

§ 43 ABGB; § 37 HGB; §§ 1, 9 UWG

1. Das österreichische Recht kennt keine Verwirkung von Rechten. Die bloße Nichtbenützung einer angemeldeten Domain über einen Zeitraum von 4 Monaten führt nicht zu deren Verlust.

2. Domaingrabbing als Verstoß gegen § 1 UWG setzt voraus, dass der Verletzer bei Registrierung der Domain in Behinderungsabsicht gehandelt hat.

3. Branchenverschiedenheit schließt idR Verwechslungsgefahr bei Internetdomains aus.

4. Ein unbefugter Domaingebrauch und damit eine Namensverletzung gem § 43 ABGB bzw § 37 HGB scheidet aus, wenn die Domainverwendung auf eigenem Recht beruht oder von einem berechtigten Namensträger gestattet wurde.

OGH 30.1.2001, 4 Ob 5/01s (OLG Wien 21.11.2000, 3 R 102/00t-11; HG Wien 17.5.2000, 24 Cg 28/00a-7) - "bernhart.at"

*Die Kl betreibt an insgesamt 6 Standorten in Wien Modegeschäfte, die Bekl ist in Telekommunikations-EDV-Bereich tätig und bietet Zugänge zum Internet und zum privaten Festnetztelefon an. Für die Bekl ist der Internet-Domain-Name "www.bernhart.at" registriert. Unter dieser Domain-Adresse ist eine Homepage der Bekl eingerichtet, die einen identen Inhalt aufweist wie jene unter der ebenfalls für die Bekl registrierten Domain-Adresse "www.a***.at", in der Leistungen der Bekl angeboten werden.*

(...) Nach den von der Beklagten vorgelegten Urkunden (...) wurde Michael Bernhart per 15.2.1999 als Angestellter der Bekl bei der Wiener Gebietskrankenkasse angemeldet. Er bestätigt, der Bekl den Auftrag erteilt zu haben, für ihn die Domain-Adresse "www.bernhart.at" registrieren zu lassen, um ihm und seiner Mutter die E-Mail Adressen "michael@bernhart.at" und "gabriela@bernhart.at" einrichten zu können und diese auch tatsächlich zu benützen. Die Anmeldung und Registrierung der strittigen Domain-Adresse wurde im November 1999 vollzogen, wogegen die Kl erst zu Beginn des Jahres 2000 versuchte, eine gleichnamige Domain-Adresse zu registrieren. Es mag nun zutreffen, dass eine auf Namen lautende E-Mail Adresse ohne eigener Domain-Adresse über einen Provider erwirkt werden kann (etwa:

"michael.bernhart@aon.at"), allerdings können damit nicht unter dem Namen "Bernhart" Sub-Adressen vergeben werden, wie es z.B. bei Unternehmen durchaus üblich ist (z.B. Vor- und Zuname des Mitarbeiters@domain.at). Gerade als Mitarbeiter eines Servicedienstes für den Telekommunikationsbereich und den Zugang zum Internet erscheint es naheliegend, selbst vom Angebot eines eigenen Domain-Namens Gebrauch zu machen. Dies zumal augenscheinlich im Falle nicht rechtzeitiger Reservierung die gewünschte Domain-Adresse im Bedarfsfall bereits anderweitig vergeben worden sein kann (...).

*Die Kl beantragt, gestützt auf die §§ 1, 2 und 9 UWG, sowie auf § 43 ABGB und § 37 HGB zur Sicherung ihres Unterlassungsbegehrens, der Bekl mittels EV zu verbieten unter dem Domain-Namen „bernhart.at“ im Internet Leistungen ihres Unternehmens, insbes das Produkt „AD*T*“ anzubieten, für dieses Werbung zu treiben oder sonst darüber Informationen zu erteilen.*

Die Bekl beantragte die Abweisung des Sicherungsantrages und wandte ein, die Domain-Adresse „bernhart.at“ über Auftrag ihres seit 15.2.1999 bei ihr beschäftigten Mitarbeiters Michael Bernhart registriert zu haben. Die Bekl lasse sämtliche von ihren Kunden gewünschten Domains in deren Einverständnis unter ihrem eigenen Namen registrieren, was eine einfache Vorgangsweise im Falle eines Serverwechsels gewährleiste. Zwischen den Streitparteien bestehe völlige Branchenverschiedenheit, weswegen eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Zudem liege kein Wettbewerbsverhältnis vor.

Das ErstG gab dem Sicherungsantrag statt.

Das RekursG gab dem Rekurs Folge, wies die beantragte EV ab und stellte ergänzend fest:

Michael Bernhart hat die Bekl beauftragt, für ihn die Domain-Adresse

“www.bernhart.at” zu registrieren, um für sich eine Homepage zu errichten und die E-Mail Adressen “michael@bernhart.at” und “gabriela@bernhart.at” einzurichten.

Die genannten E-Mail Adressen werden auch tatsächlich benützt. Die geplante Homepage ist für Michael Bernhart noch nicht eingerichtet, er hat vorübergehend die Verwendung der Domain-Adresse der Bekl für ihre Zwecke gestattet. (...)

*Die Bekl benützt einen Großteil der für sie registrierten Domain-Namen - darunter der strittige -, um darin die Leistungen ihres Produktes „AD*T**“ einen größeren Personenkreis anzubieten, wobei inhaltlich eine völlige Übereinstimmung mit dem Leistungsangebot der Domain “www.a*****.at” der Bekl vorliegt. Der Name “bernhart” ist ein durchaus gebräuchlicher, scheinen auch österreichweit im elektronischen Telefonbuch rund 350 Eintragungen auf. Mit Ausnahme des Namens “bernhart” in der Domain-Adresse gibt es in der Homepage der Bekl - die im Internet- und Telekommunikationsbereich tätig ist, keinen Anknüpfungspunkt, der ein Naheverhältnis bzw. eine wirtschaftliche Verflechtung mit der Kl auch nur andeutet. Von einem unlauteren Suggestieren einer Beziehung zur Kl kann daher keine Rede sein, im Ergebnis hat Michael Bernhart seinem Arbeitgeber unter seinem Namen bloß eine Werbefläche zur Verfügung gestellt. Es liegt aber auch sonst keine Verwechslungsgefahr vor.*

Die Bekl mag wohl die strittige Domain-Adresse für ihren Mitarbeiter erworben haben, sie nutzt sie allerdings geschäftlich und bietet dort ihre Leistungen an. (...)

Das RekursG sprach aus, dass der ordentliche RevRekurs unzulässig sei.

Der außerordentliche RevRekurs der Kl wurde zurückgewiesen.

Begründung des OGH:

(...) Das Rekursgericht hat sich im Rahmen der Erledigung der Beweisrüge unter anderem auf das Argument gestützt, dass bei auf (Nach-)Namen lautenden e-mail-Adressen nur dann Sub-Adressen (wie etwa hier: verschiedene Vornamen) vergeben werden könnten, wenn eine eigene Domain lautend auf den Nachnamen erwirkt werde; es erscheine gerade bei einem Mitarbeiter eines Servicedienstes naheliegend, vom Angebot einer eigenen Domain Gebrauch zu machen. Bei diesen Ausführungen handelt es sich - entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin - nicht um eine Überschreitung des Akteninhalts, sondern um Erfahrungssätze der allgemeinen Lebenserfahrung, die als allgemeinkundige Tatsachen iSd § 269 ZPO keines Beweises bedürfen und auch ohne Parteienbehauptung von Amts wegen verwertet werden

können (SSV-NF 6/87 uva). Dass diese Erfahrungssätze inhaltlich unrichtig wären, behauptet die Klägerin nicht.

Der Oberste Gerichtshof ist auch im Rekursverfahren, insbesondere im Provisorialverfahren, nur Rechts- und nicht Tatsacheninstanz (stRsp ua ÖBl 1989, 167 - FAMILIA; MR 1994, 66 – Belgische Verwertungsgesellschaft; JBl 1996, 728; Kodek in Angst, EO § 402 Rz 18). Unzutreffend ist daher die Auffassung der Klägerin, der Oberste Gerichtshof könne im Rahmen eines Revisionsrekurses die Sachverhaltsgrundlage auf Grund der vorliegenden Bescheinigungsmittel dann selbständig abändern, wenn ausschließlich Urkundenbeweise aufgenommen worden sind: Im Sicherungsverfahren ist die Anfechtung der Beweiswürdigung im Revisionsrekursverfahren - anders als im kartellgerichtlichen Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof (SZ 70/272 = ÖBl 1998, 261 - Anzeigensperre; ÖBl 1998, 309 - Handy-Umtauschaktion) - jedenfalls unzulässig (MR 1994, 66; JBl 1996, 728) und der Oberste Gerichtshof an den von den Tatsacheninstanzen als bescheinigt angenommenen Sachverhalt gebunden (SZ 51/21; SZ 69/252; JBl 1996, 728; 4 Ob 181/99t uva). Auch die von der Klägerin zur Stützung ihres gegenteiligen Standpunkts angeführten (älteren) Entscheidungen halten sich im Rahmen dieser Rechtsprechung, weil sie offensichtlich Fälle betrafen, in denen es jeweils nicht um die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Inhalts von Urkunden ging (diese hat der Oberste Gerichtshof nämlich nicht zu überprüfen: ÖBl 1989, 167 - FAMILIA und JBl 1996, 728 im Fall eidesstättiger Erklärungen; so auch 1 Ob 65/00s zur Unbedenklichkeit einer Urkunde), sondern um die Auslegung von in ihrem Wortlaut unstrittigen Urkunden (was dem Gebiet der rechtlichen Beurteilung angehört: SZ 58/199; EFSlg 57.838 uva).

Das österreichische Recht kennt eine Verwirkung von Rechten nicht. Die bloße Nichtausübung durch längere Zeit führt daher grundsätzlich nicht zum Rechtsverlust (stRsp ua SZ 59/34; ImmZ 1995, 150 = WoBl 1996, 144; weitere Nachweise bei Rummel in Rummel ABGB3 § 863 Rz 24). Auch die Nichtbenützung einer Domain über mehrere Monate durch den bei der Anmeldestelle registrierten Nutzer (der die vorübergehende Verwendung seiner Domain einem Dritten gestattet hat), hat deshalb noch nicht dessen Rechtsverlust zur Folge.

Ein Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Aspekt des Domain-Grabbings setzt nach der Rsp des erkennenden Senats voraus, dass der Verletzer bei Reservierung und Nutzung der Domain in Behinderungsabsicht gehandelt hat (ÖBl 1998, 243 - jusline; ÖBl 2000, 72 - format; MR 2000, 322 - gewinn.at); davon kann nach den Feststellungen des Rekursgerichts keine Rede sein. Auf Seite der Beklagten liegen sachlich gerechtfertigte Gründe für den Erwerb gerade der strittigen Domain vor; eine Absicht der Beklagten, die Klägerin von der Benutzung dieser Kennzeichnung im Internet auszuschließen oder an ihrem Ruf zu schmarotzen, ist hingegen nicht bescheinigt. Das Rekursgericht hat - Grundsätzen der Entscheidung MR 2000, 322 - gewinn.at folgend - die Verwechslungsgefahr wegen Branchenverschiedenheit verneint. Die Rechtsmittelwerberin hält dem als Besonderheit des vorliegenden Falls entgegen, dass hier zwischen der strittigen Domain und der Firma der Beklagten überhaupt kein Zusammenhang ersichtlich sei. Sie zeigt damit aber noch keine besonderen Umstände iS der zitierten Rsp auf, aus denen ein nicht unerheblicher Teil der Internet-Nutzer den (unzutreffenden) Schluss auf eine geschäftliche oder organisatorische Verknüpfung der Streitteile ziehen könnte; bei Prüfung der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn

kommt es nämlich nicht darauf an, ob zwischen der Firma eines Unternehmens und dem vom Unternehmen verwendeten Zeichen ein gedanklicher Zusammenhang besteht.

Entscheidungsgründe des RekursG, auf dessen Rechtsansicht der OGH gem § 510 Abs 3 ZPO verweist: (...) Unzweifelhaft liegt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor (*Kapferer/Pahl*, Kennzeichenschutz für Internetadressen (“domains”), ÖBl 1998, 275 ff; 4 Ob 180/99w, 202/99f). Ein Handel zu Zwecken des Wettbewerbs ist im Anwendungsbereich des § 9 UWG - anders als nach § 1 UWG - jedoch nicht erforderlich (vgl. *Koppensteiner*, Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht³ § 29 Rz 2 mwN). § 9 erfordert bloß objektive Verwechslungsgefahr (vgl. *Schönherr/Wildscheck*, UWG⁶ E 1272 zu § 9). Sie ist dann anzunehmen, wenn durch den Zeichengebrauch der Anschein der Identität der Unternehmen (Verwechslungsgefahr im engeren Sinn) oder eines besonderen wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhanges zwischen ihnen (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn) erweckt wird (vgl. MGA UWG⁶ E 1281 zu § 9). Grundsätzlich wird eine gewisse Waren- und Brachennähe eine Verwechslungsgefahr begründen. Die von den Parteien vertriebenen Waren oder Leistungen dürfen aber nicht soweit voneinander entfernt sein, dass die Gefahr von Verwechslungen nicht mehr besteht (vgl. 4 Ob 465/98g mwN; 4 Ob 116/99h). Das ist aber der Fall, wenn kein Grund zur Annahme besteht, es werde auf Grund der Ähnlichkeit der Bezeichnung von einem nicht unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise auf die Herkunft der Waren aus dem selben Betrieb oder zumindest auf das Vorhandensein irgendwelchen geschäftlichen Zusammenhänge geschlossen (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²¹, Rz 216 in den allgemeinen Grundlagen). Ein Schutz nach § 9 Abs 1 UWG wird somit dann nicht mehr gewährt, wenn die von den Parteien vertriebenen Waren oder Dienstleistungen soweit voneinander entfernt sind, dass keine Gefahr einer Verwechslung mehr besteht (vgl. 4 Ob 116/99h mwN). Es ist daher auch erheblich, welche Arbeitsgebiete für die Unternehmen typisch sind (vgl. *ecolex* 1992, 785). Berücksichtigt man, dass dem Internet-Benützer die technischen Gegebenheiten, nämlich, dass ein Zeichen nur ein einziges Mal als Domain-Name vergeben werden kann, bekannt sind, und die ihm zur Verfügung stehende Fülle von Informationen, wird er nicht von einer wirtschaftlichen oder organisatorischen Verknüpfung sämtlicher Anbieter von Internet-Informationen ausgehen, die ihre Informationen unter ähnlichen Domain-Namen ins Netz stellen (vgl. 4 Ob 158/00i). Im vorliegenden Fall besteht wohl Namensgleichheit, es liegt jedoch zwischen den von den Streitparteien vertriebenen Produkten völlige Branchenverschiedenheit vor. Die Unterscheidungskraft des Namens bzw. der Firma “Bernhart” ist zumindest als schwach einzustufen (vgl. *Hofmann*, *ecolex* 1990, 160), weswegen es zur Begründung des Schutzes nach § 9 Abs 1 UWG, im Hinblick auf die Produktverschiedenheit, einer gewissen Verkehrsgeltung der klägerischen Firma bzw. Unternehmenskennzeichnung bedürfte. Denn es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der Ähnlichkeit der Bezeichnungen, ihrer Verkehrsgeltung und dem Grad der Branchenverschiedenheit (*ecolex* 1992, 785; ÖBl 1992, 152; 4 Ob 140/99p).

Das Erstgericht hat wohl angenommen, die Klägerin sei ihrem Kundenkreis “Bernhart” bekannt, allerdings wird von der Judikatur gefordert, dass die

Verkehrsgeltung sich nicht nur auf kleine oder kleinste Marktsegmente erstreckt. Schutzbegründend wirkt sie daher nur dort, wo es sich zumindest über ein einheitliches Wirtschaftsgebiet von nicht zu geringer Ausdehnung, beispielsweise, eine Großstadt erstreckt (vgl. *Koppensteiner*, aaO § 29 Rz 43 mwN). Die Kl hat wohl vorgebracht, sechs Verkaufsgeschäfte in Wien zu betreiben, im Übrigen wurde aber keinerlei Vorbringen über ihren Bekanntheitsgrad erstattet. Ob Verkehrsgeltung vorliegt, kann aber ohne entsprechender Tatsachenfeststellung nicht entschieden werden (vgl. *Koppensteiner*, aaO, § 29 Rz 44).

Anmerkung:*

Provisorialverfahren in Domainstreitigkeiten zu gewinnen, fällt immer schwerer. Der oftmals - wie hier - erforderliche Verkehrsgeltungsnachweis für die Marke oder die sonstigen Unternehmenskennzeichen des Klägers ist im Bescheinigungsverfahren idR nicht zu erbringen.

Aber auch das bislang so erfolgreiche Namensrecht läuft gegenüber ähnlichen Domains leer, wenn der Beklagte – wie hier - z.B. in Form einer eidesstättigen Erklärung bescheinigt, zur Verwendung der Namensdomain, ie eine Internet Domain die namensmäßig anmutet oder Namensbestandteile enthält, von einem (anderen) Namensträger befugt zu sein. Insbesondere bei Allerweltsnamen fällt es nicht schwer, über eine derartige Gestattung (vgl. OGH 15.6.2000, 4 Ob 85/00d – *Radetsky*, ecolex 2000/322, 808 m Anm *Schanda* = MR 2000, 368 zur Rechtsnatur des Gestattungsvertrages) zu verfügen. Doch selbst der abgeleitete Namensgebrauch unterliegt insofern einer Einschränkung, als er nur in einer solchen Weise erfolgen darf, dass Verwechslungen mit Namen oder Firmen, deren sich der Kläger befugterweise bedient, nach Möglichkeit vermieden werden. Unlauterer Namensgebrauch ist ausnahmslos unzulässig und schließt jede Berufung auf das Recht zur Führung des eigenen Namens aus (vgl. ÖBl 1998, 298). Ein derartiger unlauterer Namensgebrauch liegt vor, wenn dessen Verwendung in einer Weise erfolgt, dass Assoziationen zu einem anderen bestimmten Namensträger ausgelöst und eine Beziehung zu diesem, sei es auch nur eine wirtschaftliche, suggeriert wird (vgl. ÖBl 1998, 298 - *Hörmann*; ÖBl 1998, 43 - *Danzer*; ÖBl 1992, 216 – *Harald A. Schmidt*). Dies ist Ausfluss des Namens- als Persönlichkeitsrecht im Sinne des § 16 ABGB. Schließlich scheint im Provisorialverfahren nahezu ausgeschlossen, Domaingrabbern das Handwerk zu legen, kommt es doch allein auf deren Absichten zum Zeitpunkt der Registrierung der strittigen Domain an. Die bloße Tatsache, dass eine Domain zwar registriert aber z.B. nicht als E-Mail Adresse oder für eine Website im WWW genutzt wird, liefert keine ausreichende Begründung für eine Schädigungs- oder Behinderungsabsicht. Eine Verwirkung durch Nichtbenützung der angemeldeten Domain scheidet jedenfalls aus und wäre auch angesichts des - jährlich zu erneuernden - Vertrages mit der Registrierungsstelle unvorstellbar (dazu eingehend *Thiele*, Verträge über Internet Domains, ecolex 2000, 210, 218). Das Hauptverfahren wird jedenfalls munter weiter betrieben!

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