Namensnennung ist demgegenüber iZ mit Domains dann zulässig,¹⁷ wenn

- ▷ ein distanzierender Zusatz verwendet wird,
- ▷ es dem Namensträger vorbehalten verbleibt, den eigenen Namen als Second-Level-Domain registrieren zu lassen, und
- ▷ ein überwiegendes Informationsinteresse an der Namensdomain besteht¹⁸

Eine Namensdomainennung verstößt demgegenüber gegen das aus § 16 ABGB abgeleitete Persönlichkeitsrecht, wenn sie schutzwürdige Interessen des Genannten beeinträchtigt, wobei es auf den Inhalt der mit der Namensnennung verbundenen Aussage ankommt.¹⁹

II. Abgrenzung des Namensschutzes zum übrigen Kennzeichenrecht

§ 43 ABGB vereint persönlichkeits- sowie vermögensrechtliche Aspekte²⁰ und schützt ua die Individualisierung und Identifikation des Namensträgers.²¹ Diese Regelung des Kennzeichenrechts hat primäre Bedeutung für Ansprüche, die sich gegen privates, dh außerhalb des geschäftlichen Verkehrs²² befindliches, Verhalten richtet. Als Anspruchsgrundlage findet mE § 43 ABGB daher dort seine Grenze, wo § 9 UWG erfüllt ist, oder wenn ein markenrechtlicher Anspruch deshalb nicht durchgreift, weil zB die Branchennähe fehlt.²³

16 OGH 4 Ob 82/09a, MR 2009, 239 – Elisabeth F.; 4 Ob 155/09m, RdW 2010/96, 89 – Elisabeth F. II.
 17 OGH 17 Ob 2/09g, EvBl-LS 2009/111, 682 = MR 2009, 132 = wbl 2009/160, 361 = jusIT 2009/39, 89 (zust Thiele) = ÖBl-LS 2009/180, 160 – aquapol-unzufriedene.at; dazu Pichler, Kritisierende Domains zulässig, ecolex 2009, 689.

18 ZB zur Geltendmachung der Meinungsfreiheit nach Art 10 EMRK: KG Berlin 5 U 101/01, CR 2002, 760 (zust Graf) = MMR 2002, 686 – oil-of-elf.de.

19 Vgl OGH 4 Ob 14/03t, wbl 2003/233, 397 = RdW 2003/422, 494 = ecolex 2003/347, 850 (Schan-da) = ÖBl-LS 2003/126, 227 – Magnetfeldtherapie mwN.

20 Posch in Schwimann³ I § 43 Rz 4 mwN.

21 Deutlich Schranz, Familiennamen – ihre Entwicklung und rechtliche Bedeutung, RZ 2009, 74 lSp.

22 Vgl OGH 1 Ob 117/99h – Apothekerkammer.

23 Deutlich BGH I ZR 138/99, MR 2001, 402 – shell.de.

Jeder Anspruch aus § 43 ABGB erfordert namensmäßige Unterscheidungskraft, weshalb Allerweltsnamen praktisch schutzlos sind.²⁴ Ein unbeschränkter Rückgriff auf § 43 ABGB gleichsam als einer »Generalklausel des Kennzeichenrechts« läuft der Funktion des Namensrechts zur Zuordnung und Individualisierung von Personen, um sie von anderen zu unterscheiden, zuwider. Der Namensschutz des § 43 ABGB setzt daher dort ein, wo die Gefahr einer Identitätstäuschung bis hin zum Anonymitätsschutz besteht, bzw wo das Recht zum Namensgebrauch an sich bestritten wird. Den Wirtschaftsverkehr hingegen dominieren § 9 UWG und das Markenrecht, die eine Verwechslungsgefahr bzw eine unlautere Ähnlichkeit zwischen Betrieben oder Produkten verhindern sollen.

§ 43 ABGB greift mithin immer dann ein, wenn es an grundlegenden Voraussetzungen eines unternehmenskennzeichenrechtlichen Anspruchs fehlt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Namensdomain nicht geschäftlich, sondern

- ▷ zu rein privaten,
- ▷ wissenschaftlichen oder
- ▷ politischen Zwecken²⁵

genutzt wird oder wenn es an einer kennzeichenmäßigen Nutzung überhaupt fehlt, beispielsweise in den Fällen, in denen Unternehmenskennzeichen in Domains

- ▷ für sogenannte Kritikseiten oder
- ▷ für Parodie- oder Satirezwecke²⁶

erhalten müssen. Die berechtigten Interessen des Unternehmensträgers werden nämlich nicht verletzt, wenn bereits aus der Namensdomain selbst hervorgeht, dass sie bzw das mit ihr verknüpfte Websiteangebot nicht (zwingend) vom Namensträger stammt.²⁷

24 Statt vieler OGH 4 Ob 31/97 f, ÖBl 1998, 43 – Danzer.

25 Vgl OGH 4 Ob 176/01p, MR 2001, 326 (*Rami*) = ecolex 2002/19, 35 (*Schanda*) = EvBl 2002/22, 98 = ÖBl 2002/51, 242 = SZ 74/153 – *fpo.at II*.

26 Vgl OGH 4 Ob 32/01m, MR 2001, 197 – *diekrone.at*.

27 Vgl OGH 17 Ob 2/09g, ÖJZ EvBl-LS 2009/111, 682 = MR 2009, 132 = wbl 2009/160, 361 = jusIT 2009/39, 89 (*Thiele*) = ÖBl-LS 2009/180, 160 – *aquapol-unzufriedene.at*.

III. Namensrechtlicher Schutz für Domains

Die Rsp²⁸ anerkennt, dass die Angabe eines Pseudonyms²⁹ oder eines Decknamens³⁰ vor Gericht zur Parteienidentifizierung und damit Klagslegitimation iSd § 75 ZPO ausreicht. Bei Namensdomains stellt sich geradezu definitionsgemäß die Frage, ob deren Inhaber daraus selbst Namensrechte ableiten kann, ohne über ein gleichlautendes vorbestehendes Namens-, Marken- oder Firmenrecht zu verfügen. Geht man vom bestehenden gesetzlichen Regelungssystem aus, ist ein aus der Domainregistrierung abgeleiteter kennzeichenrechtlicher Schutz im obigen (engeren) Sinne nur auf folgenden Wegen denkbar:

- ▷ *Unternehmenskennzeichenschutz nach § 9 UWG*: Die in der Domain verwendete Bezeichnung entspricht einem online vertriebenen Produkt oder einer Online-Dienstleistung, wobei jeweils ein Bezug zum Namen bzw der Firma des Anbieters fehlt. § 9 Abs 1 UWG schützt die besondere Bezeichnung eines Unternehmens ab Ingebrauchnahme. Gemäß § 9 Abs 3 UWG kann ein Schutz für unterscheidungslose Zeichen erst ab dem Zeitpunkt erlangt werden, in dem die Bezeichnung Verkehrsgeltung hat, also nicht sofort nach Nutzungsaufnahme, sondern erst nach Erreichung eines gewissen Bekanntheitsgrades.
- ▷ *Titelschutz nach § 80 UrhG*: Handelt es sich bei der zugehörigen Website um ein Werk, vergleichbar einem Druckwerk, Filmwerk oder sonstigen Werk der Literatur oder Kunst, so kann auch ein entsprechender Werktitelschutz nach § 80 UrhG ab titelmäßiger Ingebrauchnahme begründet werden. Eine geschäftliche Nutzung der Website wird dabei nicht vorausgesetzt, allerdings eine gewisse Werkhöhe, die durch Text-, Grafik- oder Soundelemente auf der Website gewährleistet sein muss.
- ▷ *Namensschutz (Pseudonym) nach § 43 ABGB*: für unterscheidungskräftige Domains, die decknamensgleich von ihrem Träger genutzt werden, besteht mE die Möglichkeit der Erlangung eines namensrechtlichen Schutzes nach § 43 ABGB iVm § 12 UrhG.

28 OGH 4 Ob 155/09m, RdW 2010/96, 89 – *Elisabeth F. II.*

29 § 3 MedienG, § 12 UrhG: »... bekanntermaßen gebrauchten Decknamens ...«; vgl auch *Eymers*, Pseudonymen Lexikon – Realnamen und Pseudonyme in der deutschen Literatur (2004).

30 § 43 ABGB schützt ausdrücklich den Gebrauch des »Decknamens«; vgl dazu auch den Erlass des BMI vom 6.4.1954, Zl 127.794–9/53, ÖStA 1954, 41, abgedruckt bei *Edlbacher*, Das Recht des Namens in systematischer Darstellung (1978) 193 f.

Den oben aufgezeigten Grundsätzen für die Entstehung kennzeichenrechtlichen Schutzes ist die österreichische Rsp³¹ im Bereich der Internet-Domains bereits teilweise gefolgt, und hat vielversprechende Ansätze erkennen lassen.

Soweit ersichtlich noch ungeklärt für die österreichische Rechtslage ist die Frage, ob und gegebenenfalls wann ein »Pseudonym« (Deckname) entsteht. § 43 ABGB schützt kraft ausdrücklicher Erwähnung auch den durch Gebrauch erworbenen, eine bestimmte Person kennzeichnenden »Decknamen«.³² Der Namensschutz entsteht für Pseudonyme mit Ingebrauchnahme, wobei ein Teil der Lehre³³ das Vorliegen von Verkehrsgeltung fordert, dh erst wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil der Verkehrskreise die Bezeichnung als Deckname einer bestimmten Person versteht.³⁴ Die Verkehrsgeltung könne über demoskopische Untersuchungen nachgewiesen werden.³⁵

Diese Ansicht überzeugt mE nicht in jedem Fall. Wesentlich für den Namensschutz von Pseudonymen ist die individualisierende Unterscheidungskraft zur Kennzeichnung einer natürlichen oder juristischen Person. Im Bereich der bürgerlichen Zwangsnamen oder Wahlnamen (bei juristischen Personen) wird kein Verkehrsgeltungsschutz gefordert, sondern lässt die einhellige Meinung die Unterscheidungskraft für den Namensschutz genügen, engt allerdings den Schutzzumfang stark ein. Menschen, die Meier oder Huber heißen, haben daher einen zT äußerst eingeschränkten, mitunter auch gegen Null gehenden Namensschutz. Die Bekanntheit eines Namens erweitert dessen *Schutzbereich*, sie begründet das *Namensrecht* aber nicht erst. Ein Pseudonym wird gleichwohl durch Ingebrauchnahme erworben. Wird es allerdings nur in ganz bestimmten Beziehungen verwendet (zB in Fernsehkritiken einer Zeitung, im Kabarett als alter ego udgl), dann wird dadurch auch sein Schutzzumfang beschränkt. Ob der Missbrauch eines Decknamens die Interessen des Namensträgers verletzt, hängt von Dauer und Intensität des Gebrauches ab.³⁶

31 OGH 4 Ob 101/02k, RdW 2003/21, 19 = EvBl 2002/213, 843 = ecolex 2003/26, 40 = ecolex 2003, 38 (*Graschitz*) = wbl 2003/22, 45 (*Thiele*) = ÖBl 2003/49, 180 – inet.at; 4 Ob 59/05p, wbl 2006/21, 46 (*Thiele*) = RdW 2006/1b, 1 = RZ 2006, 68 = MR 2005, 496 = ecolex 2006/244, 587 (*Schumacher*) = ÖBl 2006/30, 130 (*Gamerith*) – WIN Süd/winsued; 17 Ob 22/07w, ÖJZ-LS 2008/26, 291 = wbl 2008/111, 247 = ecolex 2008/201, 554 (*Schumacher*) = RZ 2008/EÜ 242, 208 = justIT 2008/39, 91 (*Thiele*) = ÖBl 2008/30, 139 = SZ 2007/197 – personalshop.de.

32 Den Schutz gegen unbefugten Gebrauch, nicht gegen die Namensbestreitung bejahend OGH 4 Ob 318/71, ÖBl 1971, 152 – Telefritz II; aA *Raschauer*, Namensrecht (1978), 251, der die Schutzfähigkeit von Pseudonymen generell ablehnt.

33 *Aicher* in Rummel³ § 43 Rz 5 unter Bezugnahme auf die dt Rsp.

34 Ebenso BGH I ZR 296/00, BGHZ 155, 273 = CR 2003, 645 (*Eckhardt*) – maxem.de I.

35 Vgl OGH 4 Ob 116/03t, ÖBl-LS 2003/158, 264 = ÖBl-LS 2003/163, 265 = ÖBl-LS 2003/159, 264 – Immofinanz/Immofina.

36 Vgl OGH 4 Ob 318/71, ÖBl 1971, 152 – Telefritz II.

C. Gleichnamigkeit

I. Begriffsbestimmung

Die »Gleichnamigkeit« erfasst nach allgemeinem Verständnis³⁷ jene Fälle, in denen prinzipiell beide Kontrahenten eine Berechtigung am streitgegenständlichen Namen und damit auch an der strittigen Namensdomain geltend machen können. Die technische Einmaligkeit einer Internet Domain lässt eine in der Offline-Welt unter Umständen mögliche (weil räumlich getrennte) Koexistenz nicht mehr zu.³⁸ Für Namensdomains bedarf es daher zwischen den jeweiligen Namensträgern eines deutlichen Interessenausgleichs.³⁹

II. Kollisionsregeln

Der Vorrang unter Gleichnamigen kann mE anhand der zeitlichen Priorität des jeweiligen Namensrechts in der Offline-Welt *nicht* sachgerecht gelöst werden. Die Auffassung,⁴⁰ wonach es allein auf die Eintragung im »Geburtenbuch« ankomme, maW auf die Gnade der frühen Geburt, vermag im Online-Bereich nicht zu überzeugen. Niemand kann daran gehindert werden, seinen eigenen Namen in redlicher Weise im (elektronischen) Rechtsverkehr zu benutzen. Beim Streit um eine Domain unter Gleichnamigen ist mE demgegenüber auf den Zeitvorrang allein beurteilt nach der Anmeldung der Domain abzustellen.⁴¹ Dies trägt dem »Gerechtigkeitsprinzip der Priorität«⁴² schlussendlich besser Rechnung. Erst durch die Anmeldung der Namensdomain hat sich der Konflikt konkretisiert, dh virtualisiert. Das bedeutet:

- ▷ *Kein genereller Vorrang von geschäftlichen Interessen*: Ob der Name auch geschäftlich genutzt wird, spielt keine Rolle.⁴³

37 Statt vieler *Posch* in Schwimann³ I § 43 Rz 25.

38 BGH I ZR 288/02, GRUR 2006, 159 = K&R 2006, 88 – hufeland.de.

39 Zu den Grundlagen bereits *Thiele*, Shell gegen Shell – eine neue Dimension des Domainrechts? Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 2001, I ZR 138/99, aus rechtsvergleichender Sicht, MR 2002, 198 mN zum österr Meinungsstand.

40 OGH 4 Ob 226/04w, wbl 2005/157, 286 = JUS Z/3973 = JUS Z/3974 = RdW 2005/562, 489 = ecolex 2005/403, 849 (*Braunböck*) = ÖBl 2005/40, 178 (*Gamerith*) = MR 2005, 493 (*krit Thiele*) = SZ 2005/13 – omega.at.

41 BGH I ZR 65/02, CR 2005, 362 (*Eckhardt*) = GRUR 2005, 430 = JurPC Web-Dok. 39/2005 – mho.de; ebenso früher OGH 4 Ob 140/99p, MR 1999, 237 (*Höhne*) = RdW 1999, 710 = ecolex 1999/281 (*Schanda*) = ÖBl 2000, 39 = ARD 5108/28/2000 – *sattler.at*.

42 BGH I ZR 231/01, GRUR 2006, 158 = MMR 2006, 104 = NJW 2006, 146 = ZIP 2005, 2271 – segnitz.de; I ZR 230/99, GRUR 2002, 898 = NJW 2002, 3551 = wrp 2002, 1066, 1069 – *defacto.de*.

43 Implizit BGH I ZR 138/99, MR 2001, 402 – *shell.de*.

- ▷ *Kein genereller Vorrang von Organisations- oder Körperschaftsnamen im Verhältnis zu Personennamen:* Warum Herr Roland Linz grundsätzlich hinter der oberösterreichischen Landeshauptstadt zurück treten soll, ist nicht einzusehen.
- ▷ *Kein genereller Vorrang von Eigen- oder Zwangsnamen gegenüber Fantasie- oder Decknamen:* Es besteht kein Grund, selbst Privatpersonen etwa im Hinblick auf deren gegebenenfalls kurze bürgerliche Namen oder deren Decknamen, Pseudonyme bzw Initialen⁴⁴ von der Registrierung auszuschließen. Denn innerhalb des Kreises der Namens- oder Kennzeichenberechtigten muss sich – vom Grundsatz her – auch »der Inhaber eines relativ stärkeren Rechts« dem Prioritätsprinzip bezogen auf den Anmeldezeitpunkt der Domain unterwerfen.⁴⁵ Dass Decknamen erst bei Vorliegen von Verkehrsgeltung geschützt sein sollen,⁴⁶ stellt eine Frage der Unterscheidungskraft und daher des Namensschutzes überhaupt dar, nicht ein Problem der Gleichnamigkeit.
- ▷ *Kein genereller Vorrang der überragenden Bekanntheit eines Gleichnamigen:* Nicht entscheidend ist, ob ein berühmter oder weniger bekannter Name unbefugt gebraucht wird. Unbefugt ist nämlich der Gebrauch einer Namensdomain immer dann, wenn dem Inhaber der Domain kein eigenes Recht am verwendeten Namen zusteht. Die Gleichnamigkeit setzt lediglich die Befugtheit voraus. Abgesehen von der namensrechtlichen Unterscheidungskraft bei Allerweltsnamen oder Gattungsbegriffen ist das Ausmaß der Bekanntheit des Namensträgers (iS einer Verkehrsgeltung) für das Bestehen von Ansprüchen gegen den Domaininhaber jedoch unerheblich.⁴⁷
- ▷ Wirklich überzeugende Kriterien zur Beurteilung der Frage zu finden, ob ein Name hinreichend bekannt ist, fällt schwer.⁴⁸ In den verbleibenden Fällen geradezu notorischer Bekanntheit etwa iSd Art 6^{bis} PVÜ darf nicht übersehen werden, dass die Existenz von Gleichnamigkeit unvermeidlich ist.⁴⁹ Im Offlinebereich ist auch keiner gezwungen, seinen bürgerlichen Namen aufzugeben, weil schon ein älterer, gleichnamiger Träger existiert. § 43 ABGB kennt keine dem § 10 Abs 2 MSchG ähnliche Sondervorschrift.⁵⁰ Ob daher der Ort

44 BVerfG 1 BvR 2047/03, CR 2006, 770, 771 = NJW 2007, 671 – maxem.de II (Tz 15).

45 BGH I ZR 138/99, CR 2002, 525 = ITRB 2002, 177 – shell.de (Tz 36); vgl LG Düsseldorf 34 O 71/03, ITRB 2004, 179 = MMR 2004, 111 – hudson.de; OGH 4 Ob 42/03k, MR 2004, 63, 64 – rtl.at.

46 Vgl OGH 4 Ob 318/71, ÖBl 1971, 152 – Telefritz II; BGH I ZR 296/00, BGHZ 155, 273 = CR 2003, 645 (Eckhardt) – maxem.de I; Aicher in Rummel³ § 43 Rz 5 unter Bezugnahme auf die dt Rsp.

47 OGH 17 Ob 44/08g, RdW 2009/501, 522 = wbl 2009/185, 419 (Thiele) = ecolex 2009/272, 691 (Horak) = jusIT 2009/40, 90 (Thiele) = ÖBl 2009/43, 229 (Gamerith) = MR 2009, 219 (Thiele) – justizwache.at.

48 Vgl OLG Köln 15 U 108, 109/01, CR 2002, 533, 535 – guenter-jauch.de; OLG Dresden 14 U 2486/00, CR 2001, 408, 410 – kurt-biedenkopf.de.

49 Posch in Schwimann³ I § 43 Rz 25.

50 Unklar OGH 4 Ob 209/01s, wbl 2002/64, 91 = MR 2001, 411 (Korn) = RdW 2002/127, 146 = ecolex 2002/82, 191 (Schanda) = JUS Z/3295 = ÖBl 2002/27, 142 (Kurz) = SZ 74/161 – bundesheer.at II.

Ibm oder der US-amerikanische Computergigant IBM Inhaber der Domain »ibm.at« wird, hängt allein von der früheren Domainanmeldung ab.⁵¹ Die lautere Verwendung des eigenen Namens ist durch gleichnamige oder verwechslungsgefährdende Namenskonkurrenten hinzunehmen.⁵²

Diese auf den ersten Blick für manche unbefriedigende, aber letztlich klare Lösung für den Gleichnamigkeitsfall trägt einerseits dem Gleichbehandlungsgrundsatz bzw Gleichwertigkeitsgrundsatz (im Kennzeichenrecht) sowie dem »Gerechtigkeitsprinzip des elektronischen Zeitvorrangs« Rechnung. In einem solchen Fall ist es dem mit der Registrierung im Internet folgenden Rechtsträger ohne weiteres zumutbar, ein der Unterscheidung – allenfalls auch dem Hinweis auf die von ihm angebotene Dienstleistung – dienendes Zeichen hinzuzufügen, um eine Eintragung in derselben Top Level Domain zu erreichen.⁵³

III. Mögliche Verfeinerungen

Die klare, leicht handhabbare – auf dem elektronischen Zeitvorrang beruhende – Regel bedarf mE lediglich eines Korrektivs, nämlich im Fall der *Unredlichkeit des namensgleichen* Domainanmelders. Ohne Hinzutreten unlauterer Umstände wird man einen Vorrang eines Namensträgers gegenüber dem anderen kaum nachvollziehbar und iS einer klaren Lösung begründen können. Insbesondere dann nicht, wenn ein Namensträger seine uU jahrzehntelang gepflegte Domain aufgeben müsste, weil ein anderer, zufällig älterer Namensträger auf den Plan tritt.⁵⁴ Dabei ist zu beachten, dass § 43 ABGB einen Verwirkungstatbestand ähnlich § 9 Abs 5 UWG oder § 58 MSchG nicht kennt. Lediglich in den Fällen, in denen eine Domain erkennbar zu dem Zweck angemeldet worden ist, den anderen Namensträger gezielt an einem sinnvollen Auftritt im Netz zu hindern oder ihm die Domain gegen Zahlung eines Geldbetrages zu verkaufen, benutzt

51 Die gegenteilige Auffassung des BGH ist nach wie vor als systemfremd abzulehnen; vgl *Thiele, Shell gegen Shell* – eine neue Dimension des Domainrechts? Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. 11. 2001, I ZR 138/99, aus rechtsvergleichender Sicht, MR 2002, 198 (200 f).

52 In diese Richtung OGH 4 Ob 207/02y, ecolex 2003/86, 182 (*Schanda*) = EvBl 2003/44, 223 = JUS Z/3516 = wbl 2003/92, 145 = ÖBl 2003/36, 140 (*Fallenböck*) = SZ 2002/146 – ams.at.

53 OGH 4 Ob 140/99p, MR 1999, 237 (*Höhne*) = RdW 1999, 710 = ecolex 1999/281 (*Schanda*) = ÖBl 2000, 39 = ARD 5108/28/2000 – sattler.at; BGH I ZR 317/99, GRUR 2002, 706 = NJW 2002, 2096 – vossius.de.

54 Vgl BGH I ZR 11/06, GRUR 2009, 608 = NJW 2009, 1756 – raule.de.

der Domaininhaber diese nicht mehr in redlicher Weise zur Identifizierung seiner Person und ist mE insofern nicht mehr schutzwürdig.⁵⁵

In Fällen einer beabsichtigten, ungewollten oder einfach schon seit unvordenklichen Zeiten bestehenden Gleichgewichtslage zwischen befugten Namensträgern sind die skizzierten Regeln durch das *Gebot der (gegenseitigen) Rücksichtnahme* zu ergänzen. Die *Gleichgewichtslage*, die zwischen zwei in derselben Branche, aber an verschiedenen Standorten tätigen gleichnamigen juristische oder natürliche Personen besteht, kann nämlich dadurch *gestört* werden, dass der – letztlich gemeinsame – Name als Domain oder E-Mail-Adresse oder sonst auf Internetseiten verwendet wird, ohne dabei ausreichend deutlich zu machen, dass es sich nicht um den Internetauftritt des jeweils Anderen handelt. Ein Gleichnamiger kann seiner Verpflichtung zur Minderung der Zuordnungsverwirrung mE dadurch genügen, dass er auf der ersten Seite seines Internetauftritts (Homepage) deutlich macht, dass es sich um seinen eigenen und nicht um den Internetauftritt des anderen Namensträgers handelt. Dabei handelt es sich um ein milderes Mittel, das dem gänzliches Verbot der Verwendung oder gar Löschung der angegriffenen Domain vorzuziehen ist. Eine derartige Vorgangsweise trifft eine sachgerechte Abwägung zwischen den als grundsätzlich gleichwertig zu behandelnden Interessen gleichnamiger Rechtsträger bzw Domaininhaber.⁵⁶

Stört ein Gleichnamiger die virtuelle Gleichgewichtslage, so ist er mE zu nicht mehr, aber auch nicht zu weniger verpflichtet als das Erforderliche und Zumutbare zu tun, um die durch die beanstandete Verwendung der überbordenden geschäftlichen Bezeichnung im Internet und seinen Diensten erhöhte Verwechslungsgefahr auf ein hinnehmbares Maß zu vermindern.⁵⁷

D. Bedeutung der Top-Level-Domains in namensrechtlichen Konfliktfällen

Das vorliegende Urteil wirft die Frage einer Namensanmaßung auch bei anderen Top-Level-Domains, wie ».com«, ».org«, ».net« oder ».eu« auf.

55 Vgl LG Erfurt 3 O 2554/01, MMR 2002, 396, 397 – suhl.de.

56 Ebenso bereits BGH I ZR 174/07, jusIT 2010/85, 177 (Thiele) = K&R 2010, 486 (Strömer) – peek-undeloppenburg.de.

57 Die technischen Möglichkeiten dazu bestehen längst, siehe die Angaben des Anbieters *digitalelement* unter <http://www.digitalelement.com/about_us/about_us.html> (27.12.2010).

I. Meinungsstand

Nach bisheriger Rsp⁵⁸ gilt: »Die Top Level Domain hat bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit oder Zeichenidentität regelmäßig außer Betracht zu bleiben«. In der Tat hat die Rsp⁵⁹ in Deutschland festgehalten, dass eine unberechtigte Namensanmaßung nach § 12 Satz 1 zweite Alternative dBGB auch darin liegt, dass ein Dritter, der kein Recht zur Namensführung hat, den Namen einer Gebietskörperschaft ohne weitere Zusätze als Second-Level-Domain zusammen mit der Top-Level-Domain »info« verwendet. Bereits an anderer Stelle hat ein Teil der Lehre⁶⁰ sich ausführlich mit diesem Aspekt der Verwechslungsgefahr auseinander gesetzt.

Die allerjüngste Judikatur⁶¹ hat die Kritik der Lehre aufgegriffen und festgehalten, dass im Domainrechtsstreit nach § 43 ABGB der verwendeten Top-Level-Domain (TLD) eine mitprägende Wirkung des Gesamteindrucks zukommen kann. Maßgebend für die Beurteilung der Zuordnungsverwirrung ist stets die Verkehrsauffassung. Die Frage, welche Wirkung eine TLD auf die beteiligten Verkehrskreise hat, ist eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen; sie ist aber immer eine Tatfrage, wenn dies nicht der Fall ist, und als solche daher einem Sachverständigenbeweis zugänglich.

58 OGH 4 Ob 73/01s, wbl 2001/266, 449 = ecolex 2001/281, 757 (*Schanda*) = EvBl 2001/176, 769 = RdW 2001/610, 592 = MR 2001, 258 = ÖBl 2001, 263 = JUS Z/3331 – pro-solution.at; 4 Ob 42/03k, ecolex 2003/317, 773 (*Schanda*) = ÖBl 2004/11, 35 (*Fallenböck*) = MR 2004, 63 – rtl.at; 4 Ob 226/04w, wbl 2005/157, 286 = JUS Z/3973 = JUS Z/3974 = RdW 2005/536, 469 (*Fraiss*) = RdW 2005/562, 489 = ecolex 2005/403, 849 (*Braunböck*) = ÖBl 2005/40, 178 (*Gamerith*) = MR 2005, 493 (*Thiele*) = SZ 2005/13 – omega.at; 17 Ob 3/07a, MR 2007, 98 = ÖBl-LS 2007/123/124, 158 – immoeast.com; ansatzweise differenzierend OGH 4 Ob 185/06v, MR 2007, 103 (krit *Thiele*) – tirolcom.at.

59 BGH I ZR 201/03, GRUR 2007, 259 = MMR 2007, 38 = NJW 2007, 682 – solingen.info.

60 *Thiele*, kennzeichen.egal – Zur Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains, abrufbar unter <http://www.laga.at/rechtsprobleme/doks/kennzeichen_egal-thiele.pdf> (27.12.2010); *Schubert*, Quo vadis – Top-Level-Domain? JurPC Web-Dok 62/2006; *dies*, Die Einführung sprechender Top-Level-Domains am Beispiel regionaler und Städte-Domains und ihre Beurteilung im Lichte des Marken-, Namens- und Wettbewerbsrechts, JurPC Web-Dok 112/2006.

61 OGH 17 Ob 16/10t, jusIT 2011/22, 47 (zust *Thiele*) = wbl 2011/103, 276 (zust *Thiele*) – schladming.com.

II. Empirische Grundlagen

In der Zwischenzeit haben empirische Untersuchungen des Nutzungsverhaltens⁶² deutlich gemacht, dass der verwendeten TLD »eine mitprägende Wirkung des Gesamteindrucks zukommt«.⁶³

Nach den empirischen Untersuchungen ist zB die TLD »eu« als klar verständliche Abkürzung dem Konzept folgend als »sprechend«, dh durchaus unterscheidungs- und kennzeichnungskräftig, einzustufen. Die freien Assoziationen der Internetnutzer zu »eu« werden mit überwältigender Mehrheit von »Europa«, »Europäischer Union« bzw »europäisch« (77 %) dominiert. Deutlich seltener und ungefähr ähnlich häufig werden Unternehmen (ca 9 %), Privatpersonen (ca 6 %) und Behörden (ca 5 %) damit verbunden.⁶⁴ Darüber hinaus verbanden die Nutzer mit der TLD »eu« Erwartungen an die auf der zugehörigen Website verwendete Sprache mit englisch (ca 6 %), mehrsprachig (9 %) und deutsch (ca 1 %).

Demgegenüber erwies sich die TLD »com« als von geringer Kennzeichnungskraft. Ein Drittel der Befragten (ca 33 %) nannte dazu die Stichwörter »international/weltweit«, gefolgt von »kommerziell« mit ca 18 % und »Unternehmen« mit ca 14 %. Insgesamt ca 9 % assoziieren mit der TLD die USA/Amerika. Rund 2 % gaben explizit an »kann alles sein«. Rund 3 % der Befragten hatten überhaupt keine konkrete Vorstellung oder Assoziation.⁶⁵ Immerhin ein Viertel (ca 25 %) verbanden mit dieser TLD die englische Sprache, lediglich ca 3 % gehen von Mehrsprachigkeit des Webangebotes aus. Der aufmerksame Leser ist angesichts dieser empirischen Untersuchungen und der »richterlichen Verkehrsauffassung« an den Rechtsstreit um die Bezeichnung »Holland Blumen Markt(t)« erinnert.⁶⁶

III. Einfluss der TLDs bei Namensdomains

Die Ansicht, es komme für die Frage der Verwechslungsgefahr niemals auf die Top-Level-Domain an, ist mE zu pauschal. Die Aussage kann nur im Grundsatz Gültigkeit beanspruchen, dh idR bleiben die Netzbezeichnung »www.«

62 Schubert, Das empirische Verbraucherverständnis über Top-Level-Domains, JurPC Web-Dok 62/2007, zugleich eine Studie der eResult GmbH, Göttingen, im Auftrag der dotBERLIN GmbH&Co KG aus dem Jahr 2007.

63 Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 27.

64 Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 36.

65 Schubert, JurPC Web-Dok 62/2007 Abs 40.

66 OGH 4 Ob 70/90, wbl 1991, 30 = ecolex 1990, 695 – Holland Blumen Markt III; 4 Ob 376/85, ÖBl 1986, 48 – Holland Blumen Markt II; 6 Ob 5/78, SZ 51/86 = NZ 1979, 58 = ÖBl 1978, 119 = GesRZ 1979, 86 – Holland Blumen Markt I.

und die TLD, die keinen zwingenden Hinweis auf den Namensträger geben, ohne Belang.⁶⁷ Im Einzelfall kann eine abweichende TLD die Zeichenähnlichkeit ohne weiteres ausschließen. Es besteht nämlich – empirisch durchaus belegbar – eine grundsätzliche Eignung der TLD als Unterscheidungsmit-
tel.⁶⁸ Eine relevante Verwechslungsgefahr kann zB konkret dann bestehen, wenn der Name einer Person identisch ist mit der Kombination aus Second-Level-Domain und Top-Level-Domain einer anderen Person, zB »sti.ch« (Stich), »mach.at« (Machatsch) oder austro.com (AUSTROCOM). In diesen Fällen wird die TLD nämlich in kennzeichnender Weise eingesetzt. Insbesondere bei einen eigenen Bedeutungsgehalt aufweisenden TLDs wie zB ».ag« oder ».tv« kann eine Namensverletzung verstärkt werden.⁶⁹

Im Übrigen entscheidet die Verkehrserwartung, dh ob der Internet Nutzer iSd § 3 Z 4 ECG,⁷⁰ den Namensträger auch unter der konkret zu prüfenden TLD noch identifiziert. Dabei kommt dem oben skizzierten Erfahrungswissen mE erhebliche Bedeutung zu.

Die Anfang des Jahres 2011 gefällte Entscheidung⁷¹ zur Domain *schladming.com* wirft die durchaus praktische Frage nach der Bedeutung von TLDs im Kennzeichenstreit auf. Ausgehend von der vorgezeichneten Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenfrage sowie empirische Untersuchungen des Nutzungsverhaltens⁷², lassen sich mE folgende Abgrenzungen treffen:

- ▷ **typisch länderspezifische TLDs** wie z.B. ».at« (für Österreich), ».de« (für Deutschland) oder ».ch« (für die Schweiz) sind idR beachtenswert, und können gerade gleichnamige Namensträger aufgrund des territorialen Zusatzes voneinander abgrenzen; gleiches gilt z.B. für gTLDs wie ».asia« oder neue TLDs wie ».berlin« odgl.
- ▷ **allgemeine TLDs** wie z.B. »info« oder »net« treten idR völlig hinter die jeweilige SLD zurück⁷³; gleiches gilt z.B. für »biz«.

67 OGH 4 Ob 42/03k, ecolex 2003/317, 773 (*Schanda*) = ÖBl 2004/11, 35 (*Fallenböck*) = MR 2004, 63 – rtl.at.

68 BGH I ZR 201/03, GRUR 2007, 259 = MMR 2007, 38 = NJW 2007, 682 – solingen.info.

69 Vgl OLG Hamburg 3 W 78/02, CR 2002, 910 – Verona Feldbusch/verona.tv; OLG Hamburg 5 U 162/03, CR 2004, 769 – TIPP AG/tipp.ag.

70 Der verständigerweise idR und ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht von einer wirtschaftlichen oder organisatorischen Verknüpfung sämtlicher Anbieter von Internet-Informationen ausgeht, die ihre Informationen unter ähnlichen Domain-Namen ins Netz stellen: OGH 4 Ob 158/00i, MR 2000, 322 = RdW 2001/32, 21 = wbl 2000/386, 579 = ecolex 2001/53, 128 (*Schanda*) = EvBl 2001/20, 101 = ÖBl 2001, 26 (*Schramböck*) = ARD 5193/25/2001 – gewinn.at.

71 OGH 17 Ob 16/10t, jusIT 2011/22, 47 (zust *Thiele*) = wbl 2011/103, 276 (zust *Thiele*) – schladming.com.

72 *Schubert*, JurPC Web-Dok 62/2007

73 So bereits BGH I ZR 201/03, GRUR 2007, 259 = MMR 2007, 38 = NJW 2007, 682 – solingen.info; so auch OGH 17 Ob 16/10t, jusIT 2011/22, 47 (zust *Thiele*) = wbl 2011/103, 276 (zust *Thiele*) – schladming.com.

- ▷ **übernationalen TLDs** wie z.B. ».eu« kommt idR eigenständige Bedeutung zu. Eine im Auftrag der EURid durchgeführte Umfrage⁷⁴ hat bereits 2009 gezeigt, dass 79% der Internetnutzer in Europa das Konzept der TLD und der Domainnamen kennen und, dass 63% die Existenz der ».eu«-TLD bekannt ist. 45% der Internetnutzer wussten, dass sie als Bürger mit Wohnsitz in der EU eine ».eu«-Domain registrieren lassen können und 11% erwogen die Möglichkeit der Registrierung einer Domain unter dieser TLD. Eine andere, ebenfalls im Auftrag der EURid durchgeführte Umfrage ergab, dass Internetnutzer mit ».eu« nicht nur eine echte europäische Internetidentität verbinden, sondern auch glauben, dass ».eu«-Domains innovativ und modern sind.⁷⁵ Bemerkenswerterweise hat das Europäische Höchstgericht⁷⁶ festgehalten, dass »die Verwendung von *neutralen Domänennamen oberster Stufe*⁷⁷ wie ».com« oder ».eu«, den internationalen Charakter [einer über eine zugehörige Website angebotenen] Tätigkeit unterstreicht, und als Anhaltspunkt dafür anzusehen ist, ob die Tätigkeit auf einen oder mehrere andere Mitgliedstaaten im Sinne von Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO »ausgerichtet« ist.
- ▷ **gruppen- oder branchenspezifische TLDs**, wie z.B. ».org« (für Organisationen), »int« (für internationale Organisationen), »coop« (für Gesellschaften) oder ».pro« (für einige wenige Berufsgruppen wie Rechtsanwälte, Ärzte odgl.) drücken idR einen bestimmten Zusammenschluss mehrere Einheiten oder überhaupt eine Personenmehrheit aus; insoweit besteht durchaus Unterscheidungskraft bzw. zumindest eine Abgrenzungsfunktionalität; gleiches gilt z.B. für ».travel«, ».museum«, ».jobs« oder ».aero«.
- ▷ **funktionelle TLDs** wie z.B. »tel« (zum vereinfachten Anrufen von Personen) oder ».mobi« (für mobile Telekommunikationsdienste) haben idR eine bloß beschreibende Funktion, da sie nicht den Domaininhaber, sondern die (überwiegende) Nutzungsart der Domain betreffen.
- ▷ **zweckentfremdete TLDs** wie z.B. ».tv« oder ».ag« haben aufgrund einer z.T. äußerst liberalen Registrierungs politik einen Bedeutungswandel durchgemacht, der im Einzelfall nachzuweisen ist; gleiches gilt z.B. für ».fm«, ».me« oder für ».to«-Domains, die anonym registriert werden können, da die zuständige Vergabestelle in Tonga keine Online-Inhaberfragen erlaubt.

74 Abrufbar unter <<http://www.eurid.eu/en/content/two-thirds-online-europeans-are-aware-eu>> (25.5.2011).

75 Zitiert nach dem Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über Implementierung, Betrieb und Effektivität der ».eu«-TLD vom 26.6.2009, 5 f, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/information_society/policy/doteu/doc/report2009/com_2009_303_de.pdf> (25.5.2011).

76 EuGH C-585/08, C-144/09 Rz 83, Zak 2010/745, 422 = RdW 2011/15, 20 – Pammer und Heller.

77 Hervorhebung vom Verfasser.

E. Gestattung durch andere Namensträger

Die Grundsatzentscheidung des Höchstgerichts zu *justizwache.at* führt dazu, dass in der Vergangenheit von zB Gemeinden oder Städten eingegangenen »Kooperationen« oder formelle Gestattungen, die mit dem jeweiligen Rechts-träger gleichlautende Namendomain zu verwenden, ausdrücklich anerkannt werden, da »mit einer auf dieser Grundlage geschlossenen Vereinbarung der Namensträger in weiterer Folge sicherstellen kann, dass der Interessengleichklang bestehen bleibt und der Inhalt der Website nicht nachträglich zu seinem Nachteil geändert wird.«⁷⁸

I. Grundlage und Wesen des namensrechtlichen Gestattungsvertrags

Im Einklang mit der bisherigen Rsp⁷⁹ und der hL⁸⁰ geht der 17. Senat zu Recht davon aus, dass das Namensrecht nach § 43 ABGB sowohl eine im Persönlichkeitsrecht wurzelnde ideelle Komponente, als auch eine dem Immaterialgüterrecht angenäherte kommerzielle Seite aufweist. Lediglich die *vermögensrechtlichen Aspekte* können einerseits zum Gegenstand von rechtsgeschäftlichen Gestattungen oder Erlaubnissen (sog. »*Namenslizenzverträgen*«⁸¹ oder Gestattungsverträgen) gemacht werden und sind andererseits in vollem Umfang vererblich.⁸²

Die *Kommerzialisierbarkeit des Namens* beruht auf der grundsätzlichen dogmatischen Überlegung, die (populären) Persönlichkeiten bei Ausnutzung von Merkmalen ihrer Persönlichkeit einen Verwendungsanspruch gewährt. Jede ungenehmigte Benutzung des Bildes, des Namens, der Stimme oder eines sons-

78 OGH 17 Ob 44/08g, RdW 2009/501, 522 = wbl 2009/185, 419 (*Thiele*) = ecolex 2009/272, 691 (*Horak*) = jusIT 2009/40, 90 (*Thiele*) = ÖBl 2009/43, 229 (*Gamerith*) = MR 2009, 219 (*Thiele*) – justizwache.at.

79 OGH 1 Ob 291/75, GesRZ 1976,96 = SZ 48/125.

80 Statt vieler *Aicher* in Rummel³ § 43 Rz 1 mwN.

81 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII; 4 Ob 124/10d – Namenslizenzvertrag; Zum modernen Name Licensing vgl *Thiele*, Update Sponsoring – Naming-Rights bei Kultur- und Sportstätten, ecolex 2005, 773 mwN.

82 Vgl *Schauer*, Nachlass und vererbliche Rechtsverhältnisse, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 15 Rz 4; *Weiß/Ferrari* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 24; *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003) 642; *Warzilek*, Entscheidungsanmerkung, MR 2008, 148 (151); OGH 6 Ob 57/06k, EvBl 2008/48, 275 = MR 2008, 145 (*Thiele/Warzilek*) = ecolex 2008/198, 550 (*Schachter*) = RZ 2008/EÜ 266, 209 = EFSlg 116.170 = SZ 2007/171 – Ernst-Happel-Briefmarke; 4 Ob 85/00d, ecolex 2000/322, 808 (*Schanda*) = MR 2000, 368 = ÖBl-LS 2001/30, 17 = JBl 2001, 54 – Radetzky-Weingut; ebenso BGH I ZR 49/97, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

tigen Merkmals einer Person, gleich ob berühmt oder unbekannt, stellt eine Verletzung der Autonomie und Würde dieser Person dar. Insoweit handelt es sich bei der ungenehmigten Verwendung von Persönlichkeitsmerkmalen in der Werbung um ein (schlichtes) Persönlichkeitsdelikt.⁸³ Die Erlaubnis, das Bild, die Stimme oder den Namen des Betroffenen zu nutzen, ist gewissermaßen die vertragliche Seite der Medaille. Der Abbildung, dem Namen, der Stimme und auch sonstigen Merkmalen der Persönlichkeit kann nämlich ein bedeutender wirtschaftlicher Wert zukommen, der in der Regel darauf beruht, dass eine Persönlichkeit in der Öffentlichkeit – meist durch besondere Leistungen etwa auf sportlichem oder künstlerischem Gebiet – hervorgetreten ist und damit Bekanntheit und Ansehen gewonnen hat. Diese Popularität und ein damit verbundenes Image kann die Persönlichkeit wirtschaftlich verwerten, indem sie Dritten gegen Entgelt gestattet, ihr Bild, ihren Namen oder andere Persönlichkeitsmerkmale, die ein Wiedererkennen ermöglichen, kommerziell – zB in der Werbung – zu nutzen.⁸⁴

Dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Begriff »Lizenz« oder »Lizenzvertrag« fremd. Die Hauptstütze in der österreichischen Rechtsordnung für die Lizenz liefert § 35 PatG daneben sind die §§ 11, 14, 28 MSchG sowie Art 22 GMV und Art 32 GGV zu nennen. »Lizenz« bedeutet dem Wortsinn nach Erlaubnis. § 35 PatG versteht darunter die Überlassung der Benützung der Erfindung an Dritte durch einen Patentinhaber. Nach einhelliger Meinung⁸⁵ ist daher eine Lizenz die Erlaubnis, ein fremdes gewerbliches Schutzrecht zu nutzen.

Der *Namenslizenzvertrag* ist in Österreich daher ein Vertrag eigener Art, dessen Kern⁸⁶ der Verzicht des Namensrechtsinhabers auf die Ausübung seines Verbotsrechts gegenüber dem Lizenznehmer bildet. Es handelt sich um ein *Dauer-schuldverhältnis*.⁸⁷

83 So zutreffend mit ausführlicher rechtsvergleichender Begründung *Brüggemeier*, Rätsel um das sogenannte »Right of Publicity«, in FS Koziol (2010) 3 (11) mwN.

84 OGH 4 Ob 146/09p, ecolex 2010/129, 372 (*Tonninger*) = MR 2009, 358 = RdW 2009/814, 845 – *Werbespot* mwN; bereits zutreffend *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Grundriß Allgemeiner Teil (1982) Rz 106.2.

85 Statt vieler *Schönherr*, Grundriß Rz 410.1.

86 *Schönherr*, Grundriß Rz 418.

87 Vgl. *Schönherr*, Grundriß Rz 417.1; *Thiele*, ecolex 2005, 773 mwN.

II. Wirksamkeitserfordernisse und Inhalt des Gestattungsvertrags

Das Privatrecht sieht keine Form für Gestattungsverträge vor. In der Praxis empfiehlt sich jedoch, wie allgemein bei der Erteilung von Immaterialgüterrechten, eine schriftliche Abfassung.

Haben Gebietskörperschaften, wie zB Städte oder Gemeinden, ihre Zustimmung zur Verwendung von Namensdomains erteilt, ist mE anhand der jeweiligen Gemeindeordnungen zu prüfen, ob die Willensbildung formal wirksam ist, da dies nach § 867 ABGB aus den »*politischen Gesetzen zu entnehmen*« ist. So enthält beispielsweise die Salzburger Gemeindeordnung⁸⁸ keine Bestimmung darüber, dass die Gestattung des Gemeindepamens zur Verwendung als Internetdomain der Beschlussfassung der Gemeindevertretung (Gemeinderat) vorbehalten wäre. Es ist daher davon auszugehen, dass der Abschluss einer derartigen Gestattungsvereinbarung in den Kompetenzbereich des Bürgermeisters gem §§ 39, 40 Sbg GdO 1994 fällt. Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, dass die Vertretung der Gemeinde in der Gemeindeordnung diesbezüglich unklar geregelt wäre – was sie nicht ist –, so ist mit der hL⁸⁹ von einer umfassenden Vertretungskompetenz des Bürgermeisters auszugehen, insbesondere, wenn der Bürgermeister als Vorsitzender des Gemeinderates diesen auch nach außen vertritt. Eine schlüssige Zustimmung dürfte die seltene Ausnahme bleiben.⁹⁰

Nach der *personalen Geltung* einer Namenslizenz unterscheidet man zunächst die *einfache Lizenz* als Grundfall der Lizenzvergabe⁹¹ von der *ausschließlichen* oder *exklusiven Lizenz*. Bei letzterer erwirbt der Lizenznehmer die stärkste Rechtsposition. Denn der Lizenzgeber ist gehindert, weitere Lizenzen zu erteilen und darf den Namen (zumindest im Lizenzgebiet) auch selbst nicht mehr nutzen. Die *alleinige Lizenz* steht zwischen den bereits genannten Formen. Sie ähnelt der ausschließlichen Lizenz; allerdings behält der Namensträger das Recht, den Namen selbst geschäftlich weiter zu nutzen. Die Besonderheit im *Maria Treben-Fall*⁹² lag darin, dass die Klägerin selbst gegründet wurde, um den Vertrieb von Produkten unter dem Namen »*Maria Treben*« auch nach dem Tod der Namensträgerin sicher zu stellen. Sie konnte sich daher auf eine *ausschließliche Namensrechtseinräumung* berufen, künftig die vermögenswerten Interessen der Namensträgerin an der Verwertung ihres Namens zu schützen und

88 Sbg GdO 1994, Sbg LGBl 1994/107 (wv), mehrfach novelliert, zuletzt Sbg LGBl 2010/67.

89 Vgl *Apathy/Riedler* in Schwimann³ IV § 867 Rz 6 mwN.

90 So aber *Gamerith*, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2009, 233.

91 Zur Unterscheidung instruktiv *Nauta*, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003, 404 ff.

92 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII.

Namensmissbrauch abzustellen. Diese über den Tod der eigentlichen Namens-trägerin hinausreichenden Aufgaben umfassen jedenfalls – so die Höchststrichter – auch das Recht, den Namen (quasi anstelle der Namensträgerin) selbst zu führen. Mit dieser ausschließlichen Lizenz an die Klägerin ist zugleich auch die Möglichkeit eines Widerrufs von anderen Namenslizenzverträgen aus wichtigem Grund verbunden, mögen diese auch seinerzeit von der Namensträgerin selbst abgeschlossen worden sein, wie die Höchststrichter zu Recht betonen.

Im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien ist der *Namenslizenzvertrag* nach den Regeln der §§ 914, 915 ABGB auszulegen.⁹³ Wie weit dabei die Gestattung inhaltlich, zeitlich und räumlich reicht, richtet sich immer nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Die Kriterien lassen sich, zumindest in groben Umrissen, wie folgt festmachen:

- ▷ Für die *zeitliche Ausgestaltung* einer *Namenslizenz* ist festzuhalten, dass mangels einer ausdrücklichen Abrede über die Dauer der Nutzung eines Namens für wirtschaftliche Zwecke die Umstände stets für eine unbefristete Gestaltung sprechen, weil es im Wirtschaftsleben der namensmäßigen Kontinuität bedarf.⁹⁴ Der Namenslizenzvertrag kann daher noch über den Tod des Namensträgers zu Gunsten des Lizenznehmers fortwirken.⁹⁵
- ▷ In *räumlicher Hinsicht* ist für eine *Namenslizenz* auf das jeweilige Vertragsgebiet abzustellen, das sich primär nach der Vereinbarung richtet. Maßgeblich dafür ist die tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit des Lizenznehmers, soweit sie vom Vertrag umfasst ist. Gerade bei der Namenslizenz ist anders als zB bei den territorial begrenzten Schutzrechten der Marke oder des Patents zu beachten, dass der räumliche Geltungsbereich der Gestattung durchaus über das Herkunftsland des Namensträgers hinausreichen kann.⁹⁶ Bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte muss die Gestattungsvereinbarung einschränkend dahin ausgelegt werden; sie kann in aller Regel nicht dahin verstanden werden, dass der Gestattende über den Beendigungszeitpunkt hinaus – auch zum eigenen Nachteil – auf das eigene Recht verzichtet. Mangels gegenteiliger Absprache ist daher anzunehmen, dass der Lizenznehmer darauf verzichtet, nach dem Ende des Vertrags, dessentwegen die »Namensspende« gemacht

93 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII; 4 Ob 124/10d – Namenslizenzvertrag; so bereits *Schönherr*, Grundriß Rz 431 und im Ansatz OGH 4 Ob 93/92, wbl 1993, 128 = ecolex 1993, 252 = ÖBl 1993, 15 – Candy & Company.

94 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII.

95 OGH 4 Ob 85/00d, ecolex 2000/322, 808 (*Schanda*) = MR 2000, 368 = ÖBl-LS 2001/30, 17 = JBl 2001, 54 – Radetzky-Weingut.

96 Vgl OGH 4 Ob 115/94, ÖBl 1995, 159 = SZ 67/174 = ÖBl 1995, 224 = wbl 1995, 211 – Slender You.

wurde, dem Lizenzgeber unter Berufung auf seine angebliche territoriale Priorität den Gebrauch des eigenen Namens untersagen zu lassen.⁹⁷

Darüber hinaus lassen sich noch unterschiedliche Lizenzierungsstufen unterscheiden, zB Vertriebs- und Herstellungslizenzen oder sonstige Beschränkungen auf bestimmte Produkte oder Dienstleistungen.⁹⁸

III. Rechtswirkungen des Gestattungsvertrags

Die *Wirkung eines Gestattungsvertrags* besteht zunächst darin, die Rechtswidrigkeit des Gebrauchs eines fremden Namens oder eines fremden Kennzeichens durch den Lizenznehmer, maW die Unbefugtheit, zu beseitigen.⁹⁹

Gestattet der Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch eines Kennzeichens, erwirbt damit der Begünstigte des Gestattungsvertrags kein abgeleitetes, sondern – durch Annahme und Gebrauch – ein originäres Kennzeichenrecht mit entsprechend jüngerer Priorität.¹⁰⁰ Für die *Wirkung der Namenslizenz gegenüber Dritten* hält die Rsp¹⁰¹ fest, dass der Lizenznehmer sich gegen prioritätsjüngere Kennzeichen als das aus dem Gestattungsvertrag abgeleitete Nutzungsrecht jedenfalls durchsetzt. Selbst für den Fall, dass der Lizenzgeber über ein (idR) älteres Kennzeichen oder sonstiges Kennzeichenrecht verfügt, könnte er den Gestattungsvertrag nur aus einem wichtigen Grund auflösen.¹⁰²

Im umgekehrten Fall, um Ansprüche wegen unbefugter Namensverwendung nach § 43 ABGB geltend machen zu können, also die *aktive Verfolgung* von Namensverletzungen zu betreiben, genügt es nicht, sich als Gestattungsgeber auf die Zeichenverwendung durch den Gestattungsnehmer (also auf dessen originäres Kennzeichenrecht) zu berufen. Dies deshalb weil der Begünstigte des Gestattungsvertrags kein abgeleitetes, sondern – durch Annahme und Gebrauch – ein originäres Kennzeichenrecht mit entsprechend jüngerer Priorität erwirbt, wenn der Kennzeicheninhaber einem anderen den Gebrauch eines Kennzeichens gestattet.¹⁰³

97 OGH 4 Ob 118/94, wbl 1995, 211 = ÖBl 1995, 224 = PBl 1996, 43 – Virion.

98 Zur Rechtspraxis und Struktur von Lizenzverträgen vgl *Liebscher*, Lizenzverträge (2001).

99 OGH 4 Ob 85/00d, ecolex 2000/322, 808 (*Schanda*) = MR 2000, 368 = ÖBl-LS 2001/30, 17 = JBl 2001, 54 – Radetzky-Weingut.

100 St Rsp OGH 4 Ob 96/92, ecolex 1993, 99 = ÖBl 1993, 21 – Gullivers Reisen II.

101 OGH 4 Ob 35/93, ecolex 1993, 538 = ÖBl 1993, 245 – COS.

102 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII.

103 OGH 4 Ob 103/07m, MR 2007, 263 (*Walter*) = ÖBl-LS 2007/185, 267 = ÖBl-LS 2007/207, 270 – Zaunbau Securo.

Denn selbst der abgeleitete Namensgebrauch unterliegt insofern einer Einschränkung, als er nur in einer solchen Weise erfolgen darf, dass Verwechslungen mit Namen oder Firmen, deren sich der Kläger befugterweise bedient, nach Möglichkeit vermieden werden. Unlauterer Namensgebrauch ist ausnahmslos unzulässig und schließt jede Berufung auf das Recht zur Führung des eigenen Namens aus.¹⁰⁴ Ein derartiger unlauterer Namensgebrauch liegt vor, wenn dessen Verwendung in einer Weise erfolgt, dass Assoziationen zu einem anderen bestimmten Namensträger ausgelöst und eine Beziehung zu diesem, sei es auch nur eine wirtschaftliche, suggeriert wird.¹⁰⁵ Dies ist Ausfluss des Namens- als Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB.

IV. Beendigung des Gestattungsvertrags

Gleichgültig ob die Nutzung des Namens entgeltlich oder unentgeltlich gestattet wird, bedarf es bei unbefristeten Gestattungsverträgen eines *besonderen Auflösungsgrundes*.¹⁰⁶ Namenslizenzverträge können nicht einseitig ohne besonderen Grund widerrufen werden.¹⁰⁷ Sind also im Vertrag selbst keine besonderen Kündigungsgründe genannt, die zur vorzeitigen Auflösung berechtigen, kommen als wichtige Gründe für den Widerruf von Dauerschuldverhältnissen insbesondere Vertragsverletzungen in Betracht, welche die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen.¹⁰⁸

Als wichtiger *Auflösungsgrund* für einen namensrechtlichen Gestattungsvertrag kommt nach zutreffender Auffassung¹⁰⁹ hingegen *nicht* in Betracht, dass der Gestattungsvertrag zum Verlust anderer Lizenznehmer führt oder ein mangelnder Erfolg, neue Lizenznehmer zu gewinnen, damit verbunden ist, solange diese Umstände darauf zurück zu führen sind, dass der Namenslizenznehmer den Namen vertragsgemäß nutzt. Im Falle der Gestattung einer Namensdomain bedeutet daher der Betrieb einer Web-Seite durch den Lizenznehmer, solange er

104 OGH 4 Ob 368/97i, wbl 1998/209 = ÖBl 1998, 298 – Hörmann-Tore.

105 OGH 4 Ob 31/97f, ÖBl 1998, 43 – DANZER; 4 Ob 368/97i, wbl 1998/209 = ÖBl 1998, 298 – Hörmann-Tore; 4 Ob 43/92, ecolex 1993, 35 = ÖJZ NRsp 1993/5 = EvBl 1993/41 = ÖBl 1992, 216 – Harald A. Schmidt mwN.

106 So bereits *Schönherr*, Grundriß Rz 423.1.

107 St Rsp OGH 6 Ob 191/05i, Zak 2006/50, 33 = RdW 2006/130, 145 = ZVR 2006/105, 318 (*Bauer*) = ÖGZ 2006 H 2, 74 = MietSlg 57.115 = MietSlg 57.122; 7 Ob 287/05i, ecolex 2006/126, 290 (*Wilhelm*) = MietSlg 57.123 = MietSlg LVII/25.

108 *Schönherr*, Grundriß Rz 423.2.

109 OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII.

sich im Rahmen des Vertrags hält, keinen wichtigen Auflösungsgrund für den Lizenzgeber. Er musste ja mit dieser Konkurrenz rechnen.¹¹⁰

Überschreitet jedoch der Namenslizenznehmer die räumliche Beschränkung seiner Namenslizenz oder deren inhaltliche Beschränkung, so wäre damit ein wichtiger *Auflösungsgrund* für den Namenslizenzvertrag verwirklicht. Hält sich der Lizenznehmer im Rahmen der ihm eingeräumten Lizenzrechte, fehlt es an einem wichtigen Auflösungsgrund, sodass der Gestattungsvertrag fortbesteht.

F. Rechtsdurchsetzung bei Verletzung von Namensdomains

I. Res iudicata und Verwirkung?

Aufgrund der mit der *justizwache.at-Entscheidung* eingeschlagenen Judikaturlinie stellt sich für Namensträger, zB Gemeinden, die Frage einer (neuerlichen) gerichtlichen Inanspruchnahme von Namensdomaininhabern. Da wahrscheinlich nicht jeder Fall so gütlich wie jener um die Domain adnet.at beigelegt werden kann,¹¹¹ hat die Diskussion¹¹² um die res iudicata in Domainstreitigkeiten bereits eingesetzt.

Zunächst ist festzuhalten, dass Rechtsprechungsänderungen zurück wirken können.¹¹³ Für zivilgerichtliche Erkenntnisse besteht kein Rückwirkungsverbot; Judikaturänderungen erfassen auch davor verwirklichte Sachverhalte.¹¹⁴ Das eröffnet zunächst jedenfalls eine Klagsmöglichkeit für jene Namensträger, die ausgehend von der *adnet.at-Judikatur*¹¹⁵ (bislang) von einer gerichtlichen Geltendmachung abgesehen haben.

Der aus § 411 Abs 2 iVm § 240 ZPO abgeleitete Einwand der entschiedenen Sache schafft eine negative Prozessvoraussetzung¹¹⁶ und ist in jeder Lage des

110 Vgl *Schönherr*, Grundriß Rz 423.3.

111 Vgl den Pressebericht der Salzburger Nachrichten »Bier für Internetauftritt«, Lokalteil 21.11.2009, 13.

112 Erstmals *Schloßbauer*, Wer muss 2007 noch um (s)eine.at-Domain streiten? in Schweighofer/Geist/Heindl, 10 Jahre IRIS: Bilanz und Ausblick (2007) 375 (376) zu Gemeindedomains.

113 Vgl §§ 5, 12 ABGB.

114 OGH 1 Ob 212/97a, JBl 1998, 241 = ecolex 1998, 392 = RdW 1998, 182 = RdW 1998, 193 = JUS Z/2482 = ZVR 1998/140 = SZ 70/245 mwN.

115 Die Namensdomain greift in die Rechte des Namensinhabers nur ein, wenn sie dessen schutzwürdige Interessen verletzt. Ob es zu einer Zuordnungsverwirrung kommt, ist nicht nur nach dem Domainnamen, sondern auch nach dem Inhalt der Website zu beurteilen. Damit kann ein aufklärender Hinweis auf der Website die Verwechslungsgefahr ausschließen.

116 OGH 3 Ob 705/38, SZ 20/266: Eine Nichtigkeit, die in § 477 ZPO nicht angeführt ist.

Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen. Nach bisheriger Rsp¹¹⁷ bedeutete die Änderung des einer Domain zugehörigen Websiteinhalts zugleich eine derartige Verschiedenheit des rechtserzeugenden Sachverhalts, dass der dadurch begründete Rechtsschutzanspruch von der materiellen Rechtskraft der Vorentscheidung nicht berührt wird.

Für die Namensverletzung kommt es aber nicht mehr auf den Inhalt der Website an, sodass eine insoweit veränderte Sachverhaltsgrundlage unbeachtlich ist. Daher können auch sog »Domain-Parking-Seiten«¹¹⁸ unter Berufung auf die bereits mit der Registrierung eingetretene Namensverletzung bekämpft werden.

Einer Geltendmachung namensrechtlicher Ansprüche könnte schließlich eine analoge¹¹⁹ Anwendung der in § 9 Abs 5 UWG und § 56 MSchG¹²⁰ verankerten *Verwirkung* auf die kommerzielle Seite des Namensrechts entgegenstehen. Der Namensträgerin wäre es demnach verwehrt, einer jüngeren, unbefugten Namensnutzung dann entgegen zu treten, wenn sie eine solche Nutzung über fünf Jahre geduldet hätte.

Das dem markenrechtlichen Verwirkungstatbestandselement nach § 56 MSchG inne wohnende Korrektiv der Bösgläubigkeit¹²¹ vermag im Namensrecht mE keine angemessene Lösung herbei zu führen, die eine analoge Anwendung des Verwirkungstatbestands auf die kommerzielle Seite des Namensrechts als geboten erscheinen lassen würde. Eine analoge Anwendung der Verwirkung wäre mE vielmehr systemwidrig und würde einer im Regelfall klaren Lösung namensrechtlicher Domainstreitigkeiten zu wider laufen. Da es bei einem Verwirkungstatbestand nicht nur auf den objektiv feststellbaren Zeitablauf von fünf Jahren ankommt, würde eine Erstreckung dieses Rechtsinstitutes zu erheblicher Rechtsunsicherheit zu Lasten der Namensträger führen, ohne dass dies durch schwerwiegende Erfordernisse des Schutzes von sonstigen Kennzeicheninhabern oder Domaininhabern gerechtfertigt wäre.¹²²

117 OGH 4 Ob 6/06w, MR 2007, 103 (*Thiele*) – amade.at II; zust *Schloßbauer* (Fn 104) 382.

118 Dh, bloßes Bereithalten der Namensdomains, um auf den zugehörigen Websites themenverwandte Inhalte zu präsentieren, die dem Inhaber Einnahmen durch »pay-per-klick« oder andere Verrechnungsmodelle bescheren (zitiert nach *Schloßbauer* [Fn 104] 382 Fn 9).

119 Erste Ansätze dazu in OGH 17 Ob 2/10h, EvBl-LS 2010/159 – Maria Treben/Apotheke Gottes VII: »Es liegt nahe, angesichts dieser gesetzlichen Grundlagen die Verwirkung auch auf die kommerzielle Seite des Namensrechts zu erstrecken.«

120 Vgl dazu OGH 17 Ob 14/09x, ecolex 2009/422, 1073 (*Horak*) = wbl 2010/19, 45 = ÖJZ EvBl-LS 2010/9, 88 – Burberry-Karo.

121 Näher dazu *Horak*, Verwirkung von Kennzeichenrechten, ÖBl 2010, 103 (105).

122 Im Ergebnis OGH 4 Ob 6/06w, MR 2007, 103 (*Thiele*) – amade.at II.

So hat die Rsp¹²³ im durchaus vergleichbaren Fall urheberrechtlicher Ansprüche zutreffend eine Erstreckung des Verwirkungstatbestands nach Art 9 Abs 1 Marken-RL (»Verwirkung durch Duldung«)¹²⁴ abgelehnt, da es sich um eine markenrechtliche Sondernorm handelt, die keinen Geltungsbereich für andere Rechtsbereiche beansprucht. Eine Verwirkung ist dem österreichischen Recht nämlich ansonsten grundsätzlich fremd.¹²⁵

II. Unterlassung und Beseitigung

§ 43 ABGB räumt dem Namensträger in den Fällen der unbefugten Namensverwendung ausdrücklich einen Unterlassungsanspruch ein. Daraus resultiert ein Benutzungsverbot für Namensdomains, das bereits das Registrierthalten¹²⁶ erfasst.

Zur Reichweite des Unterlassungsanspruchs ist gerade in Domainkonflikten zu beachten, dass bei einem gegen ein Teilelement eines zusammengesetzten Kennzeichens gerichteten Unterlassungsanspruch ein Schlechthinverbot des angegriffenen Bestandteils in jeglicher Kennzeichenzusammensetzung grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Eine zu weite Abstraktion von der konkreten Verletzungsform schadet. Ob dies der Fall ist, hängt vor allem von der festgestellten Verletzungshandlung ab.¹²⁷ Dem Beklagten kann nicht ganz generell aufgetragen werden, sich rechtmäßig zu verhalten.¹²⁸ Dies gilt auch bei bekannten Klagszeichen.¹²⁹

Entgegen ausdrücklicher Aufzählung im Gesetz gewährt die hM¹³⁰ zutreffenderweise auch einen namensrechtlichen *Beseitigungsanspruch*, da der Anspruch auf Unterlassung auch den Anspruch auf Beseitigung von Veranstaltungen umfasst, die das Namensrecht verletzen.¹³¹ Wenn daher das widerrechtliche

123 OGH 4 Ob 195/09v, RdW 2010/378, 345 = EvBl-LS 2010/119 = MR 2010, 201 (zust *Walter*) = ÖBl 2010, 222 (krit *Knecht-Kleber*) – Hundertwasserhaus V.

124 Umgesetzt hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs in § 58 MSchG.

125 StRsp seit 4 Ob 364/59, EvBl 1961/484 mwN zum allgemeinen Zivilrecht.

126 Vgl OGH 4 Ob 165/05a, wbl 2006/132, 291 (krit *Thiele*) = MR 2006, 215 (krit *Korn/Korn*) = ecolex 2006/287, 671 (*Schachter*) = Zak 2006/348, 202 = RdW 2006/468, 507 = ÖBl 2006/65, 272 (*Fallenböck*) – rechtsanwälte.at.

127 OGH 17 Ob 1/10m – ARTHROBENE.

128 OGH 17 Ob 1/10m – ARTHROBENE mwN.

129 Vgl BGH I ZR 36/08, IPRB 2010, 248 (*Lubberger*) – Verbraucherzentrale.

130 OGH 4 Ob 176/01p, MR 2001, 326 (*Rami*) = ecolex 2002/19, 35 (*Schanda*) = EvBl 2002/22, 98 = ÖBl 2002/51, 242 = SZ 74/153 – fpo.at II; *Adler* in Klang² I/1 294f; *Gschneider*, Schuldrecht Allgemeiner Teil² 186; *Frick*, Persönlichkeitsrechte (1991) 80; *Aicher* in Rummel³ Rz 23 zu § 43; *Posch* in Schwimann³ I § 43 Rz 35; *Korn/Neumayr*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991), 121; *aA* nur *Edelbacher*, Das Recht des Namens (1978) 147.

131 Deutlich *Wagner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 43 ABGB Rz 81 unter Berufung auf *Adler*, Der Name im deutschen und österreichischen Recht (1921) 109 (111).

Verhalten des Störers einen Dauerzustand herbeigeführt hat – was gegenständlich die Domainregistrierung darstellt –, darf der Unterlassungsberechtigte die Beseitigung des den kennzeichenrechtlichen Vorschriften widerstehenden Zustandes vom Verpflichteten verlangen.¹³² In der Praxis bedeutet dies die unwiderrufliche Löschung der Namensdomain bzw deren Einwilligung dazu.¹³³

III. »No dispute, just wait« – Herausgabeanspruch

1. Unredlicher Domaininhaber

Zutreffend hat der 17. Senat festgestellt, dass bereits die unbefugte Registrierung einer Namensdomain eine ins Gewicht fallende Interessenbeeinträchtigung des durch § 43 ABGB geschützten Namensträgers bewirkt. Damit schafft der Inhaber der Domain schon durch deren Registrierung einen rechtswidrigen Zustand, den er beseitigen muss.¹³⁴ Konsequenterweise eröffnet sich dadurch die – im vorliegenden Fall nicht (mehr) entscheidungsgegenständliche – Domainübertragung.¹³⁵

Nach § 335 ABGB ist der unredliche Besitzer verpflichtet, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangten Vorteile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, die der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen unredlichen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Bestimmung sieht demnach eine bereicherungsrechtliche und schadenersatzrechtliche Verantwortung des unredlichen Besitzers vor.¹³⁶ Der Bereicherungsanspruch des § 335 ABGB erfasst nach hM¹³⁷ die vom unredlichen Besitzer tatsächlich bezogenen oder vom Eigentümer erzielbaren Vorteile. Von der Herausgabeverpflichtung¹³⁸ sind auch solche Vorteile umfasst, die der Eigentümer nie gehabt hätte, und

132 Vgl zum Wesen des Beseitigungsanspruchs bereits OGH 4 Ob 359/60, ÖBl 1961, 68 = SZ 33/133 – Stickereierzeuger.

133 Vgl OGH 4 Ob 231/03d, wbl 2004/95, 196 (*Thiele*) = RdW 2004/242, 269 = ecolex 2004/219, 464 (*Schumacher*) = ÖGZ 2004 H 5, 58 = ÖBl 2004/45, 171 (*Fallenböck*) – serfaus.at; zur Formulierung des Lösungsbegehrens bereits *Thiele*, Internet-Domains (Fn 3) 87 (193).

134 OGH 17 Ob 13/07x, EvBl 2008/28, 150 = wbl 2008/41, 97 (*Thiele*) = ecolex 2008/89, 251 (*Boecker/Straberger*) = jusIT 2008/4, 14 (*Thiele*) = lex:itec 2008 H 1, 28 (*Thiele*) = MR 2007, 396 = ÖBl 2008/16, 83 (*Gamerith*) – Ski Amadé/amade.at III.

135 Ausführlich *Thiele*, Von Wurzeln und Flügeln – Neues zum Lösungs- und Übertragungsanspruch in Domainstreitigkeiten, jusIT 2008/37, 85 (87).

136 Deutlich *Eccher* in KBB³ § 335 ABGB Rz 1.

137 *Eccher* in KBB³ § 335 ABGB Rz 3; OGH 1 Ob 65/97h, ecolex 1997, 574 = EvBl 1997/156 = RdW 1997, 526 = SZ 70/48 = ZfRV 1997, 121.

138 Bereits *Schey* in Klang² II 99: »... dem Herausgabeberechtigten zurück zu stellen, ...«.

nach hM¹³⁹ selbst solche, die den Verkehrswert der Sache übersteigen; ebenso alle gezogenen Früchte. Im Anschluss an die hM¹⁴⁰ erscheint es richtig, gemäß § 335 ABGB den Herausgabeanspruch bei Namensdomains zu bejahen und dem Unredlichen (höchstens) Aufwändersatz nach § 336 ABGB zuzugestehen,¹⁴¹ was einem befriedigenden Interessenausgleich entspricht. Bei der zu Unrecht registrierten Namensdomain handelt es sich nämlich um einen erlangten Vorteil iS des § 335 ABGB, der nach der Bewertung des Verkehrs eindeutig im Wesentlichen der Sache bzw dem Rechtsgut des Bereicherungsgläubigers aufgrund seines geschützten Besitzstandes¹⁴² zugerechnet wird.

2. Durchsetzung der Übertragung

In einem Zurückweisungsbeschluss hat das Höchstgericht¹⁴³ letztlich – ohne sich inhaltlich damit auseinandersetzen zu müssen – aus Formalgründen den vom OLG Wien¹⁴⁴ gewährten Übertragungsanspruch betreffend der Domain »red-bull.com« auf die Klägerin, die Red Bull GmbH, rechtskräftig bestätigt.

Die bereits vom Erstgericht angeordnete *Domainübertragung* war vom Beklagten nicht weiter bekämpft worden, und so konnte sich die Berufungsinanz mit einem Verweis auf die erstrichterliche Begründung begnügen.¹⁴⁵ Das Ersturteil des HG Wien hatte die Übertragung der gegenständlichen ».com«-Domain auf die Schiedsverfahrensordnung für generische Top-Level-Domains, die Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (kurz: RUDRP), gestützt. § 4 (i) der zugehörigen materiell-rechtlichen Grundlage, der sog Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP), sieht nämlich bei einer festgestellten missbräuchlichen Registrierung und Benutzung, je nach dem vom Beschwerdeführer gestellten Antrag, die Übertragung der Domain oder deren Löschung vor. Die von der Klägerin offenbar übernommene Argumentation des Erstge-

139 OGH 1 Ob 607/95, ecolex 1996, 450 = EvBl 1996/120 = JBl 1996, 653 (zust *Karollus*) = SZ 69/19 = ecolex 1996, 337 = JBl 1997, 331; *Klicka* in Schwimann³ II § 335 Rz 1; *F. Bydlinki*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252 (255).

140 OGH 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272 – Olah-Sparbuch; 5 Ob 910/76, EvBl 1977/231 = NZ 1979, 174; 2 Ob 510/84, SZ 57/44; 1 Ob 590/89, ecolex 1990, 19 = JBl 1990, 454 = SZ 62/163; 1 Ob 65/97h, ecolex 1997, 574 = EvBl 1997/156 = RdW 1997, 526 = SZ 70/48 = ZfRV 1997, 121; *F. Bydlinki*, JBl 1969, 252; *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I³ 350.

141 Über ausdrücklichen Einwand zB die angemessenen Kosten der Domainregistrierung.

142 Hier: der Name; vgl zum Besitzstand beim Domain-Grabbing *Thiele* in Kucsko, markenschutz 645 f.

143 OGH 17 Ob 27/09h – *red-bull.com*.

144 Urteil vom 23.7.2009, 1 R 213/08p.

145 Für die Verfahrenshinweise dankt der Verfasser Herrn RA Dr. *Christian Schumacher*, LL.M. ganz herzlich.

richts läuft darauf hinaus, dass sich der Beklagte durch Abschluss des Domain-registrierungsvertrags über eine ».com«-Domain verpflichtet hat, im Streitfall die Domain an den besseren Anspruchsteller zu übertragen. Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob die Feststellung der missbräuchlichen Registrierung und Benutzung durch ein Schiedsgericht der WIPO oder durch ein ordentliches Zivilgericht erfolgt.¹⁴⁶

Zumindest in dem vorliegenden Fall ist damit im Ergebnis eine Domainübertragung gerichtlich verfügt worden, was – außerhalb der bisherigen Fälle eines Versäumungsurteils – durchaus bemerkenswert erscheint. Allerdings bleibt nach dieser Entscheidung auch höchstgerichtlich nicht weiter geklärt, ob und gegebenenfalls unter welchen rechtlichen Voraussetzungen ein Übertragungsanspruch für eine strittige Domain besteht.

Anfang des Jahres 2011 hat der für Exekutionssachen zuständige Fachsenat¹⁴⁷ die Gelegenheit genützt, die verfahrensmäßigen Voraussetzungen einer zwangsweisen, gerichtlichen Domainübertragung festzulegen. Ob nach zivilrechtlichen Vorschriften ein Übertragungsanspruch in Ansehung einer Domain zu bejahen ist, wird darin insoweit offen gelassen, als die Höchststrichter betonen, dass der Oberste Gerichtshof dazu noch nicht abschließend Stellung genommen hat.

Zur Vollstreckung des Anspruchs auf Löschung und Übertragung von Domains kommen als Exekutionsarten grundsätzlich die Exekution nach § 367 EO und die Exekution nach § 354 EO (zur Erwirkung unvertretbarer Handlungen) in Betracht.

Folgt man der bisher unwidersprochen gebliebenen Ansicht¹⁴⁸ ist der Übertragungsanspruch, wie folgt, zu tenorieren:

»Der Beklagte ist schuldig, die zu seinen Gunsten registrierte Domain...(zB.at) an die Klägerin zu übertragen und dafür sämtliche notwendige Willenserklärungen in schriftlicher, elektronischer oder sonstiger Form, insbesondere gegenüber der Domainvergabestelle (zB. NIC.AT Internetverwaltungs- und Betriebs GmbH bei einer .at-Domain) gegenüber, abzugeben.«

Diese Formulierung hat den Vorteil, eine weitere Mitwirkung des Beklagten (und in der Zwangsvollstreckung des Verpflichteten) entbehrlich zu machen, da insoweit die Bestimmung des § 367 EO eingreift. Praktische Erfahrungen bei

146 Deutlich *Hornsteiner*, Domainverfahren – quo vadis? in FS Zankl (2009) 303 (309); vgl auch *Anderl*, Plädoyer für den Domainübertragungsanspruch, *ecolex* 2006, 767; *Anderl/Schumacher*, Streitbeilegung nach der UDRP-Endstation, Cheonranam-do oder zurück zum Start? Beachtenswertes zum Domain-Streitbeilegungsverfahren – 2 Beispielfälle, *ecolex* 2006, 38.

147 OGH 3 Ob 210/10v, *jusIT* 2011/21, 47 (*Thiele*) – *taurusrubens.com*.

148 *Thiele*, Internet-Domains (Fn 3) 87 (199).

österreichischen ».at«-Domains haben gezeigt, dass ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des Sitzes des verpflichteten Domaininhabers, eine Übertragung der Domain aufgrund eines unzweideutig formulierten Zivilurteils anstandslos durch die Vergabestelle erfüllt wird.

Schuldet der Verpflichtete die Abgabe einer Willenserklärung, gilt gemäß § 367 EO die Erklärung der verpflichteten Partei mit der Vollstreckbarkeit als abgegeben und zwar nicht nur gegenüber der betreibenden Partei, sondern auch anderen gegenüber, ohne dass eine Exekutionsbewilligung notwendig wäre. Da der Gesetzgeber an Stelle der exekutiven Durchsetzung eine gesetzliche Fiktion setzt, nach der die Willenserklärung als abgegeben gilt, sobald Vollstreckbarkeit eingetreten ist, ist eine Exekution weder erforderlich noch zulässig.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund sind wohl auch die *obiter dicta* gemachten Hinweise der Höchststrichter zu sehen, die Betreibende hätte schon im Titelverfahren den Umstand bedenken können und müssen, dass für die angestrebte Übertragung der Domains unvertretbare Handlungen des Verpflichteten im Ausland erforderlich sein könnten, dass also mit der Abgabe der Willenserklärung allein und wegen der Besonderheit der Erklärungsfiktion des § 367 EO die Durchsetzung des materiellen Anspruchs im Ausland auf Hindernisse stoßen werde. Diese vorhersehbaren Hindernisse können nicht im Exekutionsverfahren im Wege einer Erweiterung der Titelverpflichtung in Richtung § 354 EO beseitigt werden. Für eine Exekutionsführung in dieser Exekutionsart, die grundsätzlich dafür zur Verfügung steht, dass der Verpflichtete die erforderliche Mitwirkung des Dritten (hier der Registrierstelle) herbeiführt,¹⁵⁰ bietet der vorliegende Exekutionstitel keine Deckung.

Im konkreten Fall handelt es sich jedoch um eine bei einer US-amerikanischen Vergabestelle registrierte ».com«-Domain eines österreichischen Beklagten.

Eine Vorlage des österreichischen Titelurteils durch die Betreibende an die in den USA ansässige Registrierstelle mit dem Hinweis, nach der österreichischen Rechtsordnung werde fingiert, dass diese Erklärung bereits aufgrund des Urteils – ohne weitere Vollstreckung – als abgegeben gilt, könnte nach Ansicht der Höchststrichter durchaus scheitern. Diese Frage kann nur an Hand der Geschäftsbedingungen des Registrierungsvertrags beurteilt und letztlich in einem Praxisfall beantwortet werden. Aus den Registrierungsbedingungen für ».com«-Domains der Networksolutions Inc. geht in Schedule A Pkt. 7. hervor:¹⁵¹

149 OGH 3 Ob 185/05k, SZ 2005/191; 8.5.2008 3 Ob 71/08z.

150 *Klicka in Angst*, EO² § 354 Rz 3.

151 Service Agreement V 8.10, abrufbar unter <https://www.networksolutions.com/legal/static-service-agreement.jsp> (25.5.2011).

7. Domain Name Disputes Brought by Third Parties. [...] If we are notified that a complaint has been filed with a judicial or administrative body regarding your use of our domain name registration services, you agree not to make any changes to your domain name record without our prior approval. We may not allow you to make changes to such domain name record until (i) we are directed to do so by the judicial or administrative body, or (ii) we receive notification by you and the other party contesting your registration and use of our domain name registration services that the dispute has been settled. Furthermore, you agree that if you are subject to litigation regarding your registration and use of our domain name registration services, we may deposit control of your domain name record into the registry of the judicial body by supplying a party with a registrar certificate from us. You agree that we will comply with all court orders, domestic or international, directed against you and/or the domain name registration.

Demzufolge setzt die Vergabestelle bei Domainkonflikten nicht nur eine Art Wartestatus, um eine Inhaberänderung zu verhindern, sondern hat sich gegenüber dem Domainhaber ausbedungen, die Entscheidungen von inländischen oder ausländischen Gerichten einzuhalten,¹⁵² die gegen den Domaininhaber ergehen oder die konkrete Domainregistrierung betreffen. Damit besteht grundsätzlich die Möglichkeit – nach Übersetzung des österreichischen Urteils – eine Übertragung der strittigen Domains auf die betreibende Partei zu erwirken. Eine derartige Vorgangsweise, nämlich die beglaubigt übersetzte Vorlage des Übertragungsurteils entspricht auch dem aus den Bestimmungen der §§ 37, 262 EO ableitbaren allgemeine Grundsatz, dass in die Rechte Dritter (hier: der Vergabestelle) nicht eingegriffen werden darf. Die Durchsetzung des Übertragungsanspruchs kann nur dadurch erfolgen, dass der beklagte Domaininhaber gegenüber der Registrierstelle eine entsprechende Abtretungserklärung abgibt. Der Erfolg hängt freilich von deren Zustimmung ab, da mit der betreffenden Willenserklärung ein Parteiwechsel verbunden ist.¹⁵³ Eine derartige titelmäßige Verpflichtung wäre mit einem an die Vergabestelle gerichteten Antrag des Verpflichteten auf Übertragung der strittigen Domain auf die betreibende Partei erfüllt. Die Entscheidung, ob aufgrund einer solchen Erklärung die betreibende Partei als neuer Vertragspartner akzeptiert wird, bleibt der Registrierstelle vorbehalten.

Dies bedeutet in der Praxis für den Fall der Weigerung des Schuldners entsprechende Erklärungen abzugeben, dass eine Beugeexekution nach § 354 EO

152 Engl. »to comply« für »befolgen, einhalten; sich nach etwas richten«.

153 Thiele, MR 2002, 198 (209); Sonntag, Einführung in das Internetrecht (2010) 65 f.

geführt werden müsste, da die Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und die Vornahme zugleich ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt. Die im Verfahren nach § 354 EO anzudrohenden und über weiteren Antrag des betreibenden Gläubigers zu vollziehenden Zwangsmitteln sind ebenso wie bei der Duldungs- und Unterlassungsexekution nach § 355 EO zu verhängende Geldstrafen und letztlich Haft. Gemäß § 359 Abs 1 EO darf die Geldstrafe je Antrag € 100.000,- nicht übersteigen.

Unter Ablehnung eines Teils der Lehre¹⁵⁴ gelangt der OGH dazu, dass der Anspruch auf Löschung einer Internet-Domain jedenfalls nicht nach § 353 EO, sondern, sofern nicht ohnedies § 367 EO greife, nach § 354 EO zu vollstrecken ist.¹⁵⁵

IV. Urteilsveröffentlichung

In der *rechtsanwälte.at-E*¹⁵⁶ hält das Höchstgericht apodiktisch fest: »Das Veröffentlichungsbegehren muss an der fehlenden Anspruchsgrundlage scheitern. Bei einer Verletzung des Namensrechts sieht das Gesetz keinen Anspruch auf Urteilsveröffentlichung vor.« OGH locuta – causa non finita.

Demgegenüber gewährt ein Teil der Lehre¹⁵⁷ dem verletzten Namensträger einen Veröffentlichungsanspruch und stützt diesen zT unmittelbar auf § 43 ABGB, abgeleitet aus dem darin normierten Schadenersatzanspruch.¹⁵⁸ Nach wohl zutreffender dogmatischer Auffassung rechtfertigt ein bloßes Schadenersatzurteil wegen der Akzessorietät der Publikationsbefugnis zu einem Unterlassungs- oder Beseitigungsurteil weder im Lauterkeits-¹⁵⁹ noch im Immaterialgüterrecht¹⁶⁰ eine Urteilsveröffentlichung. Eine Unterlassungs- oder Beseitigungsverpflichtung bildet die Grundlage der Veröffentlichungsbefugnis.¹⁶¹ Die hM¹⁶² unterscheidet zwischen dem Unterlassungsanspruch iwS und

154 *Kilches*, Exekution auf Internet-Domains, RdW 2001, 390.

155 Ebenso *Jakusch*, Exekution auf Internet-Domains. Eine Erwiderung, RdW 2001, 580; *Klicka in Angst*, EO² § 354 Rz 14a.

156 OGH 4 Ob 165/05a, wbl 2006/132, 291 (krit *Thiele*) = MR 2006, 215 (krit *Korn/Korn*) = *ecolex* 2006/287, 671 (*Schachter*) = *Zak* 2006/348, 202 = RdW 2006/468, 507 = ÖBl 2006/65, 272 (*Fal-lenböck*) – rechtsanwälte.at.

157 *Wagner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 43 Rz 85.

158 Unter Berufung auf *Adler* in *Klang² I/1*, 295: »... unter dem Gesichtspunkt der Wiederherstellung des vorigen Standes, wenn die Bestreitung öffentlich erfolgte oder in die Öffentlichkeit gedrungen ist ...«.

159 OGH 4 Ob 126/89, MR 1990, 69 = EvBl 1990/98 = SZ 62/192 – Zeitungsente; 4 Ob 135/90, wbl 1991, 136 = MR 1991, 115 = ÖBl 1991, 58 – Hehlerbude.

160 OLG Wien 3 R 57/85, MR 1986/4, 17 – Funkschatten.

161 *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ (2006) Rz 127, 129 mwN.

162 StRsp OGH 4 Ob 316/75, ÖBl 1976, 24 – Skischule Mitterbach mwN; statt vieler *Hohenegger/Friedl*, Wettbewerbsrecht (1958) 85 und *Ciresa*, Urteilsveröffentlichung³ Rz 127 jeweils mwN.

dem auf Unterlassung künftiger Störungen oder Einrichtungen gerichteten Unterlassungsanspruch iES. Der erstgenannte Anspruch umfasst den zweitgenannten Anspruch, ferner den Beseitigungs- und den Urteilsveröffentlichungsanspruch. Es bietet sich daher an, die Veröffentlichungsbefugnis des § 85 UrhG zugunsten des verletzten Namensträgers über die dogmatische Klammer des Unterlassungsanspruchs nach § 43 ABGB zu gewähren. *Korn/Korn*¹⁶³ ziehen daher mit überzeugenden Argumenten über das Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB die durchaus naheliegende *Parallele zum Bildnisschutz* nach § 78 iVm § 85 UrhG und leiten den Veröffentlichungsanspruch daraus ab, um einen »Wertungswiderspruch« zu vermeiden.¹⁶⁴

Zumindest iZ mit Namensdomains sprechen mE die Wertungen des auf Websites anzuwendenden Medienrechts¹⁶⁵ (spätestens) seit der MedienGNov 2005¹⁶⁶ dafür, dem verletzten Namensträger eine Veröffentlichungsbefugnis zuzuerkennen.¹⁶⁷

V. Schadenersatz und Bereicherung

Wegen schuldhafter Schädigung¹⁶⁸ kann der Namensträger Schadenersatz verlangen, wofür Fahrlässigkeit genügt. Nach hL¹⁶⁹ haftet der Verletzer nicht nur für Vermögensschäden, sondern auch für ideelle Schäden.

Sofern der Domaininhaber aus dem unbefugten Namensgebrauch Vorteile gezogen hat, zB etwa durch Nichtzahlung einer für die Verwendung des Namens angemessenen Lizenzgebühr, hat er diese Bereicherung zu ersetzen.¹⁷⁰

163 Entscheidungsanmerkung MR 2006, 218, 219 mit ausführlicher Begründung.

164 Vgl zum Veröffentlichungsanspruch bei Verletzung des Rechts an der eigenen Stimme OGH 6 Ob 287/02b, MR 2003, 92 (zust *Korn*) = RdW 2003/442, 509 = ÖBl 2004/13, 39 (zust *Game- rith*) = ecolex 2004/96, 193 (zust *Schumacher*) = SZ 2003/24 – MA2412 II.

165 Vgl OGH 4 Ob 226/05x, RdW 2006/196c, 193 = EvBl 2006/75, 415 = RdW 2006/266, 282 = MR 2006, 148 = RZ 2006, 155 = ecolex 2006/369, 849 = SZ 2006/2 – Nacht der 1000 Rosen.

166 BGBl I 2005/49.

167 Vgl OGH 5 Ob 234/62, SZ 35/110; 4 Ob 313/64, EvBl 1965/160 = HS 4.068 = SZ 37/178 zur irreführenden Eintragung in das von einer Verwertungsgesellschaften geführte öffentliche Verzeichnis; zumal § 34 MedienG selbst für Schadenersatzansprüche nach §§ 6 ff MedienG eine Urteilsveröffentlichung ausdrücklich vorsieht.

168 § 43 ABGB aE: »... bei Verschulden auf Schadenersatz klagen.«

169 *F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 247 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/102; *Koch* in KBB³ § 43 ABGB Rz 10; *Wagner* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 43 Rz 85; *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz, 142; aA die Materialien im Herrenhausbericht zur 3. TN, 132.

170 Deutlich *Koch* in KBB³ § 43 ABGB Rz 10; *Koziol* in KBB³ § 1041 Rz 5; *Aicher* in Rummel³ § 43 Rz 22.

Bereits einmal haben die österreichischen Höchstrichter entschieden, dass ein Domaingrabber – gleiches muss wohl für einen unredlichen Namensdomaininhaber gelten – dem siegreichen Kennzeicheninhaber zum *Schadenersatz* verpflichtet ist¹⁷¹ und sämtliche Aufwendungen, die durch die rechtswidrige und schuldhaftige Registrierung der Domain adäquat verursacht worden sind, insoweit zu ersetzen hat, als diese sinnvoll und zweckmäßig waren. Als Rettungsaufwand¹⁷² kommen insbesondere im Verfahren nicht zugesprochene Kosten in Betracht. Daran knüpft sich die Frage an, ob der unterlegene Beklagte denn auch für die unberechtigte Nutzung der streitgegenständlichen Domain während der vergangenen Jahre Ersatz geltend machen kann?

Im durchaus vergleichbaren Fall eines obsiegenden Aberkennungsklägers, der ein Patent auf seine Person umschreiben lässt, und dem unterlegenen früheren Patentinhaber ergeben sich die Ersatz- und Rückforderungsansprüche gemäß § 49 Abs 4 PatG aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht und sind im Zivilrechtsweg geltend zu machen. Herauszugeben sind daher (analog) alle aus der Domain(-nutzung) erlangten Vorteile. Maßgebend ist, ob der Domaininhaber gutgläubig war oder nicht; beim Domaingrabbing jedenfalls letzteres.¹⁷³ Nach § 335 ABGB ist der unredliche Besitzer verpflichtet, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangten Vorteile zurück zustellen, sondern auch diejenigen, die der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen unredlichen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Bestimmung sieht demnach eine *bereicherungsrechtliche und schadenersatzrechtliche Verantwortung des unredlichen Besitzers* vor.¹⁷⁴

Unredlich ist nach § 326 ABGB derjenige, der seine Sache, also die Domain,¹⁷⁵ aus wahrscheinlichen Gründen nicht für die seinige halten kann. Der Domaingrabber ist jedenfalls unredlicher Besitzer. Bei Erwerb durch Gehilfen, zB Provider, oder gesetzlicher Vertreter, zB Organe einer juristischen Person, gereicht deren Unredlichkeit dem Besitzer zum Nachteil.¹⁷⁶

171 OGH 4 Ob 42/04m, RdW 2004/429, 474 = RZ 2004, 197 = EvBl 2004/176 = ÖBl 2004/54, 215 (*Fallenböck*) = MR 2004, 431 = ecolex 2004/414, 872 (*Schumacher*) = SZ 2004/36 - delikommat.com.

172 Vgl OGH 4 Ob 31/94, MR 1994, 129 = RdW 1994, 396 = JBl 1995, 250 = SZ 67/35 = ÖBl 1995, 76 - Umsatzverlust; *Harrer* in Schwimann³ VI § 1293 Rz 43, jeweils mwN.

173 Vgl OGH 17 Ob 13/07x, EvBl 2008/28, 150 = wbl 2008/41, 97 (*Thiele*) = ecolex 2008/89, 251 (*Boecker/Straberger*) = jusIT 2008/4, 14 = MR 2007, 396 = ÖBl 2008/16, 83 (*Gamerith*) = SZ 2007/152 - amade.at III/Ski Amadé.

174 Deutlich *Eccher* in KBB³ § 335 ABGB Rz 1.

175 *Klicka* in Schwimann³ I § 285 Rz 10 mwN.

176 Ausführlich *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982) 168 ff mwN.

G. Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei sog Namensdomains hat die Judikatur die Anwendbarkeit des § 43 ABGB zum Schutz der Namensträger im Online-Bereich bejaht. Aus dem Verhältnis zwischen Markenrecht und Namensrecht folgt die Reichweite des Namensschutzes, der sich außerhalb des Anwendungsbereichs der Marke bewegt und nicht zu einem Unterlaufen der kennzeichenrechtlichen Wertungen führen darf. Die begrüßenswerte Judikaturwende beseitigt dogmatische Unebenheiten des Domainrechts und schafft klare Lösungen. Die sich aus der geänderten Rechtsanwendung ergebende Herausforderungen können nach der hier vertretenen Auffassung unter Rückgriff auf die namensrechtliche Dogmatik unter Berücksichtigung der technischen und empirischen Gegebenheiten angemessenen Lösungen zugeführt werden. Erste Umsetzungen liegen vor. Am Horizont wölbt sich das Recht der Namensdomains als etablierter Teil des Immaterialgüterrechts, den die Rechtsprechung des 4. und 17. Senats entscheidend gestaltet hat und gestalten wird.

»Genialität ist Eigentümlichkeit der Auffassung, Talent Fähigkeit des Wiedergebens.« Dieser Franz Grillparzer zugeschriebene Satz beschreibt die Rechtsprechungsentwicklung zu Namensdomains in den letzten zwölf Jahren wahrhaftig. An ihr hat Irmgard Griss einen unverzichtbaren »chefideologischen« Anteil.