



1. Die Änderung des einer Domain zugehörigen Websiteinhalts (nunmehr: Buchungs- und Vermittlungsplattform für Hotels und Pensionen) ändert den rechtserzeugenden Sachverhalt derart, dass der dadurch begründete Rechtsschutzanspruch von der materiellen Rechtskraft der Vorentscheidung (vormals: Betrieb eines weltweit abrufbaren e-mail-Dienstes) nicht berührt wird.

2. Die Registrierung einer Marke für „Werbung“ in der Dienstleistungsklasse 35 und gleichzeitig in der Klasse 42 für „Verpflegung, Beherbergung von Gästen, Hotelreservierungen und Ähnliches“ zeigt durch ihren Zusammenhang deutlich, worauf sich die Marke bezieht. Der Schutzbereich der Marke umfasst demzufolge auch die Nutzung einer markenähnlichen Domain zum Betrieb einer Vermittlungs- und Buchungsplattform für Hotels oder Unterkünfte als bloßer Hostprovider.

3. Eine Verwirkung der Markenansprüche nach § 58 MSchG kann nicht eintreten, wenn sich der Markeninhaber bereits im Vorverfahren (wenngleich erfolglos) gegen die Nutzung der Marken durch den Beklagten gewehrt hat. Die „Benutzung“ eines Zeichens fällt dann nicht unter § 58 MSchG, wenn sie – etwa wegen fehlender Verwechslungsgefahr – das Markenrecht gar nicht verletzt.

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

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs 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 der in der Rechtssache der klagenden Partei „Zauchensee“ B**** S**** LiftgesellschaftmbH, *****, vertreten durch Dr. Harald Schwendinger, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagten Parteien 1. Peter U*****, 2. Amade Inc., *****, beide vertreten durch Dr. Clemens Thiele, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung (Streitwert 36.000 EUR) und Feststellung (Streitwert 10.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der beklagten Parteien gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 5. Dezember 2005, GZ 1 R 176/05s-9, 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 Vorinstanzen haben den Beklagten verboten, die Domain *amade.at* zum Betrieb einer Vermittlungs- und Buchungsplattform für Hotels oder Unterkünfte zu nutzen. Damit werde in Rechte der Klägerin insbesondere an den Wortmarken Nr. 121.851 (AMADÉ) und Nr. 123.788 (Sportwelt AMADÉ) eingegriffen. Die Marken sind unter anderem für die Klassen 35 (Werbung und Ähnliches) und 42 (Verpflegung, Beherbergung von Gästen, Hotelreservierungen und Ähnliches) registriert. Ihre Priorität liegt vor der Registrierung der strittigen Domain.

Dem dagegen erhobenen außerordentlichen Revisionsrekurs gelingt es nicht, erhebliche Rechtsfragen im Sinn der §§ 78 EO, 528 Abs 1 ZPO aufzuzeigen.

1. Im Verfahren 2 Cg 233/01s des Landesgerichtes Salzburg (im Provisorialverfahren 4 Ob 56/02t = *ecolex* 2002/235 [Schanda] – *amade.at I*) wurde zwar ein Begehren, das (ohne weitere Einschränkung) auf Unterlassung der Domain-Nutzung gerichtet war, rechtskräftig abgewiesen. Die Rechtskraft dieser Entscheidung steht der nun erlassenen einstweiligen Verfügung aber nicht

entgegen. Bei Schluss der Verhandlung erster Instanz im Vorprozess stand nämlich auf der Website nur ein Gratis-Mail-Programm zur Verfügung. Jetzt werden dort Beherbergungsbetriebe präsentiert. Damit hat sich der rechtserzeugende Sachverhalt geändert. Der durch den neuen Sachverhalt begründete Rechtsschutzanspruch wird von der materiellen Rechtskraft der Vorentscheidung nicht berührt (RIS-Justiz RS0041247, RS0007201).

2. Es trifft zwar zu, dass die Klägerin nach § 56 iVm § 33a MSchG glaubhaft machen musste, dass die seit mehr als fünf Jahren registrierten Marken tatsächlich genutzt wurden (4 Ob 7/96 = SZ 69/38 – Leimin). Das ist ihr entgegen den Behauptungen der Beklagten auch gelungen. Nach dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt werden die Marken, die von vornherein zur Nutzung auch durch andere Mitglieder der Salzburger Sportwelt Amadé bestimmt waren, von den „Liftgesellschaften und Tourismusverbände[n] in der Region der Salzburger Sportwelt Amadé“ in Geschäftspapieren und Werbematerialien verwendet. Die Marken werden demnach sowohl von der Rechteinhaberin selbst (auch die Klägerin ist eine „Liftgesellschaft [...] in der Region der Salzburger Sportwelt Amadé“) als auch mit ihrer Zustimmung von Dritten (den anderen Mitgliedern) benutzt.

3. Eine Verwirkung nach § 58 MSchG kann schon deswegen nicht eingetreten sein, weil sich die Klägerin bereits im Vorverfahren (wenngleich erfolglos) gegen die Nutzung der Marken durch den Erstbeklagten gewehrt hat. Die Frage, ob die „Benutzung“ eines Zeichens auch dann unter § 58 MSchG fällt, wenn sie – etwa wegen fehlender Verwechslungsgefahr – das Markenrecht nicht verletzt, muss daher hier nicht entschieden werden. Der Zweck des § 58 MSchG spricht gegen eine solche Auslegung.

4. Die Beklagten vertreten weiterhin die Auffassung, sie seien nur „Diensteanbieter“ und hafteten (daher) nicht für die von ihnen eingerichtete „Informationsplattform“. Sie verkennen dabei, dass die Zweitbeklagte als Inhaberin der Domain und der Erstbeklagte als ihr Geschäftsführer in Anspruch genommen wird. Der Inhalt der Website ist nur insoweit von Bedeutung, als zu prüfen ist, ob durch die Nutzung der Domain die Gefahr von Verwechslungen mit Marken der Klägerin begründet wird.

5. Die Second Level Domain der Beklagten unterscheidet sich geringfügig – nämlich durch das Fehlen des accent aigu – von einer sonst gleichen Marke bzw. einem sonst gleichen Teil einer Marke der Klägerin (amade – AMADÉ). Daher haben die Vorinstanzen zutreffend geprüft, ob Verwechslungsgefahr iSv § 10 Abs 1 Z 2 MSchG vorliegt. Bei dieser Prüfung ist auf den Inhalt der Website abzustellen (4 Ob 56/02t – amade.at I mwN). Nach dem bescheinigten Sachverhalt werden „dort nunmehr Verpflegungs- und Beherbergungsbetriebe aus dem Land Salzburg und dem Salzkammergut präsentiert“, unter anderem auch aus den Regionen des Schiverbundes Amadé. Ob nach den Umständen des konkreten Falls Verwechslungsgefahr besteht, hat regelmäßig keine darüber hinausgehende Bedeutung. Eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 528 Abs 1 ZPO liegt daher auch insoweit nicht vor.

6. Die von den Beklagten zitierte Entscheidung des EuGH in der Rs C-418/02 (Praktiker Bau- und Heimatmärkte AG) betrifft die Eintragung einer Marke für „Dienstleistungen im Rahmen des Einzelhandels“. Danach ist es erforderlich, bei einer solchen Eintragung (zwar nicht die Art der Dienstleistungen, wohl aber) die Art der Waren anzugeben, auf die sich die Dienstleistungen beziehen. Das erleichtert nach Auffassung des EuGH (unter anderem) die Anwendung von Art 5 Abs 1 MarkenRL (§10 Abs 1 MSchG).

Die Relevanz dieser Entscheidung für den vorliegenden Fall ist nicht erkennbar und wird im Rechtsmittel auch nicht dargestellt. „Dienstleistungen im Rahmen des Einzelhandels“ erfassen ein so weites Feld, dass eine (im Anlassfall ohnehin vorgenommene) Konkretisierung sinnvoll sein mag. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass die hier erfolgte Registrierung einer Marke für „Werbung“ bzw. „Verpflegung, Beherbergung von Gästen, Hotelreservierungen und Ähnliches“

unzulässig wäre. Schon der Zusammenhang dieser Klassen zeigt deutlich, worauf sich die Marke bezieht.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die Klägerin ist eine Liftgesellschaft, Inhaberin der Marke „Amadé“ und Mitglied der „Salzburger Sportwelt Amadé“. Der Erstbeklagte ist EDV-Dienstleister. Er ließ 1999 die nunmehr strittige Domain „amade.at“ registrieren und übertrug sie an die von ihm in den USA gegründete Firma Amade Incorporated (die nunmehrige Zweitbeklagte). Diese betrieb unter der Domain einen privaten E-Maildienst. Bereits im Jahr 2002 kam es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Damals wurde zunächst der Antrag auf EV vom OGH¹ im Hinblick auf den Inhalt der Website (Mailprogramm), der die Marke der Klägerin nicht berührte, im Provisorialverfahren letztinstanzlich abgewiesen. Danach wurde auch die Klage im Hauptverfahren vom LG Salzburg² mangels Vorliegens von Domaingrabbing rechtskräftig abgewiesen.

Im nunmehrigen Verfahren erließ das Erstgericht die auf Unterlassung gerichtete Einstweilige Verfügung; das Rekursgericht bestätigte. Die Rechtsauffassung des OLG Linz bestand zusammengefasst darin, die beklagten Parteien hätten die klägerischen Marken Nr. 121.851 (AMADÉ) und Nr. 123.788 (Sportwelt AMADÉ), sowie die beiden Wort-Bild-Marken Nr. 180.808 „Sportwelt AMADÉ“ und Nr. 180.820 „Salzburger Sportwelt AMADÉ“ verletzt, weil sie unter der strittigen Domain fremde Inhalte hosteten (wörtlich: „... auch wenn die Beklagten letztlich nur Speicherplatz zur Verfügung stellen.“), die im weitesten Sinne dem Fremdenverkehr zuzuordnen wären.

Zu prüfen war also letztlich, ob die beklagten Parteien durch den geänderten Websiteinhalt, d.h. den Betrieb einer Plattform zur Vermittlung und Buchung von Hotels und Unterkünften, die genannten klägerischen Markenrechte verletzen?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen und gab dem außerordentlichen Revisionsrekurs keine Folge. Mit der Änderung des Inhaltes der Website hatte sich der rechtserzeugende Sachverhalt im Vergleich zum früheren Verfahren insoweit geändert, als eine Unterlassungsklage eingeschränkt auf das Verbot des Betriebs einer Buchungs- und Vermittlungsplattform zulässig war. Die markenrechtliche Haftung ergab sich bereits aus der Innehabung der Domain und nicht aus dem Betrieb des Hostingdienstes auf der Website; der Inhalt der Website war insoweit lediglich für die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ausschlaggebend. Die unterschiedliche Schreibweise (Marke: „Amadé“; Domain: „amade“) beseitigte im Hinblick auf den ähnlichen Tätigkeitsbereich der Markeninhaberin bzw. ihrer Lizenznehmer nicht die Verwechslungsgefahr.

III. Kritik und Ausblick

Die vorliegende, eher knapp gefasste E erscheint verständlicher, wenn sich der Leser vergegenwärtigt, dass sie auf im Zulässigkeitspunkt des ao Revisionsrekurses gestellte Fragen gewissermaßen reflexartig antwortet, nämlich ob

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at, am Verfahren als BKV beteiligt.

¹ 13.3.2002, 4 Ob 56/02t – *amade.at I*, *ecolx* 2002/235, 598 (*Schanda*).

² 31.3.2004, 2 Cg 233/01s, abrufbar unter http://www.i4j.at/entscheidungen/lg_s2_233_01s.htm (besucht am 10.5.2005).

- die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zur **Haftung des Dienstbieters** für Rechtsverletzungen des Gestalters/Betreibers der vermittelten Inhalte widerspricht;³
- die angefochtene Entscheidung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung zur **Zulässigkeit von Informationsplattformen im Internet** widerspricht;⁴
- das Rekursgericht die **Dienstleistungs- und Warenähnlichkeit unrichtig beurteilt** und dabei die jüngste Rechtsprechung des **EuGH** zur Ähnlichkeit zwischen Dienstleistungen und den Waren oder anderen Dienstleistungen unbeachtet gelassen hat;⁵
- das Rekursgericht die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Informationsverbreitung und Domainverwendung durch den Beklagten im Hinblick auf die Vorentscheidung⁶ unrichtig beurteilt bzw. abgegrenzt hat (**Einwand der entschiedenen Sache**).
- das Rekursgericht die Voraussetzungen der **Markenrechtsverwirkung nach § 58 MSchG im Domainstreit** entgegen der Rsp⁷ unrichtig beurteilt hat .

In Beantwortung dieser aufgeworfenen Revisionsfragen durch das Höchstgericht treten zumindest zwei über den Einzelfall bemerkenswerte Leitsätze hervor, die eingangs in 2. und 3. wiedergegeben sind.

Ausblick: Schon wegen der Rechtsfolgenseite – zwischenzeitig wurde der Unterlassungsanspruch anerkannt und nach Einrichtung des nach wie vor zulässigen Betriebs eines weltweiten e-Mail-Dienstes unter <http://www.amade.at> das Beseitigungsbegehren iSe Domainlöschung bestritten – wird das Verfahren weiter geführt. Über den Ausgang dieses den Gegenstand des Hauptverfahrens⁸ bildenden Streitpunktes darf der interessierte Leser gespannt sein.

IV. Zusammenfassung

Die Änderung des zu einer Domain gehörigen Websitinhalt kann durchaus einen neuen rechtserzeugenden Sachverhalt schaffen, da insoweit die markenrechtliche Verwechslungsgefahr anhand dieses geänderten Inhalts neuerlich zu prüfen ist. Gerät der Domaininhaber dadurch in den Schutzbereich des Markeninhabers muss er die weitere Nutzung dieses Contents unterlassen. Selbst erfolglose frühere Prozessführungen verhindern eine Verwirkung iSd § 58 MSchG.

³ OGH 6.7.2004, 4 Ob 66/04s – *megasex.at*, ecolex 2004, 375/799 (*Tonninger*) = ecolex 2005, 202 (*Zankl*) = MR 2004, 274 (*Hasberger*) = RdW 2004/612, 666.

⁴ OGH 20.5.2003, 4 Ob 47/03w – *adnet.at II*, ÖBl 2003/74, 271 (*Fallenböck*) = MR 2004, 65 = wbl 2003/308, 542 (*Thiele*).

⁵ EuGH 7.7.2005, C-418/02 – *Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG*, nv.

⁶ OGH 13.3.2002, 4 Ob 56/02t – *amade.at I*, ecolex 2002/235, 598 (*Schanda*).

⁷ OGH 8.2.2005, 4 Ob 226/04w – *omega.at*, wbl 2005/157, 286 = JUS Z/3973 = JUS Z/3974 = RdW 2005/536, 469 (*Fraiss*) = RdW 2005/562, 489 = ecolex 2005/403, 849 (*Braunböck*) = ÖBl 2005/40, 178 (*Gamerith*).

⁸ Wohl: *amade.at III*.