



**1. Welchen Eindruck ein Ortsname iVm einer bestimmten Top-Level-Domain auf den Internetnutzer vermittelt, ist eine Rechtsfrage nach § 43 ABGB, die nach objektiven Maßstäben zu lösen ist, für die allerdings die auf Tatsachen beruhende Verkehrsauffassung maßgeblich ist.**

**2. Namensrechtliche Streitigkeiten um „.at“-Domains sind verfahrensrechtlich nicht anders zu behandeln als solche über „.com“-Domains. Es steht dem Domaininhaber im Verletzungsstreit daher frei, einen Erfahrungssatz zu behaupten und unter Beweis zu stellen oder den Beweis der Unrichtigkeit der vom Gericht zugrunde gelegten Erfahrungssätze anzutreten.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Präsidentin Dr. Griss als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gemeinde Wagrain, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Rohringer, Rechtsanwalt in Tamsweg, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch Herbert Harlander, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung, Beseitigung und Leistung (Streitwert 37.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Linz vom 7. März 2011, GZ 3 R 202/10m-28, mit welchem das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 13. August 2010, GZ 7 Cg 219/08d-24, teilweise bestätigt wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Teilurteil wird aufgehoben, und die Rechtssache wird auch insofern zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **Begründung:**

Die Klägerin ist die Salzburger Marktgemeinde Wagrain. Der Beklagte ist ein in dieser Gemeinde ansässiger Unternehmer. Er ist seit 1997 Inhaber der Domain *wagrain.at*; später erwarb er auch die Domain *wagrain.com*. Auf den darunter betriebenen Internetauftritten präsentiert er gegen Entgelt Tourismusbetriebe aus der Region. Im Jahr 2001 sprachen sich (zumindest) der Obmann des örtlichen Tourismusverbands und andere Personen aus der Gemeinde gegen die Nutzung des Ortsnamens in der Domain aus. Der Beklagte führte daraufhin mit der Gemeinde und dem Tourismusverband Gespräche über eine Zusammenarbeit, die aber zu keinem Ergebnis führten.

Die Klägerin beantragt, dem Beklagten aufzutragen,

1. es zu unterlassen, den Namen der Gemeinde ohne weiteren Zusatz zur Kennzeichnung einer Internet-Homepage zu verwenden oder jemand anderem die Verwendung des Gemeinamen zur Kennzeichnung einer Internet-Website oder E-Mail-Adresse einzuräumen, dies insbesondere durch die Verwendung in den Formen *wagrain.at* und *wagrain.com* und durch das Verwenden oder Zurverfügungstellen von auf „...@wagrain.at“ lautenden E-Mail-Adressen;

2.1. die Domain *wagrain.at* der Klägerin zu übertragen und alle dafür erforderlichen Erklärungen gegenüber der Registrierungsstelle abzugeben;

2.2. die Domain *wagrain.com* der Klägerin zu übertragen und alle dafür erforderlichen Erklärungen gegenüber der Registrierungsstelle abzugeben.

Hilfswise zu den Übertragungsbegehren erhebt die Gemeinde ein Löschungsbegehren. Sie stützt sich auf ihr Namensrecht und auf eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung des Publikums. Die Nutzer nähmen aufgrund der Domain an, die Website werde von der Klägerin oder in ihrem Auftrag betrieben. Es liege daher eine Namensanmaßung vor, die zu einer Zuordnungsverwirrung führe. Die

Klägerin habe der Nutzung ihres Namens nicht zugestimmt.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Er habe die Domain *wagrain.at* bereits 1997 erworben und durch deren Nutzung ein eigenes „Namensrecht“ erworben. Soweit nicht ohnehin eine Zustimmung der Klägerin vorliege, sei ihr Untersagungsrecht in Analogie zu markenrechtlichen Bestimmungen durch Duldung erloschen. Zudem fehle es an einer Zuordnungsverwirrung. Die angesprochenen Kreise leiteten aus der Verwendung des Ortsnamens in der Domain nicht ab, dass die Website von der Gemeinde oder in deren Auftrag betrieben werde. Zum Beweis dafür beantragte er die Einholung eines demoskopischen Gutachtens.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren unter Hinweis auf die Entscheidung 17 Ob 44/08g (- justizwache.at) zur Gänze statt. Werde ein Name ohne weiteren Zusatz in eine Domain aufgenommen, nähmen die angesprochenen Kreise an, dass der Namensträger - in welcher Weise auch immer - hinter dem Internetauftritt stehe. Damit trete unabhängig vom Inhalt der Website eine Zuordnungsverwirrung ein. Eine Zustimmung der Gemeinde sei nicht erwiesen, vielmehr hätten sich deren Vertreter 2001 gegen die Nutzung ausgesprochen. Das vom Kläger beantragte Gutachten holte das Erstgericht nicht ein.

Das *Berufungsgericht* untersagte dem Beklagten mit Teilurteil die Nutzung der Domain *wagrain.at* und verpflichtete ihn zur Übertragung dieser Domain an die Klägerin. Im Übrigen hob es das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Entscheidung des Erstgerichts treffe für die Domain *wagrain.at* zu. Österreichische Gemeinden benutzten in erster Linie die Top-Level-Domain „.at“. Daher entstehe eine Zuordnungsverwirrung, wenn unter der Domain „gemeindenname.at“ nicht die entsprechende Gemeinde auftrete. Bei der Top-Level-Domain „.com“ sei das jedoch nach der Entscheidung 17 Ob 16/10t (- schladming.com) nicht zwingend der Fall. Hier stehe dem Beklagten der Beweis frei, dass die Nutzung des Ortsnamens bei den angesprochenen Kreisen zu keiner Zuordnungsverwirrung führe. Dabei handle es sich um eine Tatfrage. Das Erstgericht habe das dazu vom Beklagten beantragte Gutachten nicht eingeholt und daher auch keine Feststellungen getroffen. Das sei im fortgesetzten Verfahren nachzuholen.

Gegen das Teilurteil richtet sich eine außerordentliche Revision des Beklagten. Er macht darin ausschließlich geltend, dass in der Frage einer möglichen Zuordnungsverwirrung zwischen den Top-Level-Domains „.at“ und „.com“ kein relevanter Unterschied bestehe. Daher seien auch in Bezug auf die Domain *wagrain.at* Tatsachenfeststellungen aufgrund des von ihm beantragten demoskopischen Gutachtens erforderlich.

*Die außerordentliche Revision ist zulässig und im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.*

1. Der Beklagte zeigt zutreffend auf, dass seine „.at“-Domain verfahrensrechtlich nicht anders behandelt werden kann als seine „.com“-Domain.

1.1. Der Senat hat in der Entscheidung 17 Ob 16/10t (= wbl 2011, 276 [*Thiele*] - schladming.com) ausgesprochen, dass die Frage, ob eine aus einem Namen und der Top-Level-Domain „.com“ gebildete Domain von den angesprochenen Kreisen dem Namensträger zugeordnet wird, aufgrund der Erfahrungen des täglichen Lebens beantwortet werden kann und daher grundsätzlich zur rechtlichen Beurteilung gehört (RIS-Justiz RS0043590, RS0039926). Den Parteien steht es jedoch frei, davon abweichende Erfahrungssätze zu behaupten und unter Beweis zu stellen (4 Ob 96/94 = MR 1994, 209 [*Korn*] - bedeutendste Tageszeitung Oberösterreichs; 4 Ob 178/97y = MR 1997, 226 [*Korn*] - Inserate-Kombischaltung; beide mwN). In diesem Fall sind die Tatsacheninstanzen dazu verpflichtet, Feststellungen zu diesem Vorbringen zu treffen. Als taugliches Beweismittel wird dafür aber in der Regel nur ein demoskopisches Gutachten in Betracht kommen. Denn es geht nicht darum, ob *bestimmte* Nutzer die Domain dem Namensträger zuordnen,

sondern ob beim *durchschnittlichen* Nutzer eine Zuordnungsverwirrung eintreten *kann*. Dafür genügt, dass bei einem nicht ganz unerheblichen Teil der angesprochenen Kreise diese Zuordnungsverwirrung tatsächlich eintritt. Ob das zutrifft, lässt sich im Regelfall nur aufgrund einer methodisch einwandfreien demoskopischen Untersuchung beantworten. Bleiben Zweifel, hat es bei der Beurteilung aufgrund des vom Gericht herangezogenen Erfahrungssatzes zu bleiben.

1.2. Es ist kein Grund erkennbar, die Domain *wagrain.at* anders zu behandeln als die Domain *wagrain.com*. In beiden Fällen hat der Beklagte in erster Instanz behauptet, dass keine Zuordnungsverwirrung eintrete, weil die angesprochenen Kreise keine Verbindung zwischen den Domains und der klagenden Gemeinde herstellten. Bei Namensdomains mit der Top-Level-Domain „.at“ hat die Rechtsprechung zwar bisher das Gegenteil angenommen (zuletzt 17 Ob 44/08g = ÖBl 2009, 229 [Gamerith] = jusIT 2009, 90 [Thiele] - justizwache.at mwN). Dabei handelt es sich aber ebenfalls um die Anwendung eines Erfahrungssatzes des täglichen Lebens und damit um eine rechtliche Beurteilung. Dem Beklagten steht der Beweis eines davon abweichenden Erfahrungssatzes frei. Dass ein solcher Beweis aus Sicht des Gerichts wenig Aussicht auf Erfolg haben mag, ist kein Grund, seine Aufnahme zu verweigern.

2. Im vorliegenden Verfahren hat der Beklagte zu beiden Domains behauptet, dass keine Zuordnungsverwirrung eintrete. Zum Beweis hat er die Einholung eines demoskopischen Gutachtens beantragt. Trotz dieses grundsätzlich tauglichen Beweisangebots hat das Erstgericht dazu keine Feststellungen getroffen. Damit liegt auch in Bezug auf die Domain *wagrain.at* ein sekundärer Feststellungsmangel vor. Gründe, die zur sofortigen Abweisung des Klagebegehrens führen könnten, macht die Revision nicht geltend. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher auch in diesem Punkt aufzuheben. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht das beantragte demoskopische Gutachten auch zur Domain *wagrain.at* einzuholen und auch insofern Feststellungen zur Gefahr einer Zuordnungsverwirrung zu treffen haben.

3. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

## Anmerkung\*

### I. Das Problem

Die Klägerin war die Marktgemeinde Wagrain im Pongau, im Salzburger Land und betrieb eine Website unter der Adresse <http://www.wagrain.salzburg.at>.

Der Beklagte war ein in dieser Gemeinde ansässiger Unternehmer. Er hatte seit 1997 die Inhaberschaft an der Domain „wagrain.at“; später erwarb er auch die Domain „wagrain.com“. Auf den darunter betriebenen Internetauftritten präsentiert er völlig ident gegen Entgelt Tourismusbetriebe aus der Region:



Die Gemeinde beehrte Unterlassung der Domainverwendung, die Übertragung der beiden

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Domains und hilfsweise ein Löschungsbegehren. Sie stützte sich auf ihr Namensrecht und auf eine lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung des Publikums.

Der Beklagte wendete ein, er hätte die Domain *wagrain.at* bereits 1997 erworben und durch deren Nutzung ein eigenes „Namensrecht“ erworben. Soweit nicht ohnehin eine Zustimmung der Klägerin vorläge, wäre ihr Untersagungsrecht in Analogie zu markenrechtlichen Bestimmungen durch Duldung erloschen. Zudem fehlte es an einer Zuordnungsverwirrung. Die angesprochenen Kreise leiteten aus der Verwendung des Ortsnamens in der Domain nicht ab, dass die Website von der Gemeinde oder in deren Auftrag betrieben werde. Zum Beweis dafür beantragte er die Einholung eines demoskopischen Gutachtens, welches in I. Instanz nicht eingeholt wurde.

Das Erstgericht gab der Klage statt; das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung für die Domain „wagrain.at“ und hob im Übrigen das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache über die Domain „wagrain.com“ zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück.

Aufgrund der außerordentlichen Revision hatte der OGH zu entscheiden, ob in der Frage einer möglichen Zuordnungsverwirrung zwischen den Top-Level-Domains „.at“ und „.com“ kein relevanter Unterschied bestünde, insbesondere ob auch für die Domain „wagrain.at“ Tatsachenfeststellungen aufgrund des vom Beklagten beantragten demoskopischen Gutachtens erforderlich wären.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Die Höchststrichter verwiesen die Rechtssache zu weiteren Tatsachenfeststellungen an die I. Instanz zurück. Eine „.at“-Domain könnte verfahrensrechtlich nicht anders behandelt werden als eine „.com“-Domain. In beiden Fällen hatte der Beklagte in erster Instanz behauptet, dass keine Zuordnungsverwirrung eintreten würde, weil die angesprochenen Kreise keine Verbindung zwischen den Domains und der klagenden Gemeinde herstellten. Bei Namensdomains mit der Top-Level-Domain „.at“ hat die Rechtsprechung zwar bisher das Gegenteil angenommen. Dabei handelte es sich aber ebenfalls um die Anwendung eines Erfahrungssatzes des täglichen Lebens und damit um eine rechtliche Beurteilung. Dem Beklagten stünde der Beweis eines davon abweichenden Erfahrungssatzes frei. Dass ein solcher Beweis aus Sicht des Gerichts wenig Aussicht auf Erfolg haben mochte, war kein Grund, seine Aufnahme zu verweigern.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Entscheidung stellt eine konsequente Fortsetzung der zu Namensdomains entwickelten Rsp dar.<sup>1</sup> Ob eine aus einem Namen und der Top-Level-Domain „.com“ gebildete Domain von den angesprochenen Internetnutzern dem Namensträger zugeordnet wird, kann aufgrund der Erfahrungen des täglichen Lebens beantwortet werden. Diese grundsätzliche Rechtsfrage kann jedoch durch abweichende Tatsachenbehauptungen und (demoskopische) Gutachten relativiert werden. Nichts anderes gilt für „.at“-Domains, mag auch ein derartiges Beweisanbot – abgesehen von einer den Prozess verlängernden Verteuerung – wenig aussichtsreich sein.

Der 17. Senat legt mit Recht besonderen Wert darauf, dass es nicht darum geht, ob bestimmte Nutzer die Domain dem Namensträger zuordnen, sondern ob beim durchschnittlichen Nutzer eine Zuordnungsverwirrung eintreten kann. Damit ist die Frage nach der Verkehrsauffassung gestellt, zu deren Beantwortung es im Regelfall einer methodisch einwandfreien demoskopischen Untersuchung bedarf. Zu beachten ist allerdings, dass ein demoskopisches Gutachten nur die tatsächliche Grundlage liefern kann, aus der das Gericht die rechtliche Beurteilung der Gefahr einer Zuordnungsverwirrung bzw. einer Verwechslungsgefahr schöpfen muss. Bleiben Zweifel, hat es bei der Beurteilung aufgrund des vom Gericht herangezogenen Erfahrungssatzes zu verbleiben.

---

<sup>1</sup> Näher dazu *Thiele*, Namensdomains im österreichischen Kennzeichenrecht in *Schenk/Lovrek/Musger/Neumayr* (Hg), FS Griss (2011), 659 ff.

Der Fall bietet Anlass, sich näher mit den Anforderungen an ein „methodisch einwandfreies demoskopisches Gutachten“ auseinanderzusetzen. Für die Frage, ob die Bezeichnungen (Domains) „wagrain.com“ bzw. „wagrain.at“ einer Gemeinde des Namens Wagrain, die im Salzburger Land gelegen ist und hauptsächlich vom Wintertourismus lebt, zugeordnet werden, ist die Auffassung der betroffenen Verkehrskreise, die mit dieser Gebietskörperschaft in Verbindung stehen oder in Verbindung treten könnten, maßgebend. Der für Immaterialgüterrechtssachen zuständige Senat 17 des OGH jüngst festgehalten, dass ein notwendiges Sachverständigengutachten (hier gerichtlich-demoskopisches Gutachten) nicht durch ein Privatgutachten ersetzt werden kann.<sup>2</sup> Dessen ungeachtet taugen zum Nachweis der Verkehrsauffassung – hilfsweise – auch Urkunden, die das Ergebnis einer Umfrage in den beteiligten Verkehrskreisen wiedergeben.<sup>3</sup> Zum Ausgleich des Mangels an Exaktheit und wegen der sachlichen Beschränkung der einzelnen Beweismittel soll bei der Beweisführung über die Verkehrsauffassung jedenfalls eine **breite Beweisgrundlage** geschaffen werden,<sup>4</sup> sodass auch Zeugenbefragungen und sonstige Urkundenbeweise mit zu berücksichtigen sind.

Nach der von der Rechtsprechung gebilligten Lehre<sup>5</sup> sind die Aufgaben eines gerichtlich-demoskopischen Gutachtens weitreichender als die bloße Durchführung einer Umfrage:

- es muss geklärt werden, wer zum Begriff der beteiligten Verkehrskreise gehört;
- aus den beteiligten Verkehrskreisen wird ein repräsentativer Querschnitt, bestehend aus einer gewissen Anzahl von Testpersonen, ermittelt;
- die an die Testpersonen zu richtenden Fragen müssen entsprechend formuliert werden;
- die Befragungsergebnisse müssen ausgewertet und auf das Beweisthema rückbezogen werden.

Davon ausgehend handelt es sich bei den **beteiligten Verkehrskreisen** um Internetnutzer iS des § 3 Z 4 ECG<sup>6</sup> und zwar sowohl jene des privaten, als auch des gewerblichen Bereiches, da die klagende Partei zahlreiche Tourismusleistungen in der Region anbietet. Es empfiehlt sich auch, das Mindestalter der befragten Personen festzusetzen, da zwar auch Kinder im Netz surfen, diese jedoch einen geringen Anteil ausmachen und die überwiegende Palette der Dienstleistungen der klagenden Gemeinde erst von Personen ab ca. 15 Jahren in Anspruch genommen werden. Bei der **Auswahl des repräsentativen Querschnitts** ist daher auf Personen mit regelmäßiger Internetnutzung zu achten. Zur Feststellung der allgemeinen Verkehrsauffassung ist grundsätzlich eine österreichweite, repräsentative Stichprobe erforderlich. Im konkreten Fall sollte aber auch das engere Einzugsgebiet der Gemeinde Wagrain genauer untersucht werden. Bei den an die Testpersonen zu richtenden **Fragen** ist auf eine *neutrale Formulierung* zu achten. Folgende Formulierungen verstehen sich als bloße Anregungen und bleibt die Vorgangsweise im Einzelnen selbstverständlich der richterlichen Prozessleitungsbefugnis vorbehalten:

Frage 1: Haben Sie den Begriff „Wagrain“ schon einmal gehört oder gelesen?

a) ja    b) nein

Frage 2: Woran denken Sie, wenn Sie den Begriff „wagrain.com“ hören? (*das Gleiche gesondert für „wagrain.at“; der Interviewer soll dabei die Angaben möglichst wörtlich notieren; Antwortmöglichkeit c) „weiß nicht“ vorsehen*)

Frage 3: Wenn Sie den Begriff „wagrain.com“ hören, denken Sie dann an ...

- a) eine bestimmte Person/Einrichtung/Unternehmen?
- b) mehrere Personen/Einrichtungen/Unternehmen oder?
- c) keine bestimmte Person/Einrichtung/Unternehmen?

<sup>2</sup> OGH 12.4.2011, 17 Ob 21/10b – EVA/EVE-Slim, Zak 2011/378, 198 = JBl 2011,455 = SV 2011,148 (Krammer) = ecolex 2011/271, 711.

<sup>3</sup> Vgl. OGH 8.6.2004, 4 Ob 64/04x – MANPOWER IV, ÖBl-LS 2004/156, 210.

<sup>4</sup> So ausdrücklich schon OLG Wien 19.11.1953, ÖBl 1954, 5.

<sup>5</sup> Zurückgehend auf Matscher, Der Beweis durch Demoskopie im österreichischen Zivilprozess, ÖBl 1970, 90.

<sup>6</sup> 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 17.8.2000, 4 Ob 158/00i – *gewinn.at*, wbl 2000/386, 579.

*(wiederum die Antwortmöglichkeit d) „weiß nicht“ vorsehen)*

Frage 4: An welches/welche Person/Einrichtung/Unternehmen denken Sie da?

*(der Interviewer sollte die Angaben wieder wörtlich notieren und sollte die Möglichkeit eines „weiß nicht“ vorgesehen sein)*

**Ausblick:** Zu beachten ist abschließend, dass die Gerichte idR für die Durchführung von demoskopischen Gutachten von den beweispflichtigen Domaininhabern Kostenvorschüsse in Höhe von 36.000,- bis 40.000,- Euro einfordern, andernfalls von diesem Beweismittel Abstand genommen wird.

#### **IV. Zusammenfassung**

Nach der weiter verfeinerten Auffassung des Höchstgerichtes kann bei Domainnamen auch der sogenannte Top-Level-Domain („TLD“) zeichenrechtliche Bedeutung zukommen. Ob daher „wagrain.at“ der Salzburger Marktgemeinde Wagrain zuzuordnen ist, stellt ebenso eine gemischte Rechts- und Tatsachenfrage dar wie die Bedeutung der TLD „.com“ die die Verwendung des Ortsnamens. Bei beiden ist die Verkehrsauffassung maßgeblich, die durch Sachverständigengutachten zu ermitteln und letztlich als Teil der Zuordnungsverwirrung von den Gerichten zu beurteilen ist.