



Fundstelle: ecolex 2007/334, 784 (*Schumacher*)

1. Die Anmeldung einer Marke stellt keine Benützungshandlung iS eines markenmäßigen Gebrauchs dar. Weder durch die Anmeldung noch durch die Veröffentlichung der registrierten Marke im österreichischen Patentanzeiger und Markenanzeiger werden im geschäftlichen Verkehr Waren oder Dienstleistungen unter dieser Marke angeboten, angekündigt oder in Verkehr gebracht; von einem „kennzeichenmäßigen Gebrauch“ dieser Marke iS des § 10a MSchG kann daher keine Rede sein.

2. Die Anmeldung eines Zeichens als Marke (hier: VKI – Vater Kind Initiative“) bedeutet nicht automatisch den Eingriff in ein fremdes, bereits bestehendes ähnliches Marken- oder Kennzeichenrecht (hier: „VKI – Verein für Konsumenteninformation“). Unterlassungsansprüche können daher ausnahmsweise nur dann vorbeugend erhoben werden, wenn ein unmittelbar bevorstehendes rechtswidriges Verhalten zu verhindern ist.

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

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Präsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Verein für Konsumenteninformation, *****, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei I*****, vertreten durch Mag. Klaus Mikosch, Rechtsanwalt in Klagenfurt als Verfahrenshelfer, wegen Unterlassung und Beseitigung (Streitwert 20.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 31. Jänner 2007, GZ 6 R 15/07h-23, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 15. November 2006, GZ 24 Cg 39/06a-19, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es zu lauten hat: "Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, es zu unterlassen, sich der Kurzbezeichnung "VKI" für sich und ihre Tätigkeit zu bedienen, und die unter der Anmeldung 7938/2004 beim Österreichischen Patentamt registrierte Marke "VKI-VATER KIND INITIATIVE" löschen zu lassen, wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.656,06 EUR bestimmten Kosten des Verfahrens (darin 276,01 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen".

Die klagende Partei ist weiters schuldig, der beklagten Partei die mit 2.541,90 EUR bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin 423,65 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger, der sich auch in seinen Statuten der Abkürzung VKI bedient, ist eine gemeinnützige, nicht auf Gewinn zielende Verbraucherorganisation zur Beratung der Allgemeinheit über Eigenschaften und Kaufbedingungen von Konsumgütern und Leistungen, die für Konsumenten erbracht werden. Er darf zur Erfüllung seines Zwecks insbesondere nachstehende Tätigkeiten entwickeln: mündliche und schriftliche Einzelauskünfte, Rechtsberatung, Herausgabe von Printmedien, Produktion von Filmen, Rundfunk- und Fernsehsendungen, Untersuchungen und Tests von Konsumgütern unter anderem in Form von Forschungsprojekten, Führung einer autorisierten Prüfanstalt, Förderung der Deklaration von Waren und Dienstleistungen.

Der Kläger vertritt als Konsumentenschutzorganisation seit über 40 Jahren die Interessen der Konsumenten, er ist der Objektivität verpflichtet und nicht gewinnbringend orientiert. Das Serviceangebot reicht von der Herausgabe des Testmagazins "Konsument" sowie zahlreicher

Publikationen über persönliche und telefonische Beratung bis zu Vorträgen und Seminaren. Auch in seinem Geschäftsbericht bezeichnet sich der Kläger selbst als VKI. Bereits im Jahr 1983 wurde er in diversen Publikationen so bezeichnet. In einem Folder aus 1974 scheint diese Kurzbezeichnung bereits auf, in allen Fällen klar und unübersehbar. Auch in der APA-Datenbank scheint der Kläger unter VKI auf.

Der Kläger wird in Österreich als primäre Interessenvertretung der Konsumenten wahrgenommen, sowohl das Magazin "Konsument" als auch die persönliche und telefonische Beratung, Sammelklagen, Musterprozesse und Vorträge sind bekannt. Er ist die prägendste Institution im Konsumentenschutz, er wird als kompetent, unabhängig und objektiv angesehen. Der Bekanntheitsgrad ist sehr hoch und liegt an dritter Stelle aller in eine Marktforschungsuntersuchung einbezogenen Einrichtungen (nach Arbeiterkammer und Hörfunksendungen), mehr als die Hälfte der Österreicher kennen das Testmagazin "Konsument".

Der Kläger versucht - immer auch mit der Abkürzung VKI -, durch zahlreiche Musterprozesse und Verbandsklagen verbraucherfreundliche Entscheidungen zu erwirken. Der Kläger nahm im Jahr 2004 72.602 EUR für Expertenhotlines, 65.670 EUR für persönliche Beratung, 9.970 EUR aus Kostenbeiträgen für Seminare und Infoabende sowie Schulungen und andere Vorträge ein. Darüber hinaus erzielte er weitere Einnahmen aus Versicherungsvergleichen, Kreditnachberechnungen, Fonds-Information, für die Herausgabe der Konsumentenrecht-Entscheidungssammlung sowie eines Handbuchs zum Zinsstreit.

Der Beklagte ist ein Verein, der gemeinnützige Zwecke, wie Förderung des Zusammenschlusses aller Österreicher auf vollkommen überparteilicher Basis, verfolgt. Zur Verwirklichung seiner Ziele ist er insbesondere zu Öffentlichkeitsarbeit und Werbung, Einflussnahme auf Gesetze, Verordnungen, Verfügungen, Zusammenarbeit mit den gesetzgebenden Körperschaften, Vereinen mit ähnlichen Zielsetzungen sowie mit den Sozialpartnern berechtigt. Die Satzung ermächtigt ihn weiters zur Abhaltung vereinsinterner, sportlicher, fachlich orientierter, sonstiger einschlägiger, wie auch gesellschaftlicher Veranstaltungen für und im Interesse der Mitglieder; zur Schaffung sozialer Einrichtungen, sowie zur Erteilung von Auskünften und Beratung der Mitglieder in allen Fragen.

Der Beklagte ließ am 16. Dezember 2004 die Wortbildmarke "VIK-VATER KIND INITIATIVE" registrieren, "VKI" ist blau unterlegt. Die Registrierung erfolgte unter anderem in der Klasse 41 (Erziehung, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten) und 42 (wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerleistungen, Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und -software, Rechtsberatung und Vertretung).

Der Kläger begehrt, die Beklagte zu verpflichten, es zu unterlassen, sich der Kurzbezeichnung "VKI" für sich und ihre Tätigkeiten zu bedienen, und die registrierte Marke "VIK-VATER KIND INITIATIVE" löschen zu lassen. Zwischen den Streitteilen bestehe ein Wettbewerbsverhältnis. Durch die Wortbildmarke des Beklagten entstehe Verwechslungsgefahr oder Zuordnungsverwirrung, zumindest ein Teil des Publikums glaube, der Kläger habe mit der Marke etwas zu tun. Der Beklagte handle im geschäftlichen Verkehr, dies allein schon dadurch, dass er für sich eine Marke für durchwegs geschäftliche Tätigkeiten registrieren lasse. Er verstoße gegen § 9 UWG und § 43 ABGB.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Es bestehe keine Verwechslungsgefahr, weil er gänzlich andere Dienstleistungen anbiete als der Kläger. Die beiden Zeichen unterschieden sich wesentlich voneinander.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Der Buchstabenkombination VKI komme Unterscheidungskraft zu, sie genieße daher Schutz nach § 9 Abs 1 UWG. Die Wortbildmarke "VIK-VATER KIND INITIATIVE" sei in ihrer Gesamtheit mit der Kurzbezeichnung VKI des Klägers in höchstem Maße verwechslungsfähig. Der Kläger werde überdies durch den unbefugten Gebrauch der Abkürzung in seinem Namensrecht beeinträchtigt. Als Folge des ungerechtfertigten Gebrauchs sei auch die Löschung der Marke anzuordnen.

Das *Berufungsgericht* bestätigte die Klagestattgebung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 4.000 EUR, nicht aber 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision mangels Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage zulässig sei, ob "die Benützung einer Marke schon einen kennzeichenmäßigen Gebrauch darstellt". Der überwiegende Teil der Bevölkerung assoziiere die Marke des Beklagten gerade in der Verbindung mit "Vater und Kind" mit einer Beteiligung des Klägers. Die Aufgabengebiete der Streitparteien überschneiden sich teilweise, ein Wettbewerbsverhältnis sei anzunehmen, die Verwechslungsgefahr hoch. Schon die Registrierung einer Marke falle unter den Begriff "Benützung" nach § 10a MSchG. Die Registrierung einer Marke, die evidentenmaßen ältere Markenrechte angreife, sei nach Art 4 MarkenRL unzulässig. Nach Art 8 GMV könne der Inhaber einer älteren Marke gegen die Eintragung einer verwechslungsfähigen Marke Widerspruch erheben. Legte man § 10a MSchG dahin aus, dass die Marke mit der Registrierung noch nicht verwendet werde, wäre der Inhaber älterer Marken nach dem Markenschutzgesetz weniger geschützt als nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung. § 10a MSchG sei daher dahin auszulegen, dass die Marke schon mit der bloßen Registrierung benutzt werde. Auch die Registrierung einer Domain sei eine Markenbenützung. Jedenfalls wäre aber eine vorbeugende Unterlassungsklage zulässig.

Die Revision des Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits in der E 4 Ob 47/88 = MR 1988, 207 – Österreich-Bild ausgesprochen, dass weder durch die Anmeldung noch durch die Veröffentlichung der registrierten Marke im österreichischen Patent- und Markenregister im geschäftlichen Verkehr Waren oder Dienstleistungen unter dieser Marke „angeboten, angekündigt oder in Verkehr gebracht werden“. Daran ist auch nach geltender Rechtslage festzuhalten.

Aus der Anmeldung der Marke allein ergibt sich weder, welchen konkreten kennzeichenmäßigen Gebrauch der Beklagte vor hat, noch, dass eine solche Benützung unmittelbar bevorstehe. § 33a MSchG sieht vielmehr einen "aufgeschobenen Gebrauchszwang" vor, demnach auch die Möglichkeit, eine registrierte Marke durch fünf Jahre hindurch ohne Löschungsgefahr nicht zu benutzen. Es ist daher nicht nur möglich, dass jemand eine Marke für sich registrieren lässt, obwohl er diese erst in weiterer Zukunft tatsächlich zu benutzen plant (Vorratsmarke). Die Anmeldung der Marke für sich allein lässt nicht einmal den Schluss zu, dass eine künftige Verwendung überhaupt beabsichtigt ist (Defensivmarke; 4 Ob 47/88). Es fehlen daher auch die Voraussetzungen für eine vorbeugende Unterlassungsklage. Eine vorbeugende Unterlassungsklage ist nur zulässig, wenn eine Rechtsverletzung unmittelbar drohend bevorsteht (4 Ob 385/80 = SZ 53/147; 6 Ob 226/05m; RIS-Justiz RS0009357). Davon kann bei der bloßen Markenmeldung und -registrierung keine Rede sein.

Der Kläger macht geltend, der Inhaber eines älteren Zeichens müsse gegen eine in seine Rechte eingreifende Markenmeldung schon aufgrund der bloßen Markenmeldung und -registrierung vorgehen können, weil das österreichische Markenrecht kein Widerspruchsverfahren kennt. Er übersieht dabei, dass in die schutzwürdigen Interessen des Inhabers der älteren Rechte regelmäßig erst durch die Nutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr eingegriffen wird, weil erst dadurch die Gefahr von Verwechslungen oder einer Zuordnungsverwirrung hervorgerufen werden kann.

Ob eine Marke mit der bloßen Registrierung als Internetdomain im Sinne des § 10a MSchG benutzt wird, ist für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Dass der Beklagte den Wortteil seiner Wortbildmarke ganz oder teilweise als Domain hätte registrieren lassen, ist weder behauptet noch festgestellt. Der Oberste Gerichtshof hat im Übrigen schon wiederholt ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der durch die Registrierung einer Marke als Domain begründeten Verwechslungsgefahr auf den Inhalt der Website abzustellen ist und die Registrierung allein nicht genügt (4 Ob 327/00t = ÖB1 2001, 225 - cyta.at ua; zuletzt 4 Ob 229/06i; RIS-Justiz RS0114773).

Mangels Benutzungshandlung braucht auf die Frage nicht eingegangen zu werden, ob überhaupt Verwechslungsgefahr besteht.

Da der Kläger lediglich die Registrierung der Marke und keinen darüber hinausgehenden Gebrauch im geschäftlichen Verkehr behauptet hat, lässt sich der vom Kläger erhobene Unterlassungs- und

Beseitigungsanspruch auch nicht aus § 43 ABGB ableiten. Die Verwendung der den Kläger bezeichnenden Buchstabenkombination bloß bei der Markenmeldung vermag die vom Kläger befürchtete Zuordnungsverwirrung (noch) nicht hervorzurufen. Ein Eingriff in das Namensrecht des Klägers liegt daher schon aus diesem Grund nicht vor.

Die Unterlassungs- und Löschungsklage musste erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 ZPO; hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens iVm § 50 ZPO. Ein aus ausschließlich in der Sphäre des Beklagten liegenden Gründen gestellter Vertagungsantrag ist nicht zu honorieren.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der klagende Verein für Konsumentinformation (VKI) setzte sich gegen die bloße Markenmeldung und -registrierung der Wortbildmarke der beklagten "VKI – VATER KIND INITIATIVE" zur Wehr und begehrt einerseits die Unterlassung der ähnlichen Markenbezeichnung und andererseits die Löschung der jüngeren Marke. Die ersten beiden Instanzen gaben der Klage vollinhaltlich statt. Das Höchstgericht hatte sich letztlich mit den Voraussetzungen der „markenmäßigen Verwendung“ von Kollisionszeichen (z.B. andere Marke oder eine Domain) im vorliegenden Markenverletzungsprozess zu befassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen wies der OGH die Markenverletzungsklage zur Gänze ab. Eine vorbeugende Unterlassungsklage war nur zulässig, wenn eine Rechtsverletzung unmittelbar drohend bevorstünde. In die schutzwürdigen Interessen des Inhabers der älteren Rechte würde regelmäßig erst durch die Nutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr eingegriffen, weil erst dadurch die Gefahr von Verwechslungen oder einer Zuordnungsverwirrung hervorgerufen werden konnte. Die Eintragung einer Marke ins das amtlich geführte Register und die anschließende Publikation im Markenanzeiger des österreichischen Patentamtes stellt nach Auffassung der Höchstinstanz keine Benutzung im geschäftlichen Verkehr dar. Mangels relevanter Benutzungshandlung iS des § 10a MSchG musste daher eine allfällige Verletzung nicht mehr geprüft werden.

Die Verwendung der den Verein für Konsumentinformation bezeichnenden Buchstabenkombination bloß bei der von der Beklagten erwirkten Markenmeldung vermochte (noch) keine Zuordnungsverwirrung iS des § 43 ABGB hervorzurufen. Ein Eingriff in das Namensrecht wurde daher vom Höchstgericht ebenfalls verneint.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

A. Markenrechtliche Auswirkungen

Das vorliegende Urteil mag (nicht nur die Vorinstanzen) überrascht haben, führt aber konsequent einen bereits vor der Markenschutz-Novelle 1999¹ begonnene Judikaturlinie fort, und zwar sowohl für die **rechtserhaltende Benutzung** von Marken als auch für deren **rechtsverletzende Verwendung**.

§ 33a MSchG aF ging vom Prinzip des „aufgeschobenen Gebrauchszwanges“ für Markenrechte aus und sah demnach auch die Möglichkeit vor, dass eine registrierte Marke – zumindest durch längere

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

¹ BGBl I 110/1999.

Zeit (maximal fünf Jahre) – nicht benützt wird. Es ist daher nicht nur möglich, dass jemand eine Marke für sich registrieren lässt, obwohl er diese erst in weiterer Zukunft tatsächlich zu benützen plant (sog. „**Vorratsmarke**“); die Anmeldung der Marke für sich allein kann auch nicht einmal den Schluß zulassen, dass eine künftige Verwendung überhaupt nicht beabsichtigt ist (sog. „**Defensivmarke**“).²

Die Anmeldung einer Marke stellt nach der Rsp³ zu § 13 MSchG aF und nunmehr auch nach der Markenschutz-Novelle 1999 regelmäßig **keine rechtsverletzende Benützungshandlung** dar. Weder durch die Anmeldung noch durch die **Veröffentlichung** der registrierten Marke **im österreichischen Patentanzeiger und Markenanzeiger** werden im geschäftlichen Verkehr Waren oder Dienstleistungen "unter dieser Marke angeboten, angekündigt oder in Verkehr gebracht"; von einem „kennzeichenmäßigen Gebrauch“ oder einer „Benützungshandlung“ dieser Marke kann daher nach wie vor keine Rede sein.

Kein kennzeichenmäßiger und damit kein ausschließlich dem Markeninhaber vorbehaltenen Zeichengebrauch liegt z.B. auch dann vor, wenn die Marke nicht als Herkunftshinweis, sondern als **reine Bestimmungsangabe** verwendet wird;⁴ ein Eingriff in das Ausschließungsrecht des jeweiligen Markeninhabers ist in solchen Fällen aber dann anzunehmen, wenn durch die Art und Weise, wie das fremde Zeichen verwendet wird, bei den beteiligten Verkehrskreisen der falsche Eindruck entstehen kann, Inhaber des das Zeichen verwendenden Unternehmens sei entweder der Markeninhaber selbst oder ein mit ihm durch vertragliche oder organisatorische Beziehungen verbundenes Unternehmen.⁵

Ein durch das Ausschließungsrecht des Markeninhabers geschütztes Interesse wird schließlich auch dann nicht beeinträchtigt, wenn die Benutzung keine Außenwirkung hat und die Marke deshalb nicht als Herkunftshinweis wahrgenommen wird, wie bspw. Im Fall der Befüllung eines stationären Flüssiggastanks der Markeninhaberin, der von ihrem Kunden für 10 Jahre gemietet wird und auf der Tankdeckelinnenseite mit ihrer Marke gekennzeichnet ist, durch einen anderen Anbieter von Flüssiggas.⁶

Im Übrigen sind die wichtigsten Fälle, in denen es an einem „kennzeichenmäßigem Gebrauch“ fehlt nunmehr nach hM⁷ in **§ 10 Abs 3 MSchG** unter dem Begriff der „Beschränkungen der Wirkungen der Marke“ nach Art 6 Abs 1 Marken-RL zusammengefasst.

Abschließend verneint das Höchstgericht auch die geltende gemachten **namensrechtlichen Ansprüche**, da der klägerische Verein keinen darüber hinausgehenden Gebrauch im geschäftlichen Verkehr behauptet hat. Die Verwendung der den Kläger bezeichnenden Buchstabenkombination bloß bei der Markenmeldung vermag die vom Kläger befürchtete Zuordnungsverwirrung (noch) nicht hervorzurufen. Ein Eingriff in sein Namensrecht liegt daher schon aus diesem Grund nicht vor. Die Unterlassungs- und Löschungsklage musste erfolglos bleiben.

B. Domainrechtliche Konsequenzen

Seit längerem ist in Rsp⁸ und Lehre⁹ umstritten, wodurch eine kennzeichenrechtliche „Nutzung“ von Domains herbei geführt wird. Dabei ist grundsätzlich zwischen der rechtsbegründenden bzw.

² OGH 12.7.1988, 4 Ob 47/88 – *Österreich-Bild*, MR 1988, 207.

³ OGH 12.7.1988, 4 Ob 47/88 – *Österreich-Bild*, MR 1988, 207.

⁴ OGH 17.12.2002, 4 Ob 262/02m – *Ersatzteilvertrieb*, ÖBl-LS 2003/64, 124 = *ecolex* 2003/254, 608 (*Schanda*); eingehend EuGH 17.3.2005, C-228/03 – *Gillette/Rasierklagen*, *ecolex* 2005, 495 = *RdW* 2005/242a, 197 = *RdW* 2005/315, 295 = ÖBl-LS 2005/250, 211 = *MR-Int* 2005, 35 = *ZER* 2006/98, 63 = ÖBl 2006/20, 87 (*Gamerith*).

⁵ OGH 12.8.1996, 4 Ob 2137/96k – *Kärcher-Fachhändler*, wbl 1997, 82 = ÖBl 1997, 23.

⁶ OGH 28.9.2006, 4 Ob 158/06y – *Primagaz*, wbl 2007/64, 145 = *ecolex* 2007/126, 267 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2007/15, 10 = ÖBl-LS 2007/16/17, 11 = ÖBl 2007/15, 70 (*Gamerith*).

⁷ EuGH 23.2.1999, C-63/97 – *BMW/Deenik*, wbl 1999/101 = *ecolex* 1999/135 = *ZER* 1999/32 = ÖBl 1999, 250; *Gruber*, Kfz-Werkstätte und Markenschutz – EuGH Rs C-63/97 „BMW“, wbl 1999, 539; *Gamerith*, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2006, 92 ISp.

⁸ OGH 30.1.2001, 4 Ob 327/00t – *cyta.at*, wbl 2001/231, 337 (*Thiele*) = *RdW* 2001/428, 399 = *ecolex* 2001/186, 546 (*Schanda*) = *MR* 2001, 194 (*Pilz*) = ÖBl-LS 2001/136, 218 = ÖBl 2001, 225 (*Kurz*) = *JUS Z*/3192.

⁹ *Thiele* in *Kucsko* (Hrsg), *marken.schutz* (2006), 329 ff mwN.

rechtserhaltenden und der rechtsverletzenden Verwendung zu unterscheiden:

1. Rechtsverletzende Verwendung von Domains

Die bloße Registrierung eines Zeichens als Internet Domain stellt nach st Rsp¹⁰ regelmäßig keine Benutzung eines Zeichens iS von § 10a MSchG dar. Maßgebend für die Beurteilung, ob eine derartige Benutzung und ob dadurch Verwechslungsgefahr nach § 10 Abs 1 Z 2 MSchG begründet wird, ist nämlich allein der Inhalt der Websites, die unter der Domain in das Internet gestellt werden.¹¹ Dies hat zur Folge, dass Domains, die zwar technisch mit einem Server verbunden sind, d.h. zur Adressierung im WWW genutzt werden, inhaltlich auf der zugehörigen Website aber kein Angebot bereits gehalten wird (sog. „Baustellen-Seiten“), gegenüber zeichenähnlichen Markeninhabern gewissermaßen „immunisiert“ sind. Eine **Markenverletzung** ist mangels markenmäßiger Benutzung des Kollisionszeichens von vorn herein ausgeschlossen.

Die Position der Rsp¹² schließt das Bestehen von Verwechslungsgefahr aus, wenn noch keine Website eingerichtet ist und die Domain für den Internetauftritt eines Unternehmens registriert wurde, von dem nicht einmal feststeht, in welcher Branche es tätig ist.

Maßgebend für die Beurteilung, ob eine (rechtsverletzende) Benutzung eines Zeichens iS des § 10a MSchG vorliegt und ob dadurch Verwechslungsgefahr iS des § 10 Abs 1 Z 2 MSchG begründet wird, ist nach der Rsp¹³ der Inhalt der Websites, die unter der Domain in das Internet gestellt werden.

Gleiches gilt nach der Rsp¹⁴ auch für **Titelschutzrechte** und **Ansprüche** wegen der unbefugten Verwendung der besonderen Bezeichnung eines nicht unter § 80 UrhG fallenden Druckwerks, deren Tatbestand **nach § 9 Abs 1 UWG** voraussetzt, dass die besondere Bezeichnung des Druckwerks in einer Weise benützt wird, die geeignet ist, Verwechslungen mit der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient.

Für **Namensrechtsverletzungen** hat die Rsp¹⁵ eine vergleichbare Position zur Prüfung der Zuordnungsverwirrung iS des § 43 ABGB eingenommen. Der Namensschutz des § 43 ABGB begründet nur dann einen Abwehranspruch, wenn schutzwürdige Interessen des Namensträgers beeinträchtigt sind.¹⁶ Ein solches (ideelles) Interesse besteht vor allem darin, nicht mit anderen verwechselt und nicht in eine – tatsächlich nicht gegebene – Beziehung zum Unternehmen eines anderen gebracht zu werden; dabei genügt es, dass der Anschein erweckt wird, es bestünden ideelle oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen dem Namensträger und dem Verletzer.¹⁷ Ob dieser

¹⁰ OGH 30.1.2001, 4 Ob 327/00t – *cyta.at*, wbl 2001/231, 337 (*Thiele*) = RdW 2001/428, 399 = ecolex 2001/186, 546 (*Schanda*) = MR 2001, 194 (*Pilz*) = ÖBI-LS 2001/136, 218 = ÖBI 2001, 225 (*Kurz*) = JUS Z/3192;

¹¹ OGH 19.12.2006, 4 Ob 229/06i – *5htp.at*, ÖBI-LS 2007/74, 64 = ÖBI-LS 2007/76, 65 = MR 2007, 103 (*Thiele*); 2.10.2007, 17 Ob 13/07x – *amade.at III*, nv.

¹² OGH 29.5.2001, 4 Ob 123/01v – *dullinger.at*, RZ 2001, 233 = ecolex 2001/283, 758 = MR 2001, 330 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2001/170, 254 = ÖBI 2002/37, 182 (*Kurz*); 13.3.2002, 4 Ob 56/02t – *amade.at I*, ecolex 2002/235, 598 (*Schanda*) = ÖBI-LS 2002/156, 217; OGH 9.4.2002, 4 Ob 51/02g – *amade.net*, ecolex 2002/236, 598 (*Schanda*) = ÖBI-LS 2002/167, 218; 20.8.2002, 4 Ob 101/02k – *inet.at*, RdW 2003/21, 19 = EvBl 2002/213, 843 = ÖJZ-LSK 2002/223 = ecolex 2003/26, 40 = wbl 2003/22, 45 (*Thiele*) = ÖBI-LS 2003/54, 123 = ÖBI-LS 2003/55, 123 = ÖBI-LS 2003/56, 123 = ÖBI 2003/49, 180.

¹³ OGH 19.12.2006, 4 Ob 229/06i – *5htp.at*, ÖBI-LS 2007/74, 64 = ÖBI-LS 2007/76, 65 = MR 2007, 103 (*Thiele*); 2.10.2007, 17 Ob 13/07x – *amade.at III*, nv.

¹⁴ OGH 21.3.2003, 4 Ob 257/02a – *amtskalender.at II*, wbl 2003/154, 242 = RdW 2003/308, 376 = ecolex 2003/220, 535 (*Schanda*) = MR 2004, 61.

¹⁵ OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308, 542 (*Thiele*) = RdW 2003/470, 558 = ÖBI-LS 2003/114, 226 = ÖBI-LS 2003/127, 227 = ÖBI-LS 2003/128, 227 = ÖBI 2003/74, 271 (*Fallenböck*) = MR 2004, 65; 16.12.2003, 4 Ob 231/03d – *serfaus.at*, wbl 2004/95, 196 (*Thiele*) = RdW 2004/242, 269 = ecolex 2004/219, 464 (*Schumacher*) = ÖGZ 2004 H 5, 58 = ÖBI-LS 2004/81, 117 = ÖBI-LS 2004/82, 118 = ÖBI 2004/45, 171 (*Fallenböck*).

¹⁶ OGH 5.11.2002, 4 Ob 207/02y – *ams.at*, ecolex 2003/86, 182 (*Schanda*) = EvBl 2003/44, 223 = ÖJZ-LSK 2003/41 = JUS Z/3516 = wbl 2003/92, 145 = ÖBI-LS 2003/30, 77 = ÖBI-LS 2003/31, 77 = ÖBI 2003/36, 140 (*Fallenböck*) = SZ 2002/146.

¹⁷ OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – *ortig.at*, MR 2000, 8 = ecolex 2000/98, 215 (*Schanda*) = wbl 2000/87, 142 =

Anschein erweckt wird, ist, ebenso wie bei der Beurteilung einer durch die Domain hervorgerufenen Verwechslungsgefahr, nach der Rsp¹⁸ nicht allein nach der Domain, sondern auch nach dem Inhalt der dazugehörigen Website zu beurteilen. Um einen Gleichklang zur Judikatur in Markensachen herzustellen, besteht nach der Rsp¹⁹ ein solcher Namensschutz bei geschäftlichen Kennzeichen nur dann, wenn sie Unterscheidungskraft oder Verkehrsgeltung haben.

Der Schutz des §43 ABGB setzt voraus, dass entweder das Recht zur Führung eines Namens bestritten (Namensbestreitung) oder ein Name unbefugt gebraucht wird (Namensanmaßung) und dass der Namensgebrauch schutzwürdige Interessen des Namensträgers verletzt.

Das Interesse, unter einem Firmenschlagwort in Verbindung mit der Top Level Domain ".at" im Internet auffindbar zu sein, ist nicht selbständig geschützt. Nur wer bspw. in seinem Namensrecht oder Firmenrecht verletzt ist, hat Anspruch darauf, dass ein dieser Rechte verletzender Gebrauch unterbleibt, so dass die Domain von ihm genutzt werden kann.²⁰ Demzufolge liegt in der bloßen Registrierung eines Namens als Domain keine Namensbestreitung²¹ und idR mangels zugehörigem Websiteinhalt auch keine Namensanmaßung.

2. Rechtsbegründende Domainverwendung

Die Innehabung einer Internet-Domain allein genügt daher per se zunächst nicht, um zB gegen jemanden vorzugehen, der ein der Domain ähnliches Zeichen als Marke angemeldet hat. Insoweit bleibt es dabei, dass die bloße Registrierung einer Domain noch kein Recht mit Schutzwirkung gegenüber Dritten begründet.

Dennoch kann in der Registrierung einer Domain *und* einem weiteren aktiven Tun eine rechtsbegründende Benutzung zur Erlangung eines kennzeichenrechtlichen Drittschutzes gelegen sein. Allen Fällen der „rechtsbegründenden Benutzung von Domains“ ist dabei gemein, dass die Domain in ein (mehr oder weniger) geschütztes Kennzeichenrecht „umgewandelt“ wird.²² Als „Einfallspforten“ in den durch Benutzung erworbenen Kennzeichenschutz für Domains kommen begreiflicherweise nur die nicht registrierten Schutzrechte in Betracht, nämlich der Unternehmenskennzeichen nach § 9 UWG,²³ der Werktitel nach § 80 UrhG oder der (Deck-)Namen nach § 43 ABGB.²⁴

IV. Zusammenfassung

Nach Auffassung des OGH stellt die Registrierung eines Zeichens als Marke und die anschließende Veröffentlichung im Markenanzeiger des Patentamtes keine „geschäftsmäßige

ÖJZ-LSK 2000/107 = ÖBl 2000, 134 (*Kurz*) = RdW 2000/296, 341 = EvBl 2000/113, 507 = ARD 5224/29/2001 = SZ 72/207; 22.4.2002, 4 Ob 41/02m – *graz2003.com*, MR 2002, 345 = ÖBl-LS 2002/140, 175 = ecolex 2002/320, 821 (*Anderl*) = RdW 2002/638, 722 = JUS Z/3422 = ÖBl 2002/62, 276 (*Fallenböck*).

¹⁸ OGH 29.1.2002, 4 Ob 246/01g – *graz2003.at*, wbl 2002/230, 331 (*Thiele*) = RdW 2002/394, 403 = ecolex 2002/200, 524 (*Fallenböck*) = ÖBl-LS 2002/176, 219 = MR 2002, 342 = ÖBl 2002/34, 164 (*Gamerith*).

¹⁹ OGH 14.03.2005, 4 Ob 7/05s – *car care*, wbl 2005/211, 386 = ecolex 2005/446, 926 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2005/145/146, 169; 11.12.2006, 7 Ob 254/06p – *Die Freiheitlichen/Bündnis Österreich*, nv.

²⁰ OGH 29.5.2001, 4 Ob 123/01v – *dullinger.at*, RZ 2001, 233 = ecolex 2001/283, 758 = MR 2001, 330 (*Thiele*) = ÖBl-LS 2001/170, 254 = ÖBl 2002/37, 182 (*Kurz*).

²¹ OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308, 542 (*Thiele*) = RdW 2003/470, 558 = ÖBl-LS 2003/114, 226 = ÖBl-LS 2003/127, 227 = ÖBl-LS 2003/128, 227 = ÖBl 2003/74, 271 (*Fallenböck*) = MR 2004, 65; 14.2.2006, 4 Ob 165/05a – *rechtsanwälte.at*, wbl 2006/132, 291 (*Thiele*) = MR 2006, 215 (*Korn/Korn*) = ecolex 2006/287, 671 (*Schachter*) = Zak 2006/348, 202 = RdW 2006/468, 507 = ÖBl-LS 2006/130, 213 = ÖBl-LS 2006/134, 214 = ÖBl-LS 2006/146, 215 = ÖBl 2006/65, 272 (*Fallenböck*); offen lassend noch: OGH 22.4.2002, 4 Ob 41/02m – *graz2003.com*, MR 2002, 345 = ÖBl-LS 2002/140, 175 = ecolex 2002/320, 821 (*Anderl*) = RdW 2002/638, 722 = JUS Z/3422 = ÖBl 2002/62, 276 (*Fallenböck*).

²² In diesem Sinn OGH 22.8.2002, 4 Ob 101/02k – *inet.at*, 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.

²³ Vgl. OLG Hamburg 25.11.2004, 3 U 33/03 – *abebooks.com*, JurPC Web-Dok 95/2005; LG Düsseldorf 25.2.2004, 2a O 247/03 – *ratiosoft.com*, nv.

²⁴ Ausführlich dazu *Thiele* in *Kucsko* (Hrsg), *marken.schutz* (2006), 430 ff.

Benutzungshandlung“ iS des § 10a MSchG dar, sodass Inhaber von älteren Markenrechten dagegen mangels Eingriffshandlung nicht mit Markenverletzungsklage vorgehen können.