



**1. Für die Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, ist Zurückhaltung geboten. § 1 UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen.**

**2. Der den Kennzeichenschutz ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des § 1 UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Kennzeichen eines Mitbewerbers ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht verwendet wird, um Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbshindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen. Dies trifft auf die Verwendung der Domain „tirolcom.at“ für ein Erotikportal in Ansehung der Bekanntheit des unter „www.tirol.com“ abrufbaren Online-Magazins mit seinen ca. 1 Million Zugriffen pro Monat zu.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch 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 New Media Online GmbH, 6020 Innsbruck, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz Knoflach und andere Rechtsanwälte in Innsbruck, gegen die beklagte Partei Christian K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heribert Schar und andere Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen Unterlassung und Beseitigung (Streitwert im Sicherungsverfahren 35.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 7. August 2006, GZ 2 R 148/06s-13, den

### **Beschluss**

gefasst: Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

### **Begründung:**

Bescheinigt ist, dass die Klägerin als Berechtigte die prioritätsältere Domain „tirol.com“ als Firmenschlagwort und als Internetportal mit dem Angebot aktueller Nachrichten und sonstiger Beiträge nach Art eines Magazins (Freizeitgestaltung, Unterhaltung, Wetter, Verkehr, Anzeigenmärkte für Immobilien, Kraftfahrzeuge, Stellenmarkt uä) unter Verwendung der Subdomains immo.tirol.com, motor.tirol.com, basar.tirol.com und jobs.tirol.com benützt. Sie bezieht Einnahmen aus der Vermarktung von Werbebannern für ihr Internetportal, das 1999 bereits rund 500.000 Zugriffe pro Monat erzielte. Mittlerweile hat sich die Zahl der Zugriffe fast verdoppelt.

Der Beklagte betreibt seit 1999 unter „tirolcom.at“ eine Erotikplattform im Internet mit vorwiegend pornografischem und sexuellem Inhalt. Die Startseite enthält den – erst nach Verschieben des Bildfensters nach unten sichtbar werdenden – Hinweis, dass diese Seite nicht von Tirol online betrieben wird und keinen offiziellen Charakter hat; auch ist dort die von der Klägerin benützte Domain angeführt.

Das *Rekursgericht* hat dem Beklagten untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs eine der Internetadresse „www.tirol.com“ ähnliche Domain, insbesondere „www.tirolcom.at“, zu verwenden oder zu belegen und verwenden zu lassen. Trotz

unterschiedlicher Inhalte der Internetauftritte der Streitparteien bestehe wegen der nahezu gleichen Domainnamen Verwechslungsgefahr. Dem Beklagten sei die unlautere Absicht bei der Auswahl seiner Domain zu unterstellen, den hohen Bekanntheitsgrad des Webportals der Klägerin für eigene Zwecke auszunutzen, zumal jeder Zusammenhang zwischen dem Zeichenbestandteil „tirol“ und den von der Beklagten angebotenen Inhalten fehle.

Diese Entscheidung hält sich im Rahmen der Rechtsprechung des Senats zu § 1 UWG im Zusammenhang mit Kennzeichenstreitigkeiten:

Bei Fehlen eines besonderen Tatbestandsmerkmals des § 9 UWG kann auf die Generalklausel des § 1 UWG zurückgegriffen werden, wenn die Zeichenverletzung eine sittenwidrige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs ist (4 Ob 126/01k = ÖBl 2002, 20 – Das blaue Rohr mwN).

Allerdings ist für die Bejahung eines Verstoßes gegen die guten Sitten in Fällen, in denen die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des kennzeichenrechtlichen Schutzes fehlt, Zurückhaltung geboten. § 1 UWG darf nicht dazu dienen, die Grenzen des kraft Verkehrsgeltung gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes ohne weiteres zu unterlaufen (RIS-Justiz RS0114532). Der ergänzende wettbewerbsrechtliche Schutz des § 1 UWG kommt daher nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, über die Benutzung als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken und überdies die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen wurde, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen wettbewerbsbehindernd zu beeinträchtigen oder auszunutzen (4 Ob 126/01k = ÖBl 2002, 20 – Das blaue Rohr mwN).

Das Rekursgericht hat den ihm offenstehenden Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn es dem Firmenschlagwort der Klägerin auf Grund der hohen monatlichen Zugriffszahlen eine gesteigerte Bekanntheit zugebilligt und aus dem Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung für die vom Beklagten gewählte Domain auf dessen unlautere Absicht geschlossen hat, den Bekanntheitsgrad des älteren Kennzeichens durch die Wahl eines ähnlichen Zeichens für eigene Zwecke auszunutzen.

## Anmerkung\*

### I. Das Problem

Die Klägerin ist Medieninhaberin und Betreiberin des unter der Domain „tirol.com“ seit 1999 eingerichteten Online Magazins „tirol.com“:



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

Monatlich würden ca. 1 Million Zugriffe auf die Website verzeichnet, die sich mit verschiedenen regionalen, aber auch internationalen Themen im Sinne eines „Life Style Magazins“ beschäftigte. Der Beklagte gab demgegenüber ein Nocturne ganz anderer Art heraus. Er betrieb ebenfalls seit 1999 unter „tirolcom.at“ eine Erotikplattform mit vorwiegend pornografischem und sexuellem Inhalt. Die Startseite enthielt den – erst nach Verschieben des Bildfensters nach unten sichtbar werdenden – Hinweis, dass diese Seite nicht von Tirol online betreiben würde und keinen offiziellen Charakter hätte:



Die Klägerin begehrte – gestützt u.a. auf ihr Kennzeichenrecht an der älteren Domain „tirol.com“ – die Unterlassung der jüngeren Domain „triolcom.at“ im Wege des Sicherungsverfahrens. Das Höchstgericht hatte letztlich darüber zu entscheiden, ob der durch § 1 UWG subsidiär gewährte Wettbewerbsschutz gegenständlich anwendbar wäre?

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte die Einstweilige Verfügung und hielt fest, dass sich die Auffassung des OLG Innsbruck im Rahmen der Rsp des 4. Senats zu § 1 UWG im Zusammenhang mit Kennzeichenstreitigkeiten hielt. Das Rekursgericht hätte den ihm offenstehenden Ermessensspielraum nicht überschritten, wenn es dem Firmenschlagwort der Klägerin auf Grund der hohen monatlichen Zugriffszahlen eine gesteigerte Bekanntheit zugebilligt und aus dem Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung für die vom Beklagten gewählte Domain auf dessen unlautere Absicht geschlossen hätte, den Bekanntheitsgrad des älteren Kennzeichens durch die Wahl eines ähnlichen Zeichens für eigene Zwecke auszunutzen.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende E verstärkt eine jüngst eingeschlagene Linie der Rsp, die § 1 UWG für einen ergänzenden Kennzeichenschutz fruchtbar gemacht hat. Darüber hinaus bietet sie Gelegenheit, der – mangels streitentscheidender Wirkung – unerörtert gebliebenen Bedeutung von „Top-Level-Domains“ nachzugehen.

### 1. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Das Höchstgericht nimmt im gegenständlichen Fall – für mache wohl unerwartet – keine „klassisch kennzeichenrechtliche“ Beurteilung vor, sondern löst die nicht „erhebliche Rechtsfrage“ unter Rückgriff auf die der Fallgruppe des sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs zuzuordnende wettbewerbsrechtliche Komponente.

Der klägerische Vorbenutzer der Zeichen „tirol.com“ ist nämlich nicht nur dann gegen die Verwendung eines gleichen oder verwechslungsfähig ähnlichen Zeichens durch den Beklagten geschützt, wenn er sich auf einen sondergesetzlich gewährten Unterlassungsanspruch (etwa nach §

9 UWG, § 43 ABGB, § 80 UrhG) berufen kann. Unter der Voraussetzung, dass auf Seiten des Beklagten, der eine formale Zeichenposition erworben hat, besondere sittenwidrige Umstände vorliegen, die eine Erwirkung der Domaineintragung als sittenwidrig erscheinen lassen, steht dem Kläger die auf § 1 UWG gestützte Einrede des sittenwidrigen Domainerwerbs offen. Wettbewerbswidrig iSd § 1 UWG handelt ein Domainanmelder dabei auch dann, wenn er die mit der Eintragung der Domain entstehende (und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche technische) Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbs einsetzt.

Das wettbewerbsrechtlich Verwerfliche im Verhalten des beklagten Domainanmelders liegt hier darin, dass er die jahrelangen zeit- und kostenaufwendigen Bemühungen der Klägerin, seine Dienstleistungen unter der von ihm etablierten Bezeichnung auf dem Markt zu platzieren, dadurch erheblich zu behindern versucht, dass er eine verwechslungstaugliche Domain an der gleichlautenden Bezeichnung („tirolcom“) erworben und die höchst verwechslungstaugliche Website-Adresse („www.tirolcom.at“) für iwS ähnliche Leistungen bewusst einsetzt und auf diese Weise eine online zuvor nicht bestehende kennzeichenrechtliche Kollisionslage und damit ein Vertriebshindernis für die Klägerin geschaffen hat. Besonders fällt dabei ins Gewicht, dass der Beklagte im Verfahren nicht einmal den Versuch unternommen hat, einleuchtende Rechtfertigungsgründe dafür anzugeben, weshalb er einige Zeit nach der Klägerin eine verwechselbar ähnliche Domain benützt, obwohl er seine eigene Unternehmensstrategie über Jahre an der Bezeichnung „Ero-Netz“ ausgerichtet hat. Dem Beklagten war und ist ja – im online Bereich – die Einhaltung eines zumutbaren und hinreichenden Abstands seiner Bezeichnung „eronetz.at“ zur schon in Verwendung stehenden – und ihm wohl gut bekannten – Bezeichnung der Dienstleistungen der Klägerin leicht möglich gewesen.<sup>1</sup>

Vielmehr ist offenkundig, dass es dem beklagten Domaininhaber beim Domainerwerb und der Wahl seiner Netzadresse in erster Linie darum gegangen ist, die kennzeichenrechtliche Stellung des klägerischen Mitwerbers zu schwächen und diesen dadurch erheblich zu behindern, anstatt eine eigenständige Bezeichnung für seine Leistungen zu erlangen.<sup>2</sup>

## 2. Kennzeichenrechtliche Beurteilung

Juristisch herausfordernder wäre die Lösung des vorliegenden Sachverhalts nach „rein“ kennzeichenrechtlichen Gesichtspunkten gewesen; doch hätte dies die Annahme des außerordentlichen Revisionsrekurses bedeutet:

Nach st Rsp und einhelliger Meinung der Lehre kommt Domainnamen, die einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten, der Schutz des § 43 ABGB zu. Darüber hinaus kommt der Bezeichnung „tirol.com“ (neuhochdeutsch: „tirol-dot-com“ ausgesprochen) im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Online-Magazins für das Unternehmen der Klägerin (**schwache Kennzeichnungskraft**) zu und bildet sie einen Bestandteil der gleichlautenden Netzadresse <http://www.tirol.com> der Klägerin seit Jahren. Damit wäre auch der Schutz § 43 ABGB sowie des § 9 UWG zu Gunsten der Klägerin an der Bezeichnung „TIROL.COM“ eröffnet. Nach den angeführten Gesetzesstellen sind auch schlagwortartig gebrauchte Bestandteile von Etablissementbezeichnungen bzw. Firmen geschützt.<sup>3</sup> Schutzwürdige Interessen werden schon dann verletzt, wenn der – unzutreffende – Anschein erweckt wird, dass zwischen dem Berechtigten und demjenigen, der den Namen gebraucht, ideelle oder wirtschaftliche Beziehungen bestehen.<sup>4</sup>

1 Vgl. OGH 19.12.2000, 4 Ob 257/00y – *Die Blauen von D.*, ÖBI-LS 2001/39, 56 = ÖBI-LS 2001/54, 57 = ÖBI 2001, 124; 10.7.2001, 4 Ob 128/01d – *Silberpfeil*, wbl 2002/28, 40 = eclex 2002/15, 32 = ÖBI-LS 2002/1, 11 = ÖBI 2002/48, 235; 9.11.2004, 4 Ob 165/04z – *Wir lackieren Autos*, ÖBI-LS 2005/115, 165 = ÖBI-LS 2005/120, 166 = ÖBI-LS 2005/129, 167; 8.11.2005, 4 Ob 187/05m – *Schischule Mellau*, nv.

2 OGH 12.6.2001, 4 Ob 126/01k – *Das blaue Rohr*, RdW 2001/673, 668 = eclex 2001/317, 848 = ÖBI-LS 2001/160, 253 = ÖBI-LS 2001/171, 254 = ÖBI-LS 2001/188, 256 = ÖBI 2002, 20.

3 *Aicher* in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> Rz 3 zu § 43; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht<sup>16</sup>, 1228 Rz 101 und 1239 Rz 129 zu § 16 dUWG; OGH 28.9.2004, 4 Ob 169/04p – *akvermittlung.at*, wbl 2005/43, 95 (*Thiele*).

4 *Aicher* in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> § 43 Rz 16; *Schwimmann/Posch*, ABGB I<sup>3</sup> § 43 Rz 27, jeweils mwN; OGH 21.12.1999, 4 Ob 320/99h – *ortig.at* = ÖBI 2000, 134 (*Kurz*).



Der OGH<sup>5</sup> hat bereits ausgesprochen, dass auch bei einer Kollision zwischen Domains und der besonderen Bezeichnung eines Unternehmens der allgemeine **Grundsatz des Zeitvorranges** gilt. Auch Bestandteile einer Firma sind als Firmenschlagwort zu Folge der innewohnenden Namensfunktion schutzfähige Kennzeichen im Sinne des § 9 Abs 1 UWG. Sie besitzen also etwas Besonderes, Individuelles, das sie dazu eignet, ihren Träger, eben die Klägerin, von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden.

Durch die zeitlich spätere Verwendung der Domain „tirolcom.at“ im WWW zu Werbezwecken mit dem Verweis auf ein Erotikangebot hat sich der Beklagte in wettbewerbswidriger und schmarotzerischer Weise des Firmennamens und Unternehmenskennzeichens der Klägerin angenähert und dieses für eigene gewerbliche Zwecke verwendet. Es entsteht sogar u.U. der völlig unrichtige Eindruck das Unternehmen des Beklagten hätte den Betrieb des Klägers nunmehr übernommen (bzw. umgekehrt) oder würde sonstiger gemeinsamer organisatorischer Beziehung dazu stehen.<sup>6</sup> Aufgrund der Branchennähe zwischen dem klägerischen LifeStyle Online-Magazin und der Porno-Website des Beklagten sind nicht nur Verwechslungen zu befürchten, sondern jedenfalls nicht ausgeschlossen.<sup>7</sup>

Während die Branchenferne noch einigermaßen überbrückt werden könnte, stellt sich für die Beurteilung einer allfälligen Zeichenähnlichkeit die – in Österreich soweit ersichtlich – noch nicht entschiedene Frage nach der **Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains**. Ohne an dieser Stelle vertiefend ins Detail zu gehen, ist zunächst festzuhalten, dass die klägerische Second-Level-Domain „tirol“ als solche eine Herkunftsbezeichnung nach § 6 UWG darstellt.<sup>8</sup> Nach der soweit ersichtlich einzigen zu dieser Thematik ergangenen oberstgerichtlichen Entscheidung<sup>9</sup> hat die Top-Level-Domain keine kennzeichnende Wirkung, sodass es bei Kollisionen mit Namens- oder sonstigen Kennzeichenrechten allein auf die SLD ankommen soll. Demzufolge stünden einander die beiden SLDs „tirol“ und „tirolcom“ gegenüber, deren Zeichenabstand und unterschiedlichen Zeichenbedeutung in Verbindung mit der Branchenferne durchaus dazu angetan sein könnte, den gebotenen zeichenrechtlichen Abstand zu wahren.

Bezieht man allerdings die beiden TLDs der zu vergleichenden Domains in die Überlegungen zur Verwechslungsgefahr ein, so führt eine differenzierte Betrachtung – wie von einem Teil der Lehre vorgeschlagen<sup>10</sup> – zur einer starken Zeichenähnlichkeit, die geeigneter erscheint, die Branchenferne zu überbrücken.

**Ausblick:** Wie auch immer – die E des OGH wird offenbar umgesetzt. Der Erotik Nachtführer des Beklagten ist daher ab 8.1.2007 nur mehr unter [www.eronetz.at](http://www.eronetz.at) erreichbar:



5 Urteil vom 16.10.2001, 4 Ob 226/01s – *onlaw.co.at.*, wbl 2002/30, 44 = RdW 2002/128, 146 = *ecolex* 2002/83, 192 (*Schanda*) = ÖBl 2002/12, 91 = ÖBl-LS 2002/51, 65 = ÖBl-LS 2002/52, 65 = MR 2002, 51 (*Hebenstreit*).

6 Vgl. OGH 21.12.2004, 4 Ob 238/04k – *sexnews.at*, wbl 2005/131, 240 (*Thiele*) = MR 2005, 135 = ÖBl-LS 2005/138, 168 = ÖBl-LS 2005/147, 170.

7 OGH 21.12.2004, 4 Ob 238/04k – *sexnews.at*, wbl 2005/131, 240 (*Thiele*) = MR 2005, 135 = ÖBl-LS 2005/138, 168 = ÖBl-LS 2005/147, 170.

8 *Barfuß*, „Tiroler“ Schinken-, Schopf- oder Karreespeck – Sach- oder Herkunftsbezeichnung? ÖBl 1984, 113.

9 OGH 25.3.2003, 4 Ob 42/03k – *rtl.at*, *ecolex* 2003/317, 773 (*Schanda*) = ÖBl-LS 2003/96, 169 = ÖBl 2004/11, 35 (*Fallenböck*) = MR 2004, 63

10 *Thiele*, *kennzeichen.egal* – Zur Unterscheidungskraft von Top-Level-Domains, abrufbar unter [http://www.rechtsprobleme.at/doks/kennzeichen\\_egal-thiele.pdf](http://www.rechtsprobleme.at/doks/kennzeichen_egal-thiele.pdf), online seit 15.12.2004, (16 Seiten).

#### **IV. Zusammenfassung**

Die Verwendung der Domain „tirolcom.at“ für ein Erotikportal verstößt in Ansehung der Bekanntheit des unter „www.tirol.com“ abrufbaren Online-Magazins mit seinen ca. 1 Million Zugriffen pro Monat gegen § 1 UWG, da insoweit ergänzender wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz zum Tragen kommt.