

RECHT & RFG FINANZEN FÜR GEMEINDEN

Mit Steuer-
Radar

Herausgeber Robert Hink, Alois Steinbichler
Schriftleitung und Redaktion Markus Achatz, Peter Pilz
Redaktion Alexander Enzinger, Christoph Grabenwarter, Raimund Heiss,
Ferdinand Kerschner, Wolfgang Meister, Alfred Riedl

September 2009

03

109 – 156

Schwerpunkt

Pflege und Betreuung

Schülerhort und Vorsteuerabzug *Raimund Heiss* ↻ 112

Der Heimvertrag im Überblick *Gunther Liebhart* ↻ 115

Sind wir reif für S/HMO-PPP? *Bernhard Rupp* ↻ 120

Beiträge

Die neue Abgabenordnung *Dietmar Pilz* ↻ 124

Rechtsprechungsänderung bei Domainnamen *Clemens Thiele* ↻ 152

Getränkesteuer – the never-ending story II *Otto Taucher* ↻ 130

Steuerliche Beurteilung einer „gemeinnützigen“ GmbH
Bernhard Renner ↻ 137

Aktuelle Judikatur der Höchstgerichte *Otto Taucher* ↻ 143

Kommunale Wirtschaftsförderung und EU-Beihilferecht
Florian Oppitz ↻ 147

Rechtsprechungsänderung zugunsten von Gemeinden bei Domainnamen

RFG 2009/34

§§ 43, 335, 867
ABGB

OGH 24. 3. 2009,
17 Ob 44/08 g,
justizwache.at

Namensdomain;
unbefugte
Domain-
anmeldung;
Namens-
anmaßung

Vor ca zehn Jahren, als das Internet in vielen Gemeindestuben noch keinen Platz hatte, machten findige Geschäftsleute mit schwunghaftem Domainhandel groß Kasse. Erst spät erkannten Bürgermeister das Potenzial einer eigenen Domain nach dem Muster „gemeindenname.at“ und mussten zT langwierige Streitigkeiten (erfolgreich) ausfechten.

Von Clemens Thiele

Inhaltsübersicht:

- A. Alte Rechtsprechung
- B. Anlassfall für die Rechtsprechungsänderung – *justizwache.at*
- C. Die Entscheidung des Gerichts
- D. Schlussfolgerungen für die Praxis
- E. FAQs
 1. Wer ist Inhaber der gewünschten Domain?
 2. Wie sind die Domainansprüche geltend zu machen?
 3. Ist eine Klagsführung unvermeidbar?
 4. Wie erfolgt eine Domainübertragung?
 5. Sind nach der schriftlichen Übertragung (durch Telefax) noch weitere Schritte für die Domainerlangung zu setzen?
 6. Was passiert bei Ablehnung der Domainübertragung oder Nichtantwort innerhalb der gesetzten Frist?
 7. Gilt das „justizwache.at“-Urteil auch für andere Top-Level-Domains, wie .com, .org, .net oder .eu?
 8. Besteht eine Besonderheit für gleichnamige Domaininhaber?
 9. Werden für die Klagsführung besondere rechtliche Voraussetzungen benötigt?

10. Wann liegt eine rechtswirksame Genehmigung der Gemeinde zur Domainnutzung durch den bisherigen Inhaber vor?
- F. Zusammenfassung

A. Alte Rechtsprechung

Der spektakulärste Fall war jener der Tennengauer Gemeinde Adnet: Ein Bürger verteidigte die für den Zugang zum Internet wie geschaffene Domain „adnet.at“ gleich zwei Mal bis zum OGH. Im Jahr 2003 hielt der 4. Senat des OGH ausdrücklich fest: *„Im vorliegenden Fall hat der Beklagte [Anm: Gemeindebürger] auf der Startseite seiner Website einen Link zur Website der Klägerin [Anm: Gemeinde] eingerichtet und er weist auch ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei seiner Website nicht um die offizielle Website der Gemeinde Adnet handelt. Damit ist, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, eine Zuordnungsverwirrung [Anm: Namensverletzung] ausgeschlossen.“*¹⁾ Durch Hinzufügen eines Disclaimers konnten also die „gegrabten“ Domains gewissermaßen immunisiert werden.

1) OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 47/03 w., *.adnet.at II*, ÖGZ 2003 H 10, 84 = wbl 2003/308 (krit Thiele) = RdW 2003/470 = ÖBl 2003/74 (krit Faltenböck) = MR 2004, 65.

Im Jahr 2009 hat der 17. Senat des OGH mit einem höchst bemerkenswerten Urteil die Rechtslage zugunsten der österr Gemeinden gedreht.

B. Anlassfall für die Rechtsprechungsänderung²⁾ – *justizwache.at*

Der spätere Beklagte war Inhaber der Domain „justizwache.at“ und zugleich als Justizwachebeamter in seiner Personalvertretung engagiert. Er betrieb seit 2007 unter der zugehörigen Website eine „Internetplattform“, die sich zT kritisch mit Maßnahmen der Ressortleitung im Bereich des Strafvollzugs auseinandersetzte. Er hatte von seinen Internetaktivitäten weder seinen Dienstgeber informiert, noch beim Justizministerium um Genehmigung für die Nutzung des Begriffs „Justizwache“ angesucht. Nach Abmahnung durch die Republik Österreich setzte er in der Folge einen Vermerk auf die Homepage, dass es sich nicht um die offizielle Seite der Justizwache handelte. Die Finanzprokuratur begehrte namens der Republik Unterlassung und Löschung der Domain „justizwache.at“, da dem Begriff „Justizwache“ für einen uniformierten Wachkörper des Bundes Namensfunktion zukäme. Der Beklagte wendete ein, dass er bereits auf der Startseite darauf hinweise, dass es sich um keinen Internetauftritt des Bundesministeriums für Justiz oder einer sonst „offiziellen Stelle des Bundes“ handele. Allen Justizwachebeamten wäre bekannt, dass „offizielle Adressen“ die Second-Level-Domain „.gv“ enthielten, welche ohnehin den Gebietskörperschaften vorbehalten wären. Schließlich würde ein Verbot und erst recht eine Löschung der Domain seine Meinungsäußerungsfreiheit ungebührlich beschränken.

C. Die Entscheidung des Gerichts

Alle drei Instanzen gaben der Klage statt. Der Beklagte nutzte in unbefugter Weise, dh ohne Genehmigung der Klägerin, die der Republik Österreich als Rechtsträgerin zugewiesene Bezeichnung „Justizwache“ als Name.

Der OGH wiederholt zunächst die Leitgedanken seiner bisherigen Rsp³⁾ im Kennzeichenkonflikt zwischen Domains und dem Namensrecht. Gerade für die Verwendung von Ortsnamen als Domains liegt dann kein rechtswidriges Ausnutzen des Namens einer Gemeinde vor, wenn ein „Interessengleichklang“ zwischen dem Namensträger und dem Domaininhaber besteht.⁴⁾ Demnach kommt es allein auf den Inhalt der unter der strittigen Domain ins Netz gestellten Website an. Im zweiten Versuch⁵⁾ scheiterte die Tennengauer Gemeinde nämlich, weil der beklagte Gemeindebürger, ebenso wie die Gemeinde als Kläger, Adnet und seine Umgebung attraktiv erscheinen lassen [wollten], um den Fremdenverkehr zu fördern. Es konnte damals auch nicht davon gesprochen werden, dass der Beklagte durch die Verwendung des Ortsnamens als Domainnamen einen Vorteil erlange, der ihm nicht zukäme. Damit war eine Verletzung schutzwürdiger Interessen der Gemeinde zu verneinen. Die Domainregistrierung durch den Beklagten hinderte die Gemeinde auch nicht – so die Höchstrichter noch im Jahr 2003 – unter einer

nur aus ihrem Namen gebildeten Domain im Internet, allerdings in der Gebietskörperschaften vorbehaltenen Second-Level-Domain „.gv“ (adnet.gv.at), aufzutreten.

Im Jahr 2009 trifft der OGH jedoch folgende bemerkenswerte Aussagen: „Bei neuerlicher Prüfung kann die zuletzt genannte Differenzierung nicht aufrecht erhalten werden. Die Anschauung des Verkehrs hat sich hier weiterentwickelt: **Wird ein Name ohne weiteren Zusatz als Domain verwendet, so nehmen die angesprochenen Kreise an, dass der Namensträger – in welcher Weise auch immer – hinter dem Internetauftritt steht; damit tritt unabhängig von dessen Inhalt eine Zuordnungsverwirrung ein. Diese Auffassung ermöglicht im Regelfall eine klare Lösung namensrechtlicher Domainstreitigkeiten. Demgegenüber führt eine Bedachtnahme auf den möglichen Interessengleichklang zu erheblicher Rechtsunsicherheit,⁶⁾ ohne dass dies durch schwerwiegende Erfordernisse des Schutzes von Domaininhabern gerechtfertigt wäre.**“

D. Schlussfolgerungen für die Praxis

Mit dem vorliegenden Urteil hat der OGH eine **bemerkenswerte Judikaturwende** vollzogen, die alle Namensträger, insb aber die österr Gemeinden stärkt. Die bislang eher unwägbarere Entscheidungspraxis in Domainnamensstreitigkeiten hat sich zugunsten einer im Regelfall **klaren Lösung** geändert.

Es kommt also nicht mehr auf den Inhalt (sog Content) der unter der strittigen Domain abrufbaren Website an. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Verwendung eines fremden Namens als eigene Internet Domain erst dann zulässig ist, wenn

→ die Erlaubnis des Namensträgers zur konkreten Nutzung **oder**

→ ein Fall der Gleichnamigkeit

vorliegt, weil sich der Domaininhaber allein durch die Registrierung das Recht der Namensführung unbefugt anmaßt.

Viele Gemeindeordnungen sehen vor, dass derartige Gestattungen der Schriftlichkeit bedürfen und idR einen Gemeindevertretungsbeschluss erfordern. Die Verwendung eines Domainnamens kann durchaus ähnlich der Verwendung eines Gemeindepappens gesehen werden.⁷⁾ →

2) OGH 24. 3. 2009, 17 Ob 44/08 g, *justizwache.at*, jusIT 2009/40,90 (Thiele) = ÖGZ 2009,55.

3) OGH 21. 12. 1999, 4 Ob 320/99 h, *ortig.at*, MR 2000, 8 = eclex 2000/98 (Schanda) = wbl 2000/87 = ÖJZ-LSK 2000/107 = ÖBl 2000, 134 (Kurz) = RdW 2000/296 = EvBl 2000/113 = ARD 5224/29/2001 = SZ 72/207; OGH 25. 9. 2001, 4 Ob 209/01 s, *bundesheer.at II*, wbl 2002/64 = MR 2001, 411 (Korn) = RdW 2002/127 = eclex 2002/82 (Schanda) = JUS Z/3295 = ÖBl 2002/27 (Kurz) = SZ 74/161; OGH 14. 2. 2006, 4 Ob 165/05 a, *rechtsanwälte.at*, wbl 2006/132 (Thiele) = MR 2006, 215 (Korn) = eclex 2006/287 (Schachter) = Zak 2006/348 = RdW 2006/468 = ÖBl 2006/65 (Fallenböck); dazu Thiele, Von 1000 Rosen nach tirolcom.at, MR 2007, 103.

4) OGH 20. 5. 2003 4 Ob 47/03 w, *adnet.at II* (FN 1); vgl auch OGH 16. 12. 2003 4 Ob 231/03 d, *serfaus.at*, wbl 2004/95 (Thiele) = RdW 2004/242 = eclex 2004/219 (Schumacher) = ÖGZ 2004 H 5, 58 = ÖBl 2004/45 (Fallenböck).

5) OGH 20. 5. 2003, 4 Ob 47/03 w, *adnet.at II* (FN 1).

6) Vgl etwa Thiele, Entscheidungsanmerkung, wbl 2004, 196 (198); *Fallenböck*, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2004, 171 (173).

7) Vgl BGH 28. 3. 2002, IZR 235/99, zum Namensschutz für das „Düsseldorf Stadtappen“.

E. FAQs

Im Folgenden soll anhand von häufig gestellten Fragen (FAQ) der Weg zur Wunschdomain aufgezeigt werden:

1. Wer ist Inhaber der gewünschten Domain?

Bei den „.at“-Domains, auf die das justizwache.at-Urteil des OGH zugeschnitten ist, kann unmittelbar online geprüft werden, wer der derzeitige Inhaber der Domain ist. Es handelt sich um jene juristische oder natürliche Person, die im sog „Description-Eintrag“ (international) bzw „Domaininhaber-Feld“ (.at-Domains) im Online-Register der nic.at Internet Verwaltungs- und BetriebsgmbH aufscheint (s Abbildung 1).

Dieses Register kann unter der Adresse www.nic.at durch Eingabe der Domain abgefragt werden. Lediglich dieser Domaininhaber ist Ansprechpartner für die Herausgabe der Wunschdomain.

Eine ähnliche Einrichtung, – die nic.at GmbH ist die Vergabestelle für österr .at-Domains – besteht auch für deutsche und schweizer Domains, die ähnliche Register führen. Für generische Top-Level-Domains (zB .com, .net, .org oder .info) empfiehlt sich eine Überprüfung über einen Providerdienst, wie beispielsweise www.domainname.at oder www.whois.com oder www.iks-jena.de/cgi-bin/whois

2. Wie sind die Domainansprüche geltend zu machen?

Gleichgültig, wo sich der Domaininhaber befindet, durch den Eintrag im jeweiligen Domainregister muss er zumindest über eine E-Mail-Adresse, meist auch über eine Faxnummer, verfügen. Die Ansprüche der jeweiligen Gemeinde können durch ein einfaches Aufforderungsschreiben geltend gemacht werden. Eine sichere

Übermittlung (zB Nachweis durch Senderbericht bzw E-Mail-Bestätigung oder eingeschriebene Postsendung) ist zu empfehlen. Dies gilt auch für den Fall, dass sich der Domaininhaber im Ausland befindet.

Bei österr und deutschen Domains besteht die Möglichkeit, einen sog „Wartestatus“ zu setzen. Man sollte daher das Aufforderungsschreiben auch an die zuständige Domainvergabe übermitteln (per Telefax), um zu verhindern, dass die österr Wunschdomain in der Zeit der Anspruchstellung übertragen wird. Dieser Wartestatus gilt bei .at-Domains für maximal vier Wochen und kann um weitere vier Wochen einmal über neuerlichen Antrag bei nic.at verlängert werden. Ein neuerlicher Wartestatus ist dann ohne Klagsführung nicht mehr möglich. Die DENIC, die deutsche Domainvergabe, hat ein ähnliches Instrument durch den „Dispute-Eintrag“ geschaffen. Bei internationalen Domains, wie beispielsweise „.ag“, „.info“ oder „.com“, besteht keine derartige Möglichkeit.

3. Ist eine Klagsführung unvermeidbar?

Nein; Stimmt der Domaininhaber schriftlich einer Übertragung der Wunschdomain innerhalb der durch die im Aufforderungsschreiben gesetzten Frist zu, erübrigt sich eine Klagsführung. Bei .at-Domains führt lediglich aber eine Klagsführung zur Verlängerung des Wartestatus.

4. Wie erfolgt eine Domainübertragung?

Die (außergerichtliche) Domainübertragung bedarf bei den meisten Domainvergabestellen eines gemeinsamen Formularantrags des bisherigen Domaininhabers und des neuen Domaininhabers. Ein entsprechender Musterantrag ist bei der nic.at GmbH für .at-Domains unter www.nic.at Änderung & Uebertragung abrufbar.

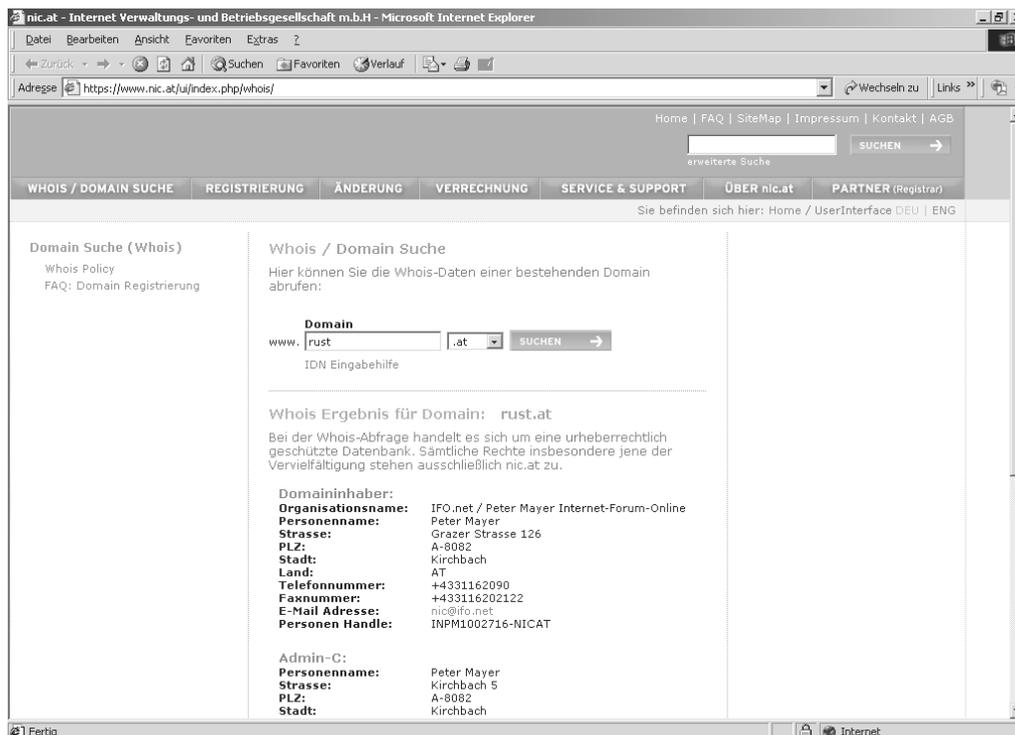


Abbildung 1: Whois-Suche für „rust.at“

5. Sind nach der schriftlichen Übertragung (durch Telefax) noch weitere Schritte für die Domain Erlangung zu setzen?

Ja; Es bedarf der technischen Übertragung der Domain. Dies bedeutet, dass ein Providerwechsel stattfinden sollte. Die Domain sollte auf den EDV-Dienst der jeweiligen Gemeinde bzw deren Provider „verlegt“ werden. Dies erfolgt in der Praxis durch Änderung der DNS-Einträge. Dabei ist der jeweilige Provider des Vertrauens gerne behilflich.

6. Was passiert bei Ablehnung der Domainübertragung oder Nichtantwort innerhalb der gesetzten Frist?

Diesfalls kann ohne gerichtliche Klage die Domainübertragung nicht mehr erfolgen. Der Gerichtsstand bei Domaininhabern aus der EU oder österr Domaininhabern liegt bei österr Gerichten (vgl Art 5 Z 3 EuGVVO/LGVÜ). Bei Domaininhabern aus Nicht-EU-Ländern ist der Gerichtsstand in Österreich, wenn es um eine „.at“-Domain geht (vgl § 99 JN). In allen anderen Fällen müsste im Ausland geklagt werden.

7. Gilt das „justizwache.at“-Urteil auch für andere Top-Level-Domains, wie .com, .org, .net oder .eu?

Die bisherige Rsp unterscheidet die einzelnen Top-Level-Domains nicht. Nach Auffassung des OGH sind die Netzbezeichnungen www. und die Top-Level-Domains (zB .at oder .com), die keinen zwingenden Hinweis auf den Namensträger geben, namensrechtlich ohne Belang. Der deutsche Bundesgerichtshof hat bereits 2006 entschieden, dass der Name einer Gebietskörperschaft ohne weitere Zusätze geschützt ist, und auch in der Verwendung der Domain „solingen.info“ (BGH 21. 9. 2006, I ZR 201/03 NJW 2007, 682) eine unberechtigte Namensanmaßung zum Nachteil der Stadt Solingen liegt.

8. Besteht eine Besonderheit für gleichnamige Domaininhaber?

Ja; da die Verwendung des eigenen Namens als Internetdomain, zB „linz.at“ für einen Herrn Roland Linz, grundsätzlich erlaubt ist. Es kommt in diesem Fall auf das sog Prioritätsprinzip an, dh wer die älteren Rechte an dem Namen geltend machen kann. Die deutsche Rsp stellt für die Beurteilung der Priorität auf den Domain-Registrierungszeitpunkt ab, bevorzugt also gleichnamige Domaininhaber. Die österr Gerichte stellen demgegenüber auf denjenigen ab, der im Offline-Bereich die älteren Rechte hat. Dies ist im Regelfall also

die jeweilige Gemeinde. Zu denken ist aber auch an Firmen bzw Unternehmen, die älter als manche Orte sind. Nach Eingemeindungen kommt die jeweilige Gemeinde als Rechtsträger des Ortsteilnamens in Betracht.

9. Werden für die Klagsführung besondere rechtliche Voraussetzungen benötigt?

Nach den zivilprozessualen Bestimmungen in Österreich erfordert eine Klagsführung gegen den Domaininhaber einen Beschluss der jeweiligen Gemeindevertretung. Die einzelnen Anforderungen richten sich nach den jeweils anwendbaren Gemeindeordnungen der Bundesländer.

10. Wann liegt eine rechtswirksame Genehmigung der Gemeinde zur Domainnutzung durch den bisherigen Inhaber vor?

Eine rechtswirksame Erlaubnis des Namensträgers zur konkreten Nutzung der Domain liegt dann vor, wenn ein diesbezüglicher Gemeinderatsbeschluss besteht, da § 867 ABGB insoweit auf die verwaltungsrechtlichen Vorschriften verweist. Die bloße (mündliche) Gestattung durch den Bürgermeister oder ein sonstiges Gemeinderatsmitglied genügt nicht. Im Fall einer schriftlichen Gestattung sind Befristungs- bzw Kündigungsmöglichkeiten zu prüfen, sowie allfällige Zahlungsverpflichtungen bei (vorzeitiger) Beendigung.

F. Zusammenfassung

Mit dem vorliegenden Urteil hat der OGH seine Judikatur in namensrechtlichen Domainstreitigkeiten zugunsten der öffentlich-rechtlichen und privaten Namensträger geändert. Für die Verwendung von Ortsnamen als Domain hält der OGH ausdrücklich fest, dass wegen des unlauteren Anlockungseffekts dem Domaininhaber zugemutet wird, die Zustimmung des Rechtsträgers zur Nutzung des Namens einzuholen. Österr Gemeinden müssen sich daher nicht mehr auf die ihnen vorbehaltenen Second-Level-Domain „gv“ verweisen lassen, da die rechtswidrige Namensanmaßung jedenfalls schon mit der Registrierung einer nur aus ihrem Namen gebildeten Domain eintritt. Inwieweit diese neue Rsp auch für andere Top-Level-Domains wie zB „.info“ oder „.com“ gilt, wird die Zukunft zeigen. Neben dem Verbot der Domainverwendung kann auch eine Domainlöschung und nach der hier vertretenen Auffassung auch eine Domainübertragung bei „.at-Domains“ durchgesetzt werden.

→ In Kürze

Nach nunmehr geänderter Rsp des OGH gilt auch im virtuellen Namensraum der Grundsatz: „Wo www.linz.at drauf steht, muss auch die Stadt Linz online drin sein.“

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Clemens Thiele, LL. M. Tax (GGU), ist Rechtsanwalt und Gründer der Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg.
Kontaktadresse: Dr. Franz-Rehr-Platz 7, 5020 Salzburg
Tel: +43 (662) 628037-0
Fax: +43 (662) 628037-22
E-Mail: Anwalt.Thiele@eurolawyer.at
Internet: www.eurolawyer.at



Vom selben Autor erschienen:
Sponsoring (2000)

Links:

www.nic.at
www.domainname.at
www.whois.com
www.iks-jena.de/cgi-bin/whois



→ Literatur-Tipp



ÖBI 2009, 229 (Heft 5) Besprechung
der Entscheidung von Helmut Gamerith

Kennenlern-Abo:
www.juristischer-biss.at/oebl

MANZ Bestellservice:
Tel: (01) 531 61-100,
Fax: (01) 531 61-455,
E-Mail: bestellen@manz.at