

OGH Beschluss vom 8.7.2003, 4 Ob 153/03h – *krone.co.at*

**1. Das Begehren auf Übertragung oder in eventu Löschung einer registrierten Domain ist im Rahmen des Provisorialverfahrens unzulässig; denn dadurch könnte eine nicht mehr rückgängig zu machende Sachlage geschaffen werden.**

**2. Dass die AGB 2000 der Domain-Registrierungsstelle nic.at leicht über das Internet abgerufen werden können und die nic.at Monopolstellung bei der Domain-Verwaltung besitzt, machen ihren Inhalt noch nicht notorisch, sodass auf die verspätet vorgebrachte Möglichkeit der "Sperrung" iSd Hemmung der Übertragung einer Domain an von den Streitparteien verschiedene Dritte für die Dauer eines Rechtsstreits (sog. Wartestatus 2) nicht mehr Bedacht genommen werden kann.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Ebert und Dr. Thomas Huber, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei Gunar D\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Günter Niebauer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung; Einwilligung in die Übertragung, Zahlung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 55.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 23. April 2003, GZ 4 R 67/03g-18, 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:**

Nach ständiger Rechtsprechung darf durch eine einstweilige Verfügung keine Sachlage geschaffen werden, die im Fall eines diese Verfügung nicht rechtfertigenden Urteils nicht rückgängig gemacht werden kann (SZ 60/196; ÖBl 1996, 127 - Feuerlöschgeräte; SZ 73/140 = ÖBl 2001, 30 - fpo.at); dies wäre mit dem Wesen einer solchen Entscheidung als bloße Sicherungsmaßnahme unvereinbar (ÖBl 1996, 127 - Feuerlöschgeräte; 4 Ob 339/98a).

Der erkennende Senat hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass eine einstweilige Verfügung, die zur Löschung einer registrierten Domain führt, insoweit einen unumkehrbaren Zustand schafft, als Dritte die Möglichkeit erhalten, die freigewordene Domain für sich registrieren zu lassen; dadurch wird es dem Beklagten unmöglich gemacht, die Domain - sollte sich die einstweilige Verfügung nachträglich als unberechtigt erweisen - wieder zu beanspruchen (ÖBl 2000, 73 - format.at; SZ 73/140 = ÖBl 2001, 30 - fpo.at).

Nichts anderes gilt für das im Streitfall abgewiesene Sicherungsbegehren, die zugunsten der

Beklagten registrierte Domain auf die Klägerin zu übertragen, in eventuelle, in deren Löschung zu Gunsten der Klägerin einzuwilligen. Das dazu von der Klägerin erstmals im Rekurs vorgetragene Argument, Punkt 2.2. der AGB 2000 der Domain-Registrierungsstelle nic.at erlaube die Hemmung der Übertragung einer Domain an von den Streitparteien verschiedene Dritte für die Dauer eines Rechtsstreits und schaffe einen Zustand, der wieder rückgängig gemacht werden könne, verstößt gegen das im Rekursverfahren geltende Neuerungsverbot (Kodek in Rechberger, ZPO<sup>2</sup> § 526 Rz 3 mwN). Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich dabei nämlich nicht nur um rein rechtliche Ausführungen und Darstellungen, weil der Prüfung der Rechtsfolgen der aufgezeigten Bestimmung denknotwendig die Klärung der Tatfragen voranzugehen hat, welchen genauen Inhalt die genannten AGB 2000 haben und ob sie auf das zwischen der Beklagten und der nic.at bestehende Vertragsverhältnis überhaupt Anwendung finden (zumal ein genauer Registrierungszeitpunkt der strittigen Domain nicht bescheinigt ist). Dass die AGB leicht über das Internet abgerufen werden können und die nic.at Monopolstellung bei der Domain-Verwaltung besitzt, macht ihren Inhalt noch nicht notorisch; eine Tatsache ist nur dann gerichtskundig iSd § 269 ZPO, wenn der Richter die Tatsache kennt, ohne erst in bestimmte Unterlagen (Firmenbuch, Amtsblätter uä) Einsicht nehmen zu müssen (ÖBl 2000, 64 - Viagra mwN).

## ***Anmerkung\****

### **I. Das Problem**

Die vorliegende E behandelt ein Problem der Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit einer Domainstreitigkeit. Bei der Verfolgung von kennzeichenrechtlichen Ansprüchen gegen Domain-Inhaber haben die durch Provisorialverfahren zu sichernden Ansprüche des einstweiligen Rechtsschutzes große praktische Bedeutung.

Der Kläger erhob das Sicherungsbegehren, die zugunsten der Beklagten registrierte Domain auf die ihn zu übertragen, in eventuelle, in deren Löschung zu Gunsten der Klägerin einzuwilligen.

### **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Unter Hinweis auf das Neuerungsverbot gelangte der 4.Senat zu einer deutlichen Abweisung der gestellten Sicherungsanträge. Eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Positionen in der Lehre zu den diversen Rechtsschutzbegehren (s dazu *Thiele*, Internet-Domains und Kennzeichenrecht in *Gruber/Mader* (Hrsg), Privatrechtsfragen des e-commerce [2003], 87, 195 ff mwN) blieb ihm mangels rechtzeitigem Klagsvorbringen erspart. Unter Bezugnahme auf die insoweit als gefestigt anzusehende Vorjudikatur (OGH 13.9.1999, 4 Ob 180/99w - *format.at*; 13.9.2000, 4 Ob 166/00s - *fpo.at I* und 12.9.2001, 4 Ob 176/01p - *fpo.at II*) wurden die klägerischen Ansprüche ins Hauptverfahren verwiesen.

### **III. Kritische Würdigung**

Dass das bloß eventualiter erhobene Sicherungsbegehren (sinngemäß: der Beklagten werde aufgetragen, durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung gegenüber der Registrierungsstelle

---

\* RA Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@eurolawyer.at*.

zu veranlassen, dass die Domain "krone.co.at" gelöscht werde; siehe Pkt. 3.8. der NIC.AT-AGB) unzulässig ist, ergibt sich schon aus dem Charakter der einstweiligen Verfügung: Die einstweilige Verfügung hat immer nur eine vorläufige Regelung zum Gegenstand; sie darf keine Sachlage schaffen, die nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (s *Schönherr/Wiltschek UWG*<sup>6</sup>, E 99 zu § 24 UWG). Als irreversibel ist nämlich auch ein Vorgang anzusehen, für dessen Umkehrung es der Zustimmung eines Dritten bedarf. (so deutlich OGH 12.9.2001, 4 Ob 176/01p – *fpo.at II* mwN). Die Löschung einer Domain kann also frühestens im Definitivverfahren erzwungen werden.

Ein Teil der österreichischen Lehre (*Burgstaller*, Domainübertragung auch im Provisorialverfahren?, MR 2002, 49) und so manches deutsche Gericht (LG Saarbrücken, 30.1.2001, 7 IV O 97/00 - *Show-Agentur-Pool.de*, JurPC Web-Dok 175/2001; LG Wiesbaden, 9.8.2000, 3 O 129/00m – *z(\*\*\*)de*, MMR 2001, 59) halten demgegenüber das letztlich abgewiesene Sicherungshauptbegehren auf Übertragung der Domain für bereits im Provisorialverfahren zulässig, weil - wie im gegenständlichen Fall bedauerlicherweise erst im Revisionsrekurs vorgebracht -, das außergerichtliche Sicherungsmittel der "Domainsperre" gemäß Pkt. 2.2. der NIC-AGB in Anspruch genommen werden kann. In Wirklichkeit handelt es sich nicht um eine echte Sperre iSd einer absoluten Verwendungsbeschränkung, sondern bloß um "die Hemmung der Übertragung der Domain an von den Streitparteien verschiedene Dritte ..... zumindest solange der Rechtsstreit gerichtsanhängig ist" (sog. "Wartestatus 2"; dazu *Thiele* aaO 87, 180 ff). Die Domain und erst Recht die zugehörige Website kann ohne (technische) Einschränkungen vom Inhaber weiter benützt werden, sodass sich schon allein daraus Sachlagen ergeben könnten, die nicht mehr rückgängig zu machen sind.

Da es sich aber juristisch betrachtet um einen Schuldner- und Gläubigerwechsel im Dreipersonenverhältnis (Kläger-Beklagter-Registrierungsstelle) handelt, zu dem es mangels Drittwirkung von inter partes ergangenen Gerichtsentscheidungen der Zustimmung der NIC.AT bedarf, liegt mE Irreversibilität vor, die einem solchen Übertragungsbegehren im Provisorialverfahren entgegensteht. Dass auch hier erst das Definitivverfahren zum Erfolg führen kann, liegt auf der Hand (zu den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen bereits *Thiele*, aaO, 87, 195 ff).

#### **IV. Zusammenfassung**

Provisorialverfahren in Domainstreitigkeiten zu gewinnen, ist nicht nur inhaltlich ein äußerst schwieriges Unterfangen (vgl. dazu *Schmidbauer*, Forget EV's, abrufbar unter <http://www.i4j.at/news/aktuell34a.htm>, besucht am 12.9.2003); mitunter scheitert ein an sich berechtigter Anspruch schon an den Tücken des Einstweiligen Rechtsschutzes, wenn auf die Formulierung des Sicherungsbegehrens zu wenig Bedacht genommen wird.

Wer die keineswegs prozessunerfahrene Klägerin kennt (errät?), der darf auf den Ausgang des weiter betriebenen Hauptverfahrens durchaus gespannt sein.