

- 1. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr zwischen einer Marke und einer zeichenähnlichen Domain kommt es auch auf den Inhalt der unter einer bestimmten Domain ins Netz gestellten Website an.**
- 2. Die zu Werbezwecken erfolgende Darstellung von geschützten Wort-Bildmarken und der Wortmarke „Sportwelt Amadé“ auf einer unter www.amade.net erreichbaren Website stellt eine Benutzungshandlung iSd § 10a Z 4 MSchG dar, die geeignet ist, die Gefahr von Verwechslungen mit den vom Markeninhaber angebotenen Dienstleistungen hervorzurufen, wenn sich das Angebot der Streitteile insoweit überschneidet.**
- 3. Selbst wenn die unter der verwechselbar ähnlichen Domain eingerichtete Homepage (noch) nicht genutzt und eine dem Markeninhaber gem § 10a MSchG vorbehaltene Benutzung daher erst in Aussicht genommen wird, besteht ein durch eine Einstweilige Verfügung zu sichernder Unterlassungsanspruch im Sinn eines vorbeugenden Rechtsschutzes, weil eine Verletzung der Kennzeichenrechte des Markeninhabers unmittelbar drohend bevorsteht.**

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei „Zauchensee“ Liftgesellschaft Benedikt Scheffer GmbH, Altenmarkt im Pongau, P*** Nr. 140, vertreten durch Dr. Rudolf Zitta und Dr. Harald Schwendinger, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. T-*** T**** KEG, Radstadt, H*****strasse 6, 2. J**-G** T****, Kaufmann, Radstadt, G***weg 4, beide vertreten durch Dr. Wolfgang Stolz, Rechtsanwalt in Radstadt, wegen Unterlassung (Streitwert im Sicherungsverfahren 39.970 EUR) über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 29. Jänner 2002, GZ 1 R 1/02a-11, 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).

Begründung

Die klagende Partei ist eine zur FN 55775y des Landesgerichtes Salzburg eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Eintragung vom 18.2.1965. „Zauchensee“ bezeichnet einen Ortsteil des Ortes Altenmarkt im Pongau und ist gleichzeitig Bestandteil der Firma der klagenden Partei. Diese ist Mitglied des Regionalverbundes „Salzburger Sportwelt Amadé“. Die klagende Partei ist Inhaberin der geschützten Wortbildmarken „Sportwelt Amadé“ (Registernummer 180820) und „Salzburger Sportwelt Amadé“ (Registernummer 180808). Sie ist weiters Inhaberin der registrierten Wortmarken „Amadé“ (Registernummer 121851) und „Sportwelt Amadé“ (Registernummer 123788). Die beiden Wortbildmarken „Sportwelt Amadé“ und „Salzburger Sportwelt Amadé“ sowie die Wortmarke „Amadé“ umfassen den Schutz für Waren und Dienstleistungen der Klassen 18, 24, 25, 28, 35, 39, 41 und 42. Die Wortmarke „Sportwelt Amadé“ umfasst den selben Schutzbereich mit Ausnahme

der Klasse 35. Die klagende Partei verwendet gemeinsam mit ihren regionalen Partnern diese vier Marken. Diese Verwendung äußert sich insbesondere durch eine gemeinsame Benützung der Wortmarken und Wortbildmarken in allen Bereichen der Werbung und der Produktgestaltung.

Die erstbeklagte Partei ist eine beim Landesgericht Salzburg zu FN 152370z registrierte Kommandit-Erwerbengesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter der Zweitbeklagte ist. Die beklagten Parteien sind Inhaber der Domains „zauchensee.at“ und „amade.net“. Die beklagten Parteien verwenden auf den Websites „zauchensee.at“ und „amade.net“ die geschützten Marken der klagenden Partei.

Die klagende Partei beehrte mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des mit der gleichzeitig eingebrachten Klage geltend gemachten inhaltsgleichen Anspruches auf Unterlassung den beklagten Parteien zur ungeteilten Hand bis zur Rechtskraft des über den Unterlassungsanspruch ergehenden Urteils aufzutragen,

- 1) die Verwendung der Domains „zauchensee.at“ und „amade.net“, mit oder ohne Inhalt (Websites), zu unterlassen und
- 2) es zu unterlassen, auf ihrer Internet-Homepage, insbesondere der Homepage „zauchensee.at“ und der Homepage „amade.net“, die für die klagende Partei registrierten Marken „Salzburger Sportwelt Amadé“ (Wort-Bildmarke), „Sportwelt Amadé“ (Wort-Bildmarke), „Amadé“ (Wortmarke) und „Sportwelt Amadé“ (Wortmarke) zu verwenden.

Die klagende Partei stützte ihr Begehren auf § 43 ABGB, auf §§ 1, 2, 9 UWG und § 10 MSchG.

Die beklagten Parteien beantragen die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und wandte ein, der Begriff „Zauchensee“ finde sich in der Firma der klagenden Partei nur als Hinweis auf die Region, in der sie ihre Liftanlage betreibe.

Das *Erstgericht* gab dem Antrag der klagenden Partei auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Ausnahme des von Punkt 1. des Antrages erfassten Begehrens, den beklagten Parteien die Unterlassung der Verwendung der Domain „zauchensee.at“ aufzutragen, statt. Es stellte ergänzend fest:

Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Zusatz „Zauchensee“ als Firmenbestandteil im Namen der klagenden Partei unterscheidungskräftig und kennzeichnungskräftig ist soweit dass diese Bezeichnung „Zauchensee“ in den angesprochenen Verkehrskreisen für die klagende Partei Verkehrsgeltung genießt.

Die Bezeichnungen „Salzburger Sportwelt Amadé“ sowie der separat geschützte Bestandteil (die registrierte Wortmarke) „Amadé“ sind unterscheidungs- und kennzeichnungskräftig. Die Domains „zauchensee.at“ und „amade.net“ stehen mit der Tätigkeit oder dem Namen der beklagten Parteien in keinerlei Zusammenhang. Eine Internetabfrage in der Suchmaschine „google.com“ nach den Suchbegriffen „Zauchensee“, „Amadé“, „Sportwelt Amadé“ und „Salzburger Sportwelt Amadé“ bringt eine Fülle von Treffern.

Durch die Verwendung der geschützten Marken der klagenden Partei auf den Websites „zauchensee.at“ und „amade.net“ entsteht der Eindruck, als wären diese beiden Seiten der klagenden Partei zuzuordnen. Für die Internetbenutzer besteht die Gefahr der Verwechslung der Domains der beklagten Parteien mit der klagenden Partei.

Das *Rekursgericht* bestätigte die einstweilige Verfügung und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zulässig sei und führte zu der im Rechtsmittel der beklagten Parteien vertretenen die Auffassung, die zu Gunsten der klagenden Partei eingetragene Marke „Amadé“ genieße mangels Unterscheidungskraft keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz, sowie sie sei überdies mit der für die erstbeklagte Partei

registrierten Domain „amade.net“ nicht ident; und die beklagte Partei habe die Marken der klagenden Partei nur als geografische Angaben verwendet; diese Marken hätten sich im Übrigen zur Gattungsbezeichnung entwickelt, wie folgt, aus:

1.)

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, der unbefugte Gebrauch einer eingetragenen Marke als Internet-Adresse, um Waren oder Dienstleistungen anzubieten, verletze bei Gleichheit der Waren und Dienstleistungen das Markenrecht und gewähre dem Berechtigten Unterlassungsansprüche (Schanda, MSchG Rz 12 zu § 10a; Kapferer/Pahl, Kennzeichenschutz für Internet-Adressen („domains“), ÖBl 1999, 275).

In der Judikatur wurde klar gestellt, dass die bloße Registrierung einer Marke als Domain regelmäßig keine Benutzung des Zeichens iSd § 10a MSchG darstelle, denn nach dieser Bestimmung liege eine dem Markeninhaber vorbehaltene Benutzung eines Zeichens zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung u.a. dann vor, wenn unter dem Zeichen Waren oder Dienstleistungen angeboten werden oder wenn das Zeichen in den Geschäftspapieren, in Ankündigungen oder in der Werbung benutzt wird (§ 10a Z 2 und 4 MSchG). Maßgebend für die Beurteilung, ob eine Benutzung eines Zeichens iSd § 10a MSchG vorliegt und ob dadurch Verwechslungsgefahr iSd § 10 Abs 1 Z 2 MSchG begründet wird, ist vielmehr der Inhalt der Websites, die unter der Domain in das Internet gestellt werden (4 Ob 327/00t „cyta.at“; 4 Ob 123/01v „dullinger.at“; RIS-Justiz RS0114773).

Gemäß § 10 Abs 1 MSchG gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

- 1.) ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§ 10a), die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist;*
- 2.) ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen (§ 10), wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.*

Verwechslungsgefahr ist rein objektiv zu beurteilen, wobei es weder auf die Absicht noch auf die Vorstellung des Eingreifenden ankommt. Weiters ist das Vorliegen tatsächlicher Verwechslungen nicht erforderlich. Nach traditioneller Auffassung liegt Verwechslungsgefahr vor, wenn ein Zeichen in einer Weise gebraucht wird, die geeignet ist, einen Irrtum über die Verknüpfung des Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen hervorzurufen (Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck aaO 54 mwN; Schanda aaO 47 f). Nach dem eigenen Vorbringen der beklagten Parteien sollen unter der Domain „amade.net“ Informationen über die Tourismusregion Pongau angeboten und soll Betrieben ermöglicht werden, sich mit dieser Homepage zu verlinken (Äußerung, ON 2/3, 5; Rekurs, 6). Die Wort- und Wortbildmarken der klagenden Partei umfassen unter anderem den Schutz für Waren und Dienstleistungen der Klassen 35 (Werbung, Verteilung von Werbematerial), 39 (Personentransport mit Kraftfahrzeugen sowie mit Seilbahnen und Schiliften; Dienstleistungen eines Reisebüros, ...; Betrieb von alpinen Aufstiegshilfen, Seilbahnen und Schiliften), 41 (Animation und Betreuung von Personen im Rahmen der Freizeitgestaltung, ...) und 42 (Gewährung von Unterkunft oder von Unterkunft und Verpflegung durch Hotels, Pensionen, Campingplätze, Touristenheime, Bauernhöfe mit Gastbetrieb, Sanatorien, Gasthäuser und Erholungsheime; Lieferung von fertig zubereiteten Speisen oder Getränken zum sofortigen Verbrauch, insbesondere durch Restaurants und Schihütten; Betrieb von Hotels, Pensionen, Gasthäusern und Restaurants). Diejenigen Inhalte, die die beklagten Parteien unter der Domain „amade.net“ in das Internet zu stellen beabsichtigen, überschneiden sich somit mit denjenigen Klassen, für die die Marken der klagenden Partei eingetragen sind. Ein Zusammentreffen der Dienstleistungen der Streitparte auf dem selben Absatzgebiet ist daher durchaus zu besorgen. Vor allem besteht die Gefahr, dass Internet-Benutzer die unter der Domain „amade.net“ aufrufbaren Internetseiten

fälschlich der klagenden Partei zuordnen, da sie auch auf einer Homepage der klagenden Partei im weitesten Sinne Informationen über die Salzburger Sportwelt Amadé als Tourismusregion erwarten.

2.)

Die beklagten Parteien rücken in ihrem Rekurs allerdings nicht in erster Linie die sich aus § 10 MSchG ergebende Frage der Verwechslungsgefahr in den Vordergrund. Sie vertreten vielmehr die Auffassung, „Amadé“ und „amade.net“ seien nicht verwechslungsfähig. Das Höchstgericht hat in seinen Entscheidungen 4 Ob 73/01s - „pro-solution.at“ und 4 Ob 226/01s „www.onlaw.at“ ausgesprochen, dass der aus einem geschützten Kennzeichen Berechtigte bei Vorliegen der sonstigen Schutzvoraussetzungen gegen den Inhaber eines Domain-Namens nicht nur bei vollständiger Zeichenidentität, sondern immer schon dann vorgehen kann, wenn der Domain-Name vom Kennzeichen einen so geringfügigen Abstand hält, dass Verwechslungsgefahr besteht. Die Gefahr einer Verwechslung geht nämlich über die Zeichenidentität hinaus. Im Verhältnis zwischen zwei Domain-Namen ist Zeichenidentität zwar technisch nicht möglich (weil sie sich ja aufgrund der technischen Vorgaben im Internet zwingend von einander unterscheiden müssen), doch kann der Ähnlichkeitsbereich bereits dort beginnen, wo sich die Domain-Namen nur in einem einzigen Zeichen unterscheiden. Der Grad der Ähnlichkeit, ab dem eine Verwechslungsgefahr zu bejahen ist, kann naturgemäß nicht exakt festgelegt werden und hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Das bloße Einfügen eines Bindestrichs und das Austausch eines einzigen Buchstabens, wenn es sich dabei um einen üblichen Tippfehler handelt, ist jedenfalls nicht geeignet, eine Ähnlichkeit auszuschließen.

Aus der für Domain-Namen üblichen Kleinschreibung ist somit zu Gunsten der beklagten Parteien ebenso wenig abzuleiten wie aus dem einen Schreibfehler nahelegenden Fehlen des accent aigu auf dem letzten Buchstaben des Domain-Namens. Die von den beklagten Parteien hervorgehobenen Abweichungen ändern somit an der Verwechslungsgefahr nichts.

3.)

Ebenso wenig berechtigt ist die Argumentation der beklagten Parteien, der Marke „Amadé“ fehle es an der Unterscheidungskraft.

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Gericht bei der Beurteilung des Wettbewerbsschutzes einer registrierten Marke nicht an die Entscheidung des Patentamtes gebunden und hat daher die Verwendung der Marke unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechtes selbst zu prüfen (ÖBl 1993, 167; 4 Ob 69/88 uam).

Die in § 9 Abs 1 UWG aufgezählten Kennzeichen, darunter die registrierte Marke, genießen grundsätzlich den Schutz des § 9 UWG unabhängig davon, ob sie innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Zeichen einer bestimmten Person gelten. Sie sind ohne Rücksicht auf die Verkehrsgeltung schutzfähig, wenn sie Unterscheidungskraft besitzen, also etwas Besonderes, Individuelles an sich haben, dass sich schon ihrer Art nach dazu eignet, ihren Träger von anderen Personen zu unterscheiden oder - bei Marken - eine Ware (Dienstleistung) als aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb stammend zu kennzeichnen (Koppensteiner aaO 609f; 4 Ob 69/88 mwN).

Unterscheidungskraft haben bei Wortmarken grundsätzlich nur frei erfundene, keiner Sprache angehörende Phantasiewörter (ieS) oder solche Wörter, die zwar dem allgemeinen Sprachgebrauch angehören, jedoch mit der Ware (Dienstleistung), für die sie bestimmt sind, in keinem Zusammenhang stehen (Phantasiewörter iwS). Entscheidend ist dabei, ob die Wörter im Verkehr als Phantasiebezeichnungen aufgefasst werden. Ein Kennzeichen ist dann als unterscheidungskräftig anzuerkennen, wenn es schon aufgrund seines besonderen Erscheinungsbildes, das heißt auch ohne Verkehrsgeltung, geeignet ist, als Unternehmens- oder Warenbezeichnung zu wirken (Koppensteiner aaO; ÖBl 1993, 167; 4 Ob 161/93; 4 Ob 226/01s). Dies wurde in der Judikatur auch für registrierte Marken, die aus einem Namen bestehen, angenommen. Es wurde insbesondere sehr häufig Namen - sogenannte

„Allerweltsnamen“ - die Unterscheidungskraft versagt, jedoch ausgesprochen, dass auch ein solcher Name durchaus seine Verbindung mit bestimmten Vornamen oder auf andere Weise ein charakteristisches Gepräge erhalten und damit eindeutig auf eine bestimmte Person hinweisen kann (ecolex 1990, 160; RIS-Justiz RS0066550).

Die Marke „Amadé“ besitzt innerhalb der Klassen, für die sie registriert wurde, durchaus Unterscheidungskraft. Dem von den beklagten Parteien hervorgehobenen Umstand, dass bei einer Google-Abfrage 18.900 Treffer bei Eingabe des Begriffes „amade“ erzielt werden konnten, kommt somit keine Bedeutung zu, denn es ist nicht von Belang, in welchen Bereichen das Wort „Amadé“ insgesamt Verwendung findet. „Amadé“ die französische Form des Namens „Amadeus“ ist unterscheidungskräftig, weil in Österreich zwar der durch seinen berühmtesten Träger Wolfgang Amadeus Mozart bekannte Name „Amadeus“ gebräuchlich ist, nicht aber dessen französische Form „Amadé“. Im übrigen handelt es sich um ein Wort, das mit den von der klagenden Partei angebotenen Dienstleistungen im Sinne der eingangs zitierten Judikatur in keinem Zusammenhang steht. Beim Wort „Sportwelt“ wiederum handelt es sich um ein Phantasiewort, eine Kombination aus den Wörtern „Sport“ und „Welt“, welches als „Sportwelt“ einerseits kein Wort des allgemeinen Sprachgebrauchs ist und andererseits zahlreiche Bedeutungen und Auslegungsmöglichkeiten zulässt (eine Region als Sportwelt, die wesentliche Gesellschaft als Freizeitgesellschaft im Sinne einer Sportwelt, das Umfeld von Leistungssportlern, ein großes Sportartikelgeschäft etc.). Die Wortmarke der klagenden Partei ist daher aufgrund der Form ihrer Verwendung, der Art der Wortverbindung sowie der Verbindung mit einem Phantasiewort unterscheidungskräftig. Zusammenfassend verstößt somit die Verwendung der Marke der klagenden Partei („Amadé“) als Domain-Name ebenso gegen §§ 10, 10a MSchG wie die Verwendung der Wortmarken und Wortbildmarken der klagenden Partei auf der Homepage „zauchensee.at“ und auf der Homepage „amade.net“. Soweit die beklagten Parteien die Marken der klagenden Parteien ausschließlich als geografischen Hinweis verwendet haben wollen, hätte dies der Zustimmung der klagenden Partei als Markeninhaber bedurft. Wegen des ohnehin vorliegenden Eingriffs in das Markenrecht der klagenden Partei kann es auf sich beruhen, ob ein Fall von Domain-Grabbing vorliegt.

4.)

Mit ihrer Behauptung, die Marken der klagenden Partei hätten sich zur Gattungsbezeichnung entwickelt mit der Folge des Verlustes des Markenrechtes (vgl. 4 Ob 121/99y - „Sony-Walkman“) verstoßen die beklagten Parteien gegen das Neuerungsverbot. Behauptungen dahin, dass die Marke der klagenden Partei sich zu einer im Verkehr allgemeinen sprachgebräuchlichen oder verkehrüblichen Bezeichnung entwickelt hätte, wurden nicht aufgestellt. [...]

Der Revisionsrekurs der beklagten Parteien ist unzulässig.

Begründung des OGH:

Ein Kennzeichen besitzt dann Unterscheidungskraft (Kennzeichnungskraft), wenn es etwas Besonderes, Individuelles an sich hat, es sich daher schon seiner Art nach dazu eignet, seinen Träger von anderen Personen oder Unternehmen zu unterscheiden (ÖBl 2001, 263 - *pro-solution.at* mwN). Das Rekursgericht hat die Bezeichnung „Amadé“ als ausreichend unterscheidungskräftig beurteilt. Seine Auffassung hält sich im Rahmen der Rechtsprechung, zumals der Phantasiecharakter jedenfalls überwiegt. Dass sich die als Marke geschützten Bezeichnungen „Amadé“, „Sportwelt Amadé“ und „Salzburger Sportwelt Amadé“ nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise zu geographischen Herkunftshinweisen entwickelt hätten, haben die Beklagten im Sicherungsverfahren nicht bescheinigt. Zum

Verlust der Unterscheidungskraft durch Entwicklung zum Gattungszeichen vgl. 4 Ob 269/01i - *Sony Walkman*.

Davon abgesehen, sind auch geographische Bezeichnungen nur dann nicht schutzfähig, wenn sie im Geschäftsverkehr tatsächlich als Herkunftshinweis aufgefasst werden, nicht aber wenn der Phantasiecharakter überwiegt und eine allfällige geographische Bedeutung zurücktritt (ÖBl 1992, 125 - „*San Marco*“). Entscheidend ist aber die Auffassung des inländischen Verkehrs nach den Umständen des Einzelfalls, denen - vom hier nicht vorliegenden Fall grober Fehlbeurteilung abgesehen - keine über den zu beurteilenden Fall hinausgehende Bedeutung zukommt.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr auf den Inhalt der unter einer bestimmten Domain ins Netz gestellten Website an (ÖBl 2000, 72 - *format.at*; ÖBl 2001, 35 - *bundesheer.at I*; ÖBl 2001, 225 - *cyta.at*; MR 2001, 330 - *dullinger.at*). Die Vorinstanzen haben festgestellt, dass die Beklagten die Marken der Klägerin auf ihren Websites „*zauchensee.at*“ und „*amadé.net*“ verwenden. Sie nehmen damit bereits eine Benutzungshandlung im Sinn des § 10a Z 4 MSchG vor, die geeignet ist, die Gefahr von Verwechslungen mit den von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen hervorzurufen. Dass sich das Angebot der Streitparteien insoweit überschneidet, als sich beide mit Werbung und Verteilung von Werbematerial beschäftigen (für welchen Tätigkeitsbereich die Wort-Bildmarken und die Wortmarke „*Sportwelt Amadé*“ der Klägerin geschützt sind), ist nicht zweifelhaft. Das Vorbringen der Beklagten, sie habe die Domains bisher nicht benutzt, entfernt sich insoweit vom bescheinigten Sachverhalt.

Selbst wenn man aber davon ausgehen wollte, dass die Homepage der Beklagten derzeit (noch) nicht genutzt, die von den Vorinstanzen festgestellte Benutzung daher erst in Aussicht genommen wird, könnte dem hier gestellten Unterlassungsbegehren (und dem zu seiner Sicherung gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) im Sinn eines vorbeugenden Rechtsschutzes eine Berechtigung nicht abgesprochen werden, stünde doch eine Verletzung der Kennzeichenrechte der Klägerin unmittelbar drohend bevor.

Anmerkung*

Die vorliegende, im Provisorialverfahren ergangene E birgt für das „klassische Domainrecht“ wenig Neues. Dass in die Markenrechte des Inhabers einer österreichischen Marke eingegriffen wird, wenn im Internet eine Website aufgesucht werden kann, auf der für eine die Markenrechte des Klägers verletzende Ware bzw. Dienstleistung geworben und auf der sie im Sinne des § 10a Z 2 MSchG angeboten wird, hat das Höchstgericht bereits an anderer Stelle deutlich gemacht (OGH 24.4.2001, 4 Ob 81/01t - *CICLON*, ÖBl 2001, 269; 29.5.2001, 4 Ob 110/01g - *BOSS-Zigaretten I*, *ecolex* 2001/318, 849 m Anm *Schönherr* = EvBl 2001/194, 848 = ÖBl 2001, 145 = RdW 2001/752, 737). Die kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr ist nach st Rsp nicht allein nach dem Domain-Namen, sondern auch nach dem Inhalt der dazugehörigen Website zu beurteilen (zB OGH 29.1.2002, 4 Ob 246/01g - *graz2003.at*, wbl 2002/..., m Anm *Thiele mwN*).

Die Dreistigkeit der Beklagten besteht im vorliegenden Fall nicht nur darin, die klägerischen Schutzmarken auf ihrer Website zu Werbezwecken (für eine ähnliche Dienstleistung) einzusetzen, sondern auch hierfür als Internet-Adresse eine aus der Wortmarke abgeleitete Domain, eben „*amade.net*“ zu verwenden. Dass dadurch berechnete Interessen des Trägers der Marke beeinträchtigt werden, liegt auf der Hand, und ergibt sich bereits aus § 10a Z 4 MSchG (ähnlich zur rechtsverletzenden Namensverwendung bereits OGH 22.3.2001, 4 Ob 39/01s - *rechnungshof.com*, *ecolex* 2001/251, 688 m Anm *Schanda* = EvBl 2001/155, 683 =

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

MR 2001, 256= ÖBl 2001, 237 m Anm *Kurz* = RdW 2001/559, 535 = wbl 2001/291, 495 m Anm *Thiele*). Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Streit um die Domain „amade.at“ schon vom Ansatz her grundlegend, sodass sich der OGH - bei gegenteiligem Ergebnis - zu Recht mit einer Zurückweisung des außerordentlichen Rechtsmittels begnügt.

Bemerkenswert sind allerdings die gleichsam als obiter dicta gemachten Ausführungen des Höchstgerichts zur Berechtigung des Sicherungsbegehrens. Selbst für den Fall der bloßen Registrierung der strittigen Domain ohne dazugehörig aktiver Homepage könne dem Unterlassungsanspruch „im Sinn eines vorbeugenden Rechtsschutzes eine Berechtigung nicht abgesprochen werden, stünde doch eine Verletzung der Kennzeichenrechte der Klägerin unmittelbar drohend bevor“. Mit dieser Vorverlagerung des einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten des Markeninhabers nähert sich die Rsp offenbar der von der Lehre (jüngst *Burgstaller*, Domainübertragung auch im Provisorialverfahren? – Zur Domainregistrierung als Benutzungshandlung, MR 2002, 49 mwN zum Meinungsstand) vertretenen Auffassung an, die bloße Registrierung einer Domain durch den Nichtberechtigten stellt bereits ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ iSd Markenrechts dar. Noch in der E zu „cyta.at“ (OGH 30.1.2001, 4 Ob 327/00t, *ecolex* 2001/186, 546 m Anm *Schanda* = *JUS Z/3192* = MR 2001, 194 m Anm *Pilz* = ÖBl 2001, 225 m Anm *Kurz* = RdW 2001/428, 399 = wbl 2001/231, 337 m Anm *Thiele*) ist ausgesprochen, dass die bloße Registrierung einer Domain und der Hinweis „work in progress“ auf der zugehörigen Website regelmäßig keine Benutzung eines Zeichens iSd § 10a MSchG bedeute. Die Domainregistrierung erfolgt ohne Angabe der Art der Verwendung. Ginge man - der E zu „cyta.at“ folgend – nicht von einem markenmäßigen Gebrauch aus, würde konsequenterweise ein vorbeugender Rechtsschutz gegen eine spätere Konnektierung als E-Mail oder Nutzung als Adresse eines Web-Servers ausscheiden. Eine vorbeugende Unterlassungsklage setzt nämlich voraus, dass sich die drohende Verletzungshandlung in tatsächlicher Hinsicht so konkret abzeichnet, dass für das angerufene Gericht eine zuverlässige Beurteilung möglich ist. In diesem Sinne ist die vom OGH gemachte Einschränkung, dass „die von den Vorinstanzen festgestellte Benutzung [...] erst in Aussicht genommen wird“, maW die subjektive Seite der Domainverwendung, zwingende Voraussetzung des vorbeugenden Rechtsschutzes (die Betonung der subjektiven Verwendungsabsicht findet sich bereits bei *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, wbl 2001, 337, 339 unter Abwägung aller mit einer Domain tatsächlich verbundenen Dienste). Dass die bloße Registrierung einer Domain bereits einen (unbefugten) Namensgebrauch iSe Namensanmaßung gem § 43 ABGB 2. Alt. bedeutet, hat das Höchstgericht (OGH 22.4.2002, 4 Ob 41/02m – *graz2003.com*) inzwischen entschieden, wird doch damit vom Anmelder ein konkurrierendes Recht behauptet.