



Nach dem im Kennzeichenrecht geltenden Schutzlandprinzip ist Voraussetzung für die Begründung prioritätsälterer österreichischer Schutzrechte, dass das als Domain verwendete Zeichen (hier: „Jobcafe“) in Österreich seit einem Zeitpunkt als besondere Bezeichnung eines Unternehmens verwendet wird, zu dem der Prioritätsjüngere das kollidierende Zeichen weder als Marke noch als besondere Bezeichnung seines Unternehmens gebraucht hat.

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Gitschthaler als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Robert K*****, vertreten durch Dr. Clemens Thiele, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. J***** GmbH und 2. Angelika H*****, Deutschland, vertreten durch Salpius & Illichmann Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen Unterlassung, Rechnungslegung, Leistung und Veröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 30.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Klägers gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz vom 11. Mai 2005, GZ 3 R 74/05f-9, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst: Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 526 Abs 2 Satz 1 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

Sachverhalt¹

Der Kläger meldete am 14.11.2000 die Wortmarke „JOBCAFE“ für die Klassen 35 [Personal- und Stellenvermittlung, Vermittlung von Leiharbeitskräften] und 42 [Verpflegung] zur Registrierung in Österreich und am 10.9.2001 die Wort-Bild-Marke



für die Klassen 35, 41 und 42 zur Registrierung in Deutschland an. Die Wortmarke wurde am 23.1.2001, die Wortbildmarke am 22.10.2001 registriert. Am 24./25.10.2001 legte der Kläger die Prüfung zum Nachweis der fachlichen Eignung zur Arbeitsvermittlung ab und meldete am 1.7.2002 beim Magistrat Salzburg das Gewerbe des Arbeitsvermittlers an.

Die Erstbeklagte, deren Geschäftsführerin die Zweitbeklagte ist, ist seit 22.8.2000 beim Amtsgericht München unter dem Firmennamen "Die Job-Börse GmbH" mit dem Gegenstand Personalvermittlung protokolliert. Bereits seit März 1998 war sie in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig. Am 19.7.1999 ließ sich die Erstbeklagte die Domain "jobcafe.de", am 8.9.1999 die Domain "job-cafe.de" und am 5.5.2000 die Domain "jobcafe.at" registrieren.

1 Sachverhalt und Verfahrensgang aus der Rekursentscheidung des OLG Linz 11.5.2005, 3 R 74/05f, nv.

Mit der am 24.2.2005 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrt der *Kläger* – unter anderem – die Beklagten schuldig zu erkennen, es ab sofort zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Bezeichnung "Jobcafe" oder eine dieser verwechselbar ähnliche Bezeichnung zu verwenden, insbesondere durch Innehabung, Registrierung, Registrierenlassen, Bewerbung, Feilhaltung der Internetdomains "jobcafe.at", "jobcafe.de" und "job-cafe.de" und Verkauf bzw. Bewerbung von Dienstleistungen der Arbeitsvermittlungen über die diesen Domains zugehörigen Websites, die diese Bezeichnung oder eine sinngleiche tragen. Mit der Klage verband der Kläger einen Sicherungsantrag auf Unterlassung. Der Begriff "Jobcafe" sei als relatives Phantasiemerkmal unterscheidungskräftig und daher im Sinn von § 9 UWG und § 43 ABGB schutztauglich und genieße zudem in Österreich und Deutschland markenrechtlichen Schutz.

In ihrer fristgerecht erstatteten Äußerung zum Sicherungsantrag beantragten die *Beklagten* dessen Abweisung und wandten neben mangelnder Passivlegitimation der Zweitbeklagten im Wesentlichen ein, die Erstbeklagte habe umgehend nach der Registrierung der Domains "jobcafe.de", "jobcafe.at" und "job-cafe.de" diesen Inhalte im Internet gemäß dem Tätigkeitsgegenstand der Erstbeklagten zugeordnet und sei die Erstbeklagte neben ihrer Firma ausschließlich unter der Bezeichnung "Jobcafe" aufgetreten und habe auch außerhalb des Internets den Begriff "Jobcafe" als Kennzeichen für ihr Unternehmen sowie deren Dienstleistungen in Korrespondenz, Rechnungen und Werbemaßnahmen benutzt und die Bezeichnung "Jobcafe" bereits kennzeichenmäßig im geschäftlichen Verkehr verwendet, als der Kläger noch gar nicht im Bereich der Arbeitsvermittlung geschäftlich tätig gewesen sei, jedenfalls aber noch vor jenem Zeitpunkt, zu dem der Kläger Schutzrechte für die Bezeichnung "Jobcafe" für sich beanspruche. Die Erstbeklagte, die von Anfang an im süddeutschen Raum und in Österreich tätig gewesen sei, sei ihren Geschäftspartnern unter der Bezeichnung "Jobcafe" bekannt gewesen und nach wie vor bekannt und habe neben ihrer Firma bereits im Jahr 2000 die Bezeichnung "Jobcafe" als Kurzbezeichnung bei Geschäftsabschlüssen verwendet. Über die Websites "jobcafe.de", "job-cafe.de" und "jobcafe.at" sei ein seit Registrierung dieser Domains reger Geschäftsverkehr gelaufen und habe die Erstbeklagte eine Vielzahl von Personen an Firmen vermitteln und zahlreiche Unternehmen als Kunden akquirieren können, darunter im Jahr 2000 immerhin 160 Bewerber aus Österreich.

Das *Erstgericht* wies den Sicherungsantrag ab und erachtete aufgrund der von den Parteien mit der Klage und der Äußerung vorgelegten Urkunden folgenden weiteren Sachverhalt als bescheinigt: Am 5.11.2002 beauftragte der Kläger bei der Firma S**** die Anfertigung einer Hinweistafel mit der Wort-Bild-Marke "Job Cafe" und der Aufschrift „Robert K***** Arbeitsvermittlung & Zeitarbeit“. Am 27.9.2002 stellte der Tapezierermeister G*** K*** eine Rechnung an „Job Cafe R***** K***** Arbeitsvermittlung“ aus. Das Konto Nr. 01215490 bei der Raiba Köstendorf-Neumarkt-Schleedorf lautete gemäß Auszug vom 10.10.2002 auf „Robert K***** Jobcafe-Arbeitsvermittlung“. Im Oktober 2002 bestellte der Kläger eine Werbeeinschaltung in den „Superpages Salzburg Austria“ Ausgabe 2003/2004 (Gelbe Seiten) unter der Bezeichnung "Job Cafe R**** K***** Arbeitsvermittlung & Zeitarbeit". Am 14.10.2002 stellte ihm die Neumarkter Druckerei Visitenkarten und Briefe in Rechnung, wobei sich auf der Visitenkarte die Wort-Bild-Marke "Job Cafe" befand. Die Website des Klägers "k*****personal.at" ist übertitelt mit "K***** Personalvermittlung Die Mit-Arbeiter"; als Email-Adresse ist "office@k*****personal.at" angegeben.

Die Erstbeklagte tritt seit der Registrierung der Domains "jobcafe.de", "job-cafe.de" und "jobcafe.at" regelmäßig unter der Bezeichnung "jobcafe" auf; dies nicht nur im Internet, sondern es wird "jobcafe" auch bei Korrespondenz, Rechnungen und Werbemaßnahmen mit speziellem Schriftzug, farblicher Gestaltung und Layout verwendet. Die Internetadresse "jobcafe.de" verwendete die Erstbeklagte beispielsweise im Jahr 2000, im Jahr 2000 die e-

mail-Adresse "jobcafe@uni.de" und 2001 "info@jobcafe.de". Unter der Internetadresse "jobcafe.de" findet sich die Homepage der Erstbeklagten, im linken oberen Bereich übertitelt mit "jobcafe.de". Inhaltsgleich ist ihre Homepage unter "job-boerse.net", "jobcafe.at", "jobcafe.de". Mit Stand 23.2.2005 führte die Erstbeklagte 327 Bewerber aus Österreich in ihrer Kartei. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass das Kennzeichenrecht vom Prioritätsgrundsatz beherrscht sei, sodass beim Zusammentreffen mehrerer Schutzrechte stets der Zeitvorrang entscheide. Im vorliegenden Fall sei das Zeichen "Jobcafe" durch die Erstbeklagte gleich nach der Registrierung der Domain "jobcafe.de" am 19.7.1999 sowohl im Internet als auch außerhalb in Gebrauch genommen worden, sodass sich eine Priorität der Erstbeklagten am Zeichen "Jobcafe" mit 19.7.1999 ergebe. Da die Erstbeklagte das Zeichen "Jobcafe" früher als der Kläger kennzeichenmäßig gebraucht habe, sei der Unterlassungsanspruch des Klägers zu verneinen.

Das *Rekursgericht* bestätigte die Abweisung des Sicherungsantrages und führte zunächst aus, dass ihm eine Bedachtnahme auf die in der Gegenäußerung des Klägers vorgetragene Behauptungen und die damit vorgelegten Urkunden ohne Verstoß gegen das Neuerungsverbot verwehrt wäre (RIS-Justiz RS002445; RS002103). Aus den mit der Klage vorgelegten Bescheinigungsmitteln geht jedoch nicht hervor, dass der Kläger die Bezeichnung "Jobcafe" bereits vor dem Jahre 2002 zur Kennzeichnung seiner Dienstleistungen oder seines – nach dem bescheinigten Sachverhalt erst am 1.7.2002 angemeldeten – Gewerbes verwendet hat, wie dies das Erstgericht im Rahmen seiner beweismäßig fundierten Ausführungen ausdrücklich und zutreffend festgehalten hat. Der Auftrag zur Bürobeschilderung (Beilage./Y), die Geschäftskorrespondenz mit dem Tapezierermeister K**** (Beilage./Z), der Kontoauszug der Raiffeisenbank Köstendorf (Beilage./AA), der Bürstenabzug Herold Gelbe Seiten (Beilage./BB) und die Rechnung der Neumarkter Druckerei GmbH (Beilage./CG) samt Visitenkartenmuster des Klägers stammen allesamt erst aus dem Jahr 2002.

Da ein Sachverhalt mit Auslandsberührung (§ 1 Abs 1 IPRG) vorliegt, prüfte das Rekursgericht in rechtlicher Hinsicht zunächst, welche Rechtsordnung anzuwenden war. Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb sind gemäß § 48 Abs 2 IPRG nach dem Recht jenes Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt. Auch Verletzungen von Immaterialgüterrechten im wirtschaftlichen Erwerbsleben sind nach § 48 Abs 2 IPRG zu beurteilen; ihr Bestand und Inhalt unterliegt allerdings § 34 IPRG (Verschraegen in Rummel³ II/6 § 48 IPRG Rn 65 mwN). Die Verweisung auf das Recht des betroffenen Marktes ist als Sachnormverweisung aufzufassen (Verschraegen aaO Rn 70). Wenn eine Wettbewerbshandlung Auswirkungen auf die Märkte mehrerer Staaten hat, sind die jeweiligen Rechtsordnungen zu berücksichtigen (Verschraegen aaO Rn 69; RIS-Justiz RS0076930). Verletzungen von Immaterialgüterrechten sind, wenn die Rechtsverletzungen in mehreren Ländern begangen wurden, nach dem Recht des jeweiligen Verletzungsstaates zu beurteilen (RIS-Justiz RS0076884). Sowohl das Wettbewerbsstatut als auch das Immaterialgüterrechtsstatut führen zur Anwendung österreichischen Rechts, soweit vom Kläger Auswirkungen auf den österreichischen Markt behauptet werden und Schutz für das Gebiet von Österreich begehrt wird. Allfällige Auswirkungen auf den bzw Schutz auf dem deutschen Markt sind hingegen nach deutschem Recht zu beurteilen. Die Kläger beruft sich zur Begründung seines Unterlassungsanspruches auf die in Österreich am 24.11.2000 angemeldete und registrierte Wortmarke "Jobcafe" und auf § 1 UWG, sodass das Erstgericht im Ergebnis zu Recht österreichisches Recht angewendet hat. Gemäß § 51 MSchG kann auf Unterlassung klagen, wer in einer der ihm aus einer Marke zustehenden Befugnisse verletzt wird oder eine solche Verletzung zu besorgen hat. § 10 Abs 1 MSchG gewährt dem Inhaber einer eingetragenen Marke – vorbehaltlich der Wahrung älterer Rechte – das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr unter anderem ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit

denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist. Der Kennzeichenschutz Online und Offline ist nach einheitlichen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen (RIS-Justiz RS0115196 [T2]). Beim Zusammentreffen mehrerer Schutzrechte entscheidet die Priorität (RIS-Justiz RS0079088). Die Berechtigung des Unterlassungsbegehrens hängt somit davon ab, ob die Erstbeklagte schon vor dem Kläger für den österreichischen Wirtschaftsraum ein Kennzeichenrecht an dem Begriff „Jobcafe“ erworben hat. Internetdomains haben nicht nur eine reine Adressierungsfunktion, sondern unter dem Aspekt der Unternehmensbezeichnung Kennzeichen- und Namensfunktion, sofern sie einen Namen enthalten oder namensmäßig anmuten. Internetadressen besitzen als Adressen von Websites oder E-Mails eine kennzeichnende Funktion (RIS-Justiz RS0116704). Die grundsätzliche Kennzeichenfunktion von Domainnamen ist zu bejahen (RIS-Justiz RS0109430). Die Unterscheidungskraft der Wortmarke „Jobcafe“ für Dienstleistungen der Arbeits- und Personalvermittlung ist evident und zwischen den Parteien unstrittig. Das aus den der deutschen Sprache angehörigen Wörtern "Job" und "Cafe" neu gebildete Kunstwort "Jobcafe" ist eine eigenständige Wortneuschöpfung und kein rein beschreibendes Zeichen. "Jobcafe" ist demnach als Waren- oder Unternehmenskennzeichen eines Personalvermittlungsunternehmens ein originelles Zeichen mit starker Kennzeichnungskraft, das auch ohne Verkehrsgeltung Schutz beanspruchen kann.

Nach dem bescheinigten Sachverhalt wurde von der Erstbeklagten der Begriff "Jobcafe" als DomainName der seit 19.7.1999 registrierten Domain "www.jobcafe.de", also seit Juli 1999 im Internet als Hinweis auf ihr Unternehmen bzw. ihre im Internet angebotenen Dienstleistungen benutzt, und jedenfalls seit Oktober 2000 auch im sonstigen geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung ihres Unternehmens und ihrer Dienstleistungen verwendet, indem sie die Domain "www.jobcafe.de" auf Rechnungen, Geschäftskorrespondenz und Werbemaßnahmen und als Teil der Email-Adresse "jobcafe@uni.de" und "info@jobcafe.de" anführte. Ein Kennzeichen wird kennzeichenmäßig gebraucht, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Beziehung auf sie so gebraucht wird, dass der unbefangene Durchschnittsinteressent annimmt oder annehmen kann, das Zeichen diene der Unterscheidung der so gekennzeichneten Ware (Dienstleistung) von gleichen oder gleichartigen Waren (Dienstleistungen) anderer Herkunft (Fitz/Gamerith, Wettbewerbsrecht⁴, 37). Damit hat aber die Erstbeklagte, noch bevor die Klägerin die Marke „Jobcafe“ anmeldete, das Zeichen "Jobcafe" kennzeichenmäßig gebraucht. Nach der vom Rekurswerber zitierten Entscheidung 4 Ob 101/02k entsteht das Recht an der besonderen Bezeichnung eines Unternehmens mit der Aufnahme des kennzeichenmäßigen Gebrauchs, soweit das Zeichen – wie im vorliegenden Fall – unterscheidungskräftig ist. Da die von der Erstbeklagten unter der Domain „www.jobcafe.de“ angebotenen Arbeitsvermittlungs-Dienstleistungen auch dem deutschsprachigen Publikum in Österreich zugänglich waren, erstreckte sich dieser kennzeichenmäßige Gebrauch auch auf den österreichischen Wirtschaftsraum, sodass sich die Beklagten gegenüber dem Kläger auf prioritätsälteren Kennzeichenschutz berufen können. Nur der Vollständigkeit sei betont, dass auch nach deutscher Judikatur der prioritätsältere Kennzeichenschutz einer Domain als Geschäftsbezeichnung zeichenrechtlichen Unterlassungsansprüchen aus einer prioritätsjüngeren Marke entgegensteht (Gessner, Probleme des Informationsrechts, 121).

Entgegen der im Rekurs vertretenen Auffassung kann den Beklagten auch kein sittenwidriges Domain-Grabbing angelastet werden. Domain-Grabbing wird von Lehre und Rechtsprechung - auch in der BRD (Ueber aaO 120f) - unter die Fallgruppe des sittenwidrigen Behinderungswettbewerbs eingereiht und in den beiden Sachverhaltsvarianten der Domain-Vermarktung (jemand bewirkt, ohne selbst Mitbewerber des Kennzeicheninhabers zu sein, die Registrierung einer Domain ausschließlich deshalb, um vom Inhaber des Kennzeichens einen finanziellen Vorteil für die Übertragung der aus seinem Kennzeichen gebildeten Domain zu

erlangen) und der Domain-Blockade (eine Domain wurde nur zum Schein oder überhaupt nicht benützt, sondern nur belegt, um derart ein Vertriebshindernis für einen Dritten zu erreichen) behandelt. Die Behinderungsabsicht muss im Zeitpunkt des Domainerwerbs vorliegen, wobei es in aller Regel genügt, dass der Kläger den Sachverhalt beweist, aus dem kein nachvollziehbares Eigeninteresse des Beklagten am Rechtserwerb der Domain erkennbar ist (4 Ob 229/03k mwN). Keine dieser Voraussetzungen ist angesichts des bescheinigten Sachverhaltes gegeben, war doch im Zeitpunkt des Domainerwerbs durch die Erstbeklagte die in der Folge zu Gunsten des Klägers registrierte Marke noch nicht einmal angemeldet, während die Erstbeklagte seit der Registrierung der Domains regelmäßig unter der Bezeichnung "Jobcafe" auftritt. Der ordentliche Revisionsrekurs wurde nicht zugelassen, weil nach Ansicht des Rekursgerichtes keine Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO zu entscheiden waren, sondern die gesicherten Judikaturgrundsätze auf den Einzelfall angewendet werden konnten.

Begründung des OGH:

1. Der Kläger rügt in seiner Zulassungsbeschwerde zunächst, das Rekursgericht habe – ebenso wie das Erstgericht – zu Unrecht seiner Entscheidung nicht seine Gegenäußerung ON 4 samt den damit vorgelegten Bescheinigungsmitteln zugrunde gelegt. Andernfalls hätte das Rekursgericht davon ausgehen müssen, dass der Kläger die Bezeichnung „Jobcafe“ bereits seit zumindest Mai 1999 für sein Unternehmen benutze und sie damit Priorität gegenüber den von den Beklagten verwendeten Domain-Namen www.jobcafe.de, www.job-cafe.de und www.jobcafe.at genieße.

Der Erstrichter hat seine Entscheidung am 23. März 2005 verfasst und am 24. März 2005 an die Geschäftsstelle zur Ausfertigung abgegeben (siehe Abfertigungstampiglie AS 40). Ab diesem Zeitpunkt war er gemäß § 416 ZPO an seine Entscheidung gebunden, sodass die ebenfalls am 24. März 2005 in der Einlaufstelle des Erstgerichts eingelangte Gegenäußerung des Klägers bereits aus diesem Grund nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Auf den Zeitpunkt der Zustellung der erstgerichtlichen Entscheidung kommt es – entgegen der im außerordentlichen Revisionsrekurs vertretenen Meinung - nicht an. Damit war es aber auch dem Rekursgericht verwehrt, die mit der Gegenäußerung vorgelegten Bescheinigungsmittel seiner Entscheidung zugrunde zu legen, weil – wie das Rekursgericht zutreffend erkannt hat – auch im Rechtsmittelverfahren gegen eine einstweilige Verfügung das Neuerungsverbot des § 482 ZPO gilt (RIS-Justiz RS0002445). Die im außerordentlichen Revisionsrekurs zitierte Entscheidung 6 Ob 21/99b (= SZ 72/39 – ABKASSIERER) ist insofern nicht einschlägig, als dort jene Bescheinigungsmittel, auf Grund deren das Rekursgericht eine Sachverhaltsergänzung vorgenommen hat, bereits vor erstinstanzlicher Beschlussfassung vorgelegt worden waren.

2. Des Weiteren macht der Kläger geltend, das Rekursgericht habe (auch) deshalb zu Unrecht Priorität der Kennzeichen der Beklagten angenommen, weil diese sich in Österreich nicht auf die Verwendung der Domain www.jobcafe.de für das Anbieten von Arbeitsvermittlungsdienstleistungen unmittelbar nach deren Registrierung am 19. Juli 1999 berufen könnten. Die Beklagten hätten deren Verwendung nach ihrer Registrierung in Österreich gar nicht behauptet; ihre Tätigkeit sei „offenkundig ortsgebunden (Großraum München – Universität München)“; der Kläger benütze seine Marke Jobcafe hingegen schon seit Mai 1999 als Unternehmenskennzeichen.

Diese Ausführungen sind teils aktenwidrig, teils weichen sie von dem von den Vorinstanzen als bescheinigt angenommenen Sachverhalt ab: Die Beklagten haben bereits in ihrer Äußerung zum Sicherungsantrag vorgebracht, unter anderem sei über die am 19. Juli 1999 registrierte Website www.jobcafe.de ab deren Registrierung „reger Geschäftsverkehr“

gelaufen; die Erstbeklagte habe eine Vielzahl von Personen ... vermitteln und zahlreiche Unternehmen als Kunden akquirieren können; die Datenbank der Erstbeklagten weise derzeit 300 Bewerber aus Österreich auf, im Jahr 2000 seien es immerhin 160 Bewerber gewesen (AS 19). Das Erstgericht nahm als bescheinigt an, dass die Domain www.jobcafe.de am 19. Juli 1999 registriert wurde und dass die Erstbeklagte seit der Registrierung regelmäßig unter der Bezeichnung „Jobcafe“ nicht nur im Internet, sondern auch in der Korrespondenz, auf Rechnungen und bei Werbemaßnahmen auftritt; der Kläger habe nicht bescheinigen können, dass er das Kennzeichen „Jobcafe“ bereits vor der Erstbeklagten benützt habe, eine Verwendung vor 2002 habe er nicht bescheinigt. Eine – auf den Großraum München/Universität München – beschränkte Tätigkeit der Beklagten ist dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt nicht zu entnehmen, das Erstgericht ist vielmehr davon ausgegangen, dass die Erstbeklagte mit Stand 23. Februar 2005 327 Bewerber aus Österreich in ihrer Kartei führt. Damit steht nach dem bescheinigten Sachverhalt fest, dass die Erstbeklagte – wie der Kläger als Voraussetzung für die Begründung prioritätsälterer österreichischer Schutzrechte zu Recht fordert – das Zeichen „Jobcafe“ in Österreich seit einem Zeitpunkt als besondere Bezeichnung ihres Unternehmens verwendet, zu dem der Kläger das Zeichen weder als Marke noch als besondere Bezeichnung seines Unternehmens gebraucht hat. Es trifft daher nicht zu, dass die angefochtene Entscheidung dem Schutzlandprinzip widerspräche.

3. Soweit der Kläger geltend macht, das Rekursgericht habe den Beklagten zu Unrecht 20 % Umsatzsteuer aus den Kosten zugesprochen, obwohl sie deutsche Unternehmer seien, ist er auf die Unanfechtbarkeit von Kostenentscheidungen des Rekursgerichts gemäß §§ 78, 402 EO, § 528 Abs 2 Z 3 ZPO hinzuweisen.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im vorliegenden Kennzeichenstreit standen einander der einzelunternehmerische Kläger, Inhaber einer österreichischen Wortmarke aus dem Jahr 2000 und einer deutschen Wortbildmarke aus dem Jahr 2001 mit der Bezeichnung „JOBKAFFE“, sowie die in derselben Branche, nämlich Personal- und Arbeitsvermittlungen, tätigen Beklagten, die Job-Börse GmbH und ihre Geschäftsführerin, gegenüber. Strittig waren die Domains „jobcafe.at“, „jobcafe.de“ und „job-cafe.de“, die der Kläger unter Berufung auf seine Markenrechte und ältere, gleichlautende Unternehmenskennzeichen beanspruchte.

Die Erstbeklagte, deren Geschäftsführerin die Zweitbeklagte ist, war seit 22.8.2000 beim Amtsgericht München unter dem Firmennamen „Die Job-Börse GmbH“ mit dem Gegenstand Personalvermittlung protokolliert. Bereits seit März 1998 war sie in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätig. Am 19.7.1999 ließ sich die Erstbeklagte die Domain „jobcafe.de“, am 8.9.1999 die Domain „job-cafe.de“ und am 5.5.2000 die Domain „jobcafe.at“ registrieren. Unter der Internetadresse "jobcafe.de" findet sich die Homepage der Erstbeklagten, im linken oberen Bereich übertitelt mit "jobcafe.de". Inhaltsgleich ist ihre Homepage unter "job-boerse.net", "jobcafe.at", "job-cafe.de". Mit Stand 23.2.2005 führte die Erstbeklagte 327 Bewerber aus Österreich in ihrer Kartei. Eine darüber hinaus gehende ältere Priorität des Klägers wurde demgegenüber nicht bescheinigt.

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

Die Gerichte hatten (letztlich) zu entscheiden, ob die für deutsche Websites benutzen älteren Domains im Verletzungsprozess erfolgreich einer in Österreich registrierten Marke entgegen gehalten werden könnten?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte die abweisenden Provisorialentscheidungen der Vorinstanzen und betonte zunächst, dass die mit der Gegenäußerung vorgelegten Bescheinigungsmittel (für eine allfällige ältere Priorität der klägerischen Unternehmenskennzeichen) nicht berücksichtigt werden konnten, da die E des Erstgerichtes (am selben Tag des Einlangens) bereits der Geschäftsstelle zur Ausfertigung abgegeben wurde.

Demzufolge ist vom bescheinigten Sachverhalt auszugehen, der eine ältere Priorität der Beklagten an den strittigen Kennzeichen erkennen ließ. Dies gleichwohl unter der zwingenden Voraussetzung, dass die Beklagten nach dem im Kennzeichenrecht geltenden Schutzland- bzw. Territorialitätsprinzip über inländische Kennzeichenrechte an den Domains verfügten. Dafür reichte der langjährige Betrieb einer deutschsprachigen Website aus, über die ein „reger Geschäftsverkehr“ abgewickelt wurde. Die Beklagten hatten so eine Vielzahl von Personen vermittelt und konnten zahlreiche Unternehmen als Kunden akquirieren. Die Datenbank der Beklagten wies im Jahr 2005 ca. 300 Bewerber aus Österreich auf, im Jahr 2000 wären es immerhin bescheinte 160 Bewerber gewesen. Dadurch verfügten die Beklagten über schutzfähige Unternehmenskennzeichen iSd § 9 Abs 1 UWG auch mit Wirkung für Österreich.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Provisoriale enthält zwei bemerkenswerte Aussagen – eine zivilprozessuale und eine kennzeichenrechtliche.

A. Bescheinigungslast im Provisorialverfahren

Gerade im Sicherungsverfahren erlebt der Kläger oft unangenehme Überraschungen, wenn der beklagte Domaininhaber die Daten seiner Registrierung oder erstmaligen Verwendung als e-mail- oder Netzadresse erst mit der Äußerung bekannt gibt. Davor kann selbst über die zuständige Vergabestelle kein exaktes Registrierungsdatum der begehrten Domains in Erfahrung gebracht werden. Dann hängt es – wie hier – von der Schnelligkeit des erstgerichtes ab, ob ergänzende (sog. „nachgeschobene“) klägerische Bescheinigungsmittel noch berücksichtigt werden können.

Bereits die Begründung des Rekursgerichtes verweist auf das auch im Provisorialverfahren geltende „Neuerungsverbot“ und die Judikatur RIS-Justiz RS002445 (richtig wohl: RS0002445) und RIS-Justiz RS002103 (richtig wohl: RS0002103). Beide RIS-Leitsätze schließen eine Berücksichtigung der vor Zustellung des erstinstanzlichen Beschlusses eingebrachten Gegenäußerung des Klägers samt Urkunden zwar nicht deshalb aus, da diese vom Erstgericht nicht zurückgewiesen wurde. Die vom Kläger wohl vor Zustellung des erstinstanzlichen Beschlusses in der Gegenäußerung vom 23.03. (überreicht am 24.03.2005), aber nach Übergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle zur Ausfertigung (vgl. § 416 Abs 2 ZPO) vorgelegten Bescheinigungsmittel sind daher nicht mehr zu berücksichtigen. Sie sind im Provisorialverfahren ungeeignet, die Behauptungen der beklagten Parteien zu entkräften (vgl. OGH 25.02.1999, 6 Ob 21/99b – *Abkassierer*, *ecolex* 1999, 272 = MR 1999, 76 = SZ 72/39). Demzufolge war von einem – unvollständig gebliebenen – Sachverhalt auszugehen.

B. Schutzlandprinzip und rechtsbegründende Verwendung von Internet Domains

Das Höchstgericht bestätigt letztlich die rekursgerichtliche Auffassung, dass sich der kennzeichenmäßige Gebrauch der Domain „jobcafe.de“ auch deshalb auf den österreichischen Wirtschaftsraum erstreckte, da die von der Erstbeklagte unter der Domain www.jobcafe.de angebotenen Arbeitsvermittlungs-Dienstleistungen gleichfalls dem deutschsprachigen Publikum in Österreich zugänglich waren. Es versteht sich dabei – auch für das Höchstgericht zutreffend – von selbst, dass nur ein Gebrauch im Inland prioritätsbegründend sein kann (**kennzeichenrechtliches Territorialitätsprinzip**). Dieses **Schutzlandprinzip** gilt nämlich auch für die Inanspruchnahme rechtlichen Schutzes als unregistriertes Kennzeichen nach § 9 UWG (*Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Grundriß Allgemeiner Teil [1982], Rz 907.1). Um der klägerischen Wortmarke und dem bereits davor entstandenen Unternehmenskennzeichen des Klägers wirksam entgegen treten zu können, müssen die beklagten Parteien nicht nur eine rechtsbegründende Benutzung in Österreich behaupten und bescheinigen, sondern auch eine zeitlich frühere Benutzung. Die bloße Registrierung einer Internetdomain unter der Top-Level-Domain „.at“ begründet nämlich für sich allein kein österreichisches Kennzeichenrecht. Entscheidend ist die Ingebrauchnahme im Inland. (OGH 20.8.2002, 4 Ob 101/02k – *inet.at*, *ecolex* 2003/26, 40 [Graschitz], *ecolex* 2003, 38 = EvBl 2002/213 = ÖBl 2003, 180 = RdW 2003/21, 19 = wbl 2003/22, 45 [Thiele]). Die bloße deutschsprachige Internetpräsenz der Beklagten dürfte nach Auffassung des OGH wohl ebenfalls allein nicht ausreichen.

Zu Unrecht beruft sich die Rekursentscheidung dabei auf die Lehrmeinung *Ubbers* (Markenrecht im Internet [2002], 63). Die Schutzfähigkeit einer Domain als sonstiges Unternehmenskennzeichen setzt nämlich nach wohl herrschender dt Lehre (*Fezer*, Die Kennzeichenfunktion von Domainnamen, wrp 2000, 669 ff; *Ubber*, Markenrecht im Internet [2002], 63, 71; *Ströbele/Hacker*, Markengesetz⁷ [2003] § 5 Rz 74) voraus, dass der Domainname aus der Firma des hinter der Domain stehenden Unternehmens hervorgegangen ist oder mit einem unterscheidungskräftigen Firmenbestandteil übereinstimmt. Genau das haben die Beklagten allerdings nicht getan. Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Domainregistrierung steht nämlich die Firmen(um)gründung in „Job-Börse GmbH“. Die Gründung einer „Jobcafe GmbH“ erfolgte unstrittig nicht. Die Tätigkeit der beklagten Parteien ist offenkundig ortsgebunden (Großraum München – Universität München). Daher kommt von vornherein nur ein räumlich begrenzter Schutz in Betracht (*Ingerl/Rohnke*, Markengesetz² [2003], § 5 Rz 13).

Dessen ungeachtet muss also eine Benutzungsaufnahme im österreichischen Inland erfolgen, wozu das Einrichten einer deutschsprachigen Website, über die ein „reger Geschäftsverkehr“ abgewickelt wurde und über die letztlich seit 1999 mindestens 327 Bewerber aus Österreich vermittelt wurden, nach Auffassung des Höchstgerichtes genügt.

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen: Die beklagten Parteien bewarben – unstrittig – seit 2002 auf Ihrer Internetseite mehrere Leistungen, die nicht selbst mit dem Kennzeichen „jobcafe.de“ versehen sind. Die Leistungen sind vielmehr mit dem anderweitigen Begriff „Jobbörse“ („ein Service der Jobbörse“) gekennzeichnet, der auch dem Firmennamen der Erstbeklagten entspricht. Damit fehlt die eindeutige Zuordnung des Dienstleistungsangebotes zum Kollisionszeichen. Die Begründung eines Kennzeichenrechts zugunsten der beklagten Partei auf diesem Wege, das noch dazu „für den gesamten deutschsprachigen Wirtschaftsraum“, wie es noch das Rekursgericht postulierte, gelten soll, ist ausgeschlossen (vgl. *Omsels*, Die Kennzeichenrechte im Internet, GRUR 1997, 328, 329, 330; vgl. auch *Fezer*, Markenrecht³ [2001], § 3 Rz 312).

Das Zeichen der Beklagten „www.jobcafe.de“ wurde weder für ein(e) bestimmte(s) Produkt/Leistung benutzt, noch als Marke für eine bestimmte Ware/Dienstleistung eingetragen. Dennoch lässt der OGH – aufgrund des als bescheinigt anzunehmenden

Sachverhalts – die vom Rekursgericht dargelegten Anforderungen an den Erwerb einer Benutzungsmarke (Unternehmenskennzeichen) als erfüllt gelten.

Nach Auffassung des BGH (22.7.2004, I ZR 135/01 – *soco.de*, JurPC Web-Dok 19/2005) entsteht das Recht an der besonderen Bezeichnung eines Unternehmens frühestens mit der Aufnahme des kennzeichenmäßigen Gebrauchs. Das ist dann nicht der Fall, wenn die an sich unterscheidungskräftige Domain ausschließlich als Adressbezeichnung (im WWW) verwendet wird. Dann nehmen die beteiligten Verkehrskreise nämlich bloß an, es handelt sich bei der Domain um eine Angabe, die – ähnlich wie eine Telefonnummer – den Adressaten zwar identifiziert, nicht aber als Hinweis auf die betriebliche Herkunft gedacht ist, m.a.W. die Domain muss kennzeichenmäßig verwendet werden, um bestimmte Produkte oder Dienstleistungen des Unternehmens bzw. das Unternehmen selbst herkunftsmäßig hervorzuheben.

Für die rechtsbegründende Benützung von Domains muss ein hinreichender Inlandsbezug vorliegen. Das kennzeichenrechtlich geschützte Produkt/Leistung muss in einem Land, in dem es online abgerufen werden kann, spürbar vermarktet werden. Für die behaupteten kennzeichenrechtlichen Ansprüche (hier der beklagten Parteien) ist auf Grund des Schutzlandprinzips von diesen nachzuweisen, dass das entsprechende Kennzeichen im Inland geschützt ist nach dem hiesigen Kennzeichenrecht, gegenständlich also, dass die beklagten Parteien über unregistrierte Kennzeichenrechte für den Begriff „Jobcafe“ in Österreich verfügen. Die vom Erstgericht getroffene Feststellung, dass mit Stand Februar 2005 die Erstbeklagte 327 Bewerber aus Österreich in ihrer Kartei führte, reicht dafür mE keineswegs aus. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die österreichische Domain „jobcafe.at“ nicht der vorbestehenden Firma oder dem vorbestehenden Namen der erstbeklagten Partei entspricht. Damit ist geradezu ausgeschlossen, zumindest aber fraglich, ob der Verkehr die Domain überhaupt als Unternehmenskennzeichen der beklagten Parteien versteht. In diesem Fall fehlt der Domain nämlich die diesbezügliche Kennzeichenfunktion.

Als **Ausblick** bleibt zunächst der zarte Hinweis des Höchstgerichtes, dass die angefochtene Kostenentscheidung zugunsten der beklagten Parteien als deutsche Unternehmer zu Unrecht einen 20%igen Umsatzsteuerzuspruch enthält (statt vieler OGH 14.5.2005, 4 Ob 255/04k, mwN), wobei eine Korrektur allerdings der Kognition des OGH entzogen war.

Ob im Hauptverfahren auf erweiterter Sachverhaltsgrundlage inhaltlich ein anderes Ergebnis erzielt werden könnte, bleibt abzuwarten.

IV. Zusammenfassung

Nach zutreffender Auffassung des OGH ist auch bei der rechtsbegründenden Benützung von Internet Domains das im Kennzeichenrecht herrschende Schutzlandprinzip zu berücksichtigen. Demzufolge erfordert die Entstehung eines Kennzeichenschutzes nach § 9 UWG, § 80 UrhG oder § 43 ABGB eine spürbare Ingebrauchnahme der Domain im österreichischen Inland. Nach zumindest kritikwürdiger Ansicht des Höchstgerichtes soll dafür der im Ausland eingerichtete Betrieb einer geschäftlichen Website in deutscher Sprache mit Kundenbezug zu Österreich genügen.