

K&R Kommentar

Von Rechtsanwalt Dr. Thomas Höhne, Wien*

865 Pistenkilometer, erschlossen durch 276 Seilbahnen – das lässt das Herz eines jeden Skifahrers höher schlagen. Jene acht Salzburger Skiorte, die dies zu bieten haben, haben schon vor langer Zeit den Vorteil erkannt, der im „Branding“ einer Region liegt, und haben sich zur „Sportwelt Amadé“ zusammengeschlossen. Die Liftbetreiber-GmbH, die dieses Projekt von Anfang an vorantrieb, hatte die Wortmarken „Amadé“ und „Sportwelt Amadé“ für sich registrieren lassen und stellt sie dem Konsortium jener Lift- und Seilbahngesellschaften, die als „Sportwelt Amadé“ auftreten, zur Verfügung. Dass es in einer Internet-Streitigkeit ausgerechnet ein Peter Url (sic!) ist, der bei der österreichischen Registrierungsstelle nic.at die Domain „amade.at“ anmeldete, ist die nicht-juristische Pointe an dieser Geschichte. Die juristische Pointe besteht darin, dass der Inhaber der Marke „Amadé“ sich gegen diese Domain nicht, wie man nach der bisherigen Rechtsprechung hätte meinen können, auf jeden Fall mit der Keule des Lösungsanspruchs wehren kann. Spätestens jetzt ist klar gestellt, dass auch in Österreich in Domain-Streitigkeiten mit der feinen Klinge gefochten wird: Es kommt auf den Inhalt der durch die Domain bezeichneten Website an. So neu ist das aber wiederum auch nicht.¹

Doch der Reihe nach: Noch die Unterinstanzen hatten sich an der bisherigen OGH-Rechtsprechung orientiert, die davon ausging, dass der Anspruch, einem anderen die Nutzung einer bestimmten Domain (und sei es auch nur in einem bestimmten Kontext) zu verbieten, sozusagen automatisch den Anspruch auf Löschung der Domain nach sich ziehe, da ja nicht ausgeschlossen werden könne, dass der in die Markenrechte des Klägers eingreifende Domaininhaber neuerlich einen Inhalt auf seine Website setze, der eine Markenverletzung darstelle. Bei dieser scheinbaren „Automatik“ des Lösungsanspruchs war schon bisher in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass diese nicht schlechthin zu greifen habe – und zwar zu Recht. Es ist zwar richtig, dass nach § 52 Abs. 1 MSchG der Markenverletzer zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands verpflichtet ist, doch setzt dieser Anspruch einen rechtswidrigen Zustand voraus. In der Vorjudikatur war aber entweder ein derartiger rechtswidriger Zustand tatsächlich gegeben – oder er wurde (das ist allerdings Ansichtssache) konstruiert (dazu weiter unten). Wesentlich für den vorliegenden Sachverhalt ist allerdings, dass die Beklagten jene Inhalte, die mit den für die Marke der Klägerin registrierten Klassen kollidierten, nämlich eine Hotel-Buchungsplattform, vor Schluss der mündlichen Verhandlung entfernten hatten. Hinsichtlich dieser spezifischen Nutzung der Domain verfügte die Klägerin bereits über ein Anerkennsurteil.

Im vorliegenden Fall prüft der OGH nun, ob denn dann überhaupt noch ein rechtswidriger Zustand vorliege. Das Verbotrecht des § 10 MSchG bezieht sich nur auf Waren oder Dienstleistungen, die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist; auf ähnliche Waren oder Dienstleistungen dann, wenn Verwechslungsgefahr besteht. Was es bedeutet, ein Zeichen zu benutzen, erklärt

§ 10 a MSchG – die bloße Registrierung ist grundsätzlich keine Benutzung. Das bloße Halten einer Domain ebenfalls nicht.² Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen Domain und Marke ist, so der OGH schon bisher, auf den Inhalt der Website abzustellen, die Registrierung allein genügt nicht. Da aber eben die rechtswidrigen Inhalte bereits entfernt waren und die Klägerin von vornherein gar nicht mehr als die Beseitigung dieses – die Verwechslungsgefahr begründenden – Zustands hätte verlangen können, kann der OGH keinen Raum für einen auf den Ausschließlichkeitsanspruch des Markeninhabers gestützten Beseitigungsanspruch (§ 10 MSchG) sehen.

Eine analoge Anwendung von § 52 Abs. 2 MSchG – Vernichtung der Eingriffsgegenstände – kommt für den OGH auch nicht infrage. Denn bei den in dieser Norm genannten Gegenständen, die mit dem rechtswidrigen Zeichen gekennzeichnet sind, und bei den Geräten, die zu deren Herstellung dienen, handelt es sich um solche, die deren Besitzer ohnedies nicht mehr nutzen darf. Für den verletzten Markeninhaber ist es jedoch wichtig, dass diese Gegenstände unbrauchbar gemacht werden, verkörpern diese doch geradezu den Tatbestand des Eingriffs. All dies legt die Vernichtung nahe. Anders ist dies bei einer Domain. Ist erst einmal der mit dem Anwendungsbereich der Marke kollidierende Inhalt beseitigt, so verbleibt die bloße Domain. Diese aber begründet noch nicht die typische Gefahr, dass der ehemalige Verletzer abermals rechtswidrig handelt. Da dem Domaininhaber nach materiellem Recht das Halten der Domain nicht verboten ist, wäre der bloß präventive Unterlassungsanspruch überschießend und ginge weiter als im Marken- oder Wettbewerbsrecht. Ausnahme: Den Lösungsanspruch gibt es doch, wenn schon der Erwerb der Domain rechtswidrig war, also beim Domain-Grabbing i.e.S. Ergebnis: Bei Kollision zwischen Marke und Domain ist grundsätzlich der Inhalt der Website beachtlich; ist dieser nicht rechtswidrig, so wird dem Markeninhaber kein Lösungs- bzw. Beseitigungsanspruch zugestanden, bloß um den Domaininhaber an künftigen Eingriffen zu hindern.

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Noch in jüngster Zeit hatte der OGH in ähnlichen Fällen judiziert, dass „die Nachhaltigkeit des erwirkten Unterlassungsgebotes nur dadurch sichergestellt werden könne, dass dem Verletzten auch ein Anspruch auf Beseitigung des störenden Zustands durch Abgabe einer Lösungs- bzw. Verzichtserklärung gegenüber der Registrierungsstelle zusteht“.³ In beiden Fällen merkten die Kommentatoren kritisch an, dass sich die Frage der Rechtsverletzung nach dem Inhalt der Website zu bestimmen habe. Im Fall kunstNET hatte der Be-

* Dr. Thomas Höhne ist Rechtsanwalt in Wien und Partner der Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH, www.h-i-p.at. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Einen allgemeinen Überblick über die jüngste Domain-Judikatur des OGH bietet Thiele, Von 1000 Rosen nach tirolcom.at, MR 2007, 103.
2 So schon OGH, 10. 7. 2007 – 17 Ob 9/07h – VKI, ecolex 2007, 784 (C. Schumacher) unter Verweis auf seine Vorjudikatur: 30. 1. 2001 – 4 Ob 327/00t – cyta.at, ÖBl 2001, 225 = wbl 2001, 339 (Thiele) und 19. 12. 2006 – 4 Ob 229/06i – 5 HTP, MR 2007, 103 (Thiele). Für eine differenzierte Betrachtungsweise Thiele, Urteilsanmerkung zu 4 Ob 101/02k – inet.at, wbl 2003, 45, der jedenfalls dann für die Vermutung des Handelns im geschäftlichen Verkehr plädiert, wenn ein Unternehmer eine Domain anmeldet, so auch Gessner, Kennzeichenrechtlicher Schutz von und für Domains, in: Forgó/Feldner/Witzmann/Dieplinger (Hrsg), Probleme des Informationsrechts(2003) 102, 110.
3 Vgl. OGH 13. 3. 2002 – 4 Ob 39/02t – kunsNET, ecolex 2002, 597 (Schanda), 16. 12. 2003 – 4 Ob 231/03d – serfaus.at, ecolex 2004, 464 (C. Schumacher).

klagte zwar die rechtsverletzenden Inhalte von seiner Website entfernt, dem Kläger aber hinsichtlich dieser Unterlassung keinen Titel (etwa in Gestalt eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs) verschafft⁴. Im Fall serfaus.at sah der OGH die Rechtswidrigkeit der Nutzung der Domain darin, dass der Domaininhaber unter Ausnutzung des Namens der klagenden Gemeinde Serfaus auch solche Internetnutzer auf seine Website bringen wollte, die in Wahrheit die Gemeinde Serfaus im Web suchten. Und im Fall Firm⁵ konnte der Kläger nicht nur auf eine bekannte Marke verweisen, der OGH erblickte auch zwischen den Tätigkeitsbereichen der Streitparteien keine durchgehende Branchenverschiedenheit.

Bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr sowie der Irreführungseignung hatte der OGH ja schon in der Vergangenheit auf den Inhalt der Website abgestellt, so etwa in rechtsanwaete.at.⁶ Dass der klagende österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) in diesem Verfahren obsiegte, obwohl die User durch den Inhalt der Startseite der konkurrierenden Website in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise darüber aufgeklärt wurden, dass dies nicht die Website der Standesvertretung der österreichischen Rechtsanwälte sei, hatte er der Annahme des OGH zu verdanken, dass die Domain „rechtsanwaete.at“ bekannt sei und dem ÖRAK zugeordnet sei. Deshalb werde diese Domain als Hinweis auf den österreichischen Rechtsanwaltskammertag verstanden und habe insoweit Unterscheidungskraft erlangt; mit der Domain „rechtsanwaete.at“ nutze der Beklagte die für den Kläger geschützte Bezeichnung dazu, das Interesse auf sein Suchportal und damit auf eine Aktivität zu lenken, mit der der Kläger nichts zu tun habe. Diesen Gedanken kennen wir auch schon aus der bundesheer.at II-Entscheidung⁷. Der Grundsatz, dass es dem User zumutbar sei zu erkennen, auf wessen Website er sich befinde, wird hier nur scheinbar anerkannt. In beiden Entscheidungen wurde gerade nicht mit § 10 Abs. 2 MSchG, der bekannten Marke, argumentiert. Dass eine Bundesheer-kritische Website die Bezeichnung „Bundesheer“ benutzt, ist nahe liegend. Es stimmt regelmäßig skeptisch, wenn mit Hilfe des Kennzeichenrechts die freie Meinungsäußerung eingeschränkt werden soll. Im ähnlich gelagerten Fall „oil-of-11.de“ hat das Gericht⁸ keine hinreichende Interessenverletzung des Mineralölunternehmens, das Produkte mit der Bezeichnung „elf“ vertreibt, gesehen. Mit dankenswerter Klarheit hielt das KG damals fest, dass die Namensverwendung auch durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein könne, und zwar je nach den Umständen auch in blickfangartiger Wiedergabe; ja es stehe eine besondere inhaltliche Gestaltung zur Erzielung einer größeren Öffentlichkeit unter dem Schutz des Art. 5 GG.

Dass man es auch anders – und vor dem Hintergrund der Meinungsäußerungsfreiheit nicht unbedingt richtiger – sehen kann, zeigt die bundesheer.at II-Entscheidung: Der Gerichtshof gesteht zu, dass der die Bundesheer-Website suchende User schon auf der Startseite aufgeklärt wird, dass er hier nicht an seinem Ziel ist und dass er zu diesem mittels Link geleitet wird, aber, so der OGH mit vorwurfsvollem Unterton, der User erlange auf diese Weise Kenntnis davon, dass ein Diskussionsforum „Bundesheer und Neutralität“ bestehe; jedenfalls werde auf diese Weise das Interesse an der Website des Beklagten geweckt. Beruhigt euch, besorgte Schützer der staatlichen Institutionen, möchte man den Höchststrichern zurufen, vielleicht ist ja

der Staat durch freie Diskussion besser geschützt als durch das Heer! Mit ähnlicher Argumentation stellte sich der OGH⁹ auch schützend vor den Rechnungshof, als die Republik gegen den Besitzer der Domain rechnungshof.at geklagt hatte, da dieser auf seiner Website Insiderwissen aus dem Rechnungshof auszuplaudern behauptete.

Überall dort, wo es daher um eine öffentliche Auseinandersetzung geht, sollte auch in Österreich das Argument des Ausnutzens der Bekanntheit des Markeninhabers und seiner Marke nicht ausreichen. Aber auch in jenen Fällen, in denen nicht das Grundrecht der Meinungsfreiheit bemüht werden kann, sondern kommerzielle Interessen im Vordergrund stehen, muss dieses Argument dann als ein bloß vorgeschobenes betrachtet werden, wenn es zwischen den Bereichen, für die die Marke registriert ist, und jenen, die Gegenstand der mit der gleichen oder ähnlichen Domain adressierten Website sind, keinerlei Berührungspunkte gibt. Das Prinzip, dass es auf den Inhalt der Website ankommt, sollte konsequent verwirklicht werden.¹⁰

Offen bleibt allerdings die Frage, wie es sich im Fall einer bekannten Marke verhielte. Der Grundsatz, dass das bloße Registrierhalten einer Domain keine Benutzungshandlung darstellt – was, anders gewendet, ja nichts anderes heißt, als dass es eben auf den konkreten Inhalt der Website ankommt – wird in Bezug auf bekannte Marken nicht schlechthin gelten, schützt § 10 Abs. 2 MSchG die bekannte Marke doch auch vor Verlust der Unterscheidungskraft durch Verwässerung. Auf Branchen- oder Warengleichheit sowie auf Verwechslungsgefahr kommt es dabei nicht an.¹¹

Vielleicht hätte der Kläger also behaupten sollen, dass „Amadé“ für sich allein ein bekanntes Zeichen sei. Dann hätte er den OGH, der sich prinzipiell höchst ungern mit Fragen beschäftigt, die er zur unmittelbaren Falllösung nicht braucht, dazu genötigt, sich damit auseinanderzusetzen, wie die Rechtslage bei der bekannten Marke i. S. d. § 10 Abs. 2 MSchG aussieht – wenn der Kläger diese Bekanntheit auch hätte beweisen können. So aber müssen wir mit Spannung auf den passenden Anlassfall warten.

4 Was *Schanda* in der Kommentierung dieser Entscheidung dazu veranlasst, diese Einschränkung – die Löschung könne nur begehrt werden, wenn der Beklagte nicht die Unterlassung anbiete – der Entscheidung sozusagen als Klammer voranzustellen, worüber sich der OGH jedoch ausgesprochen hatte.

5 OGH, 25. 5. 2004 – 4 Ob 36/04d – Firm, ÖBl 2004, 217 (*Gamerith*).

6 Vgl. OGH, 14. 2. 2006 – 4 Ob 165/05a – rechtsanwaete.at, ÖBl 2006, 272 (*Fallenböck*). Im Fall rechtsanwaltsportal.at, OGH, 20. 4. 2006 – 4 Ob 39/06y, ecolex 2006, 671 (*Schachter*) = MR 2006, 215 (*Korn/Korn*) war der ÖRAK weniger glücklich, hier sah der OGH keine sittenwidrige Rufausbeutung.

7 OGH, 25. 10. 2001 – 4 Ob 209/01s, – MR 2001, 411 (*Köll-Kirchmeyr, Korn*); vgl. dazu OGH, 13. 9. 2000 – 4 Ob 198/00x bundesheer.at I, MR 2000, 325 = ecolex 2001/2 (*Schanda*) = ÖBl 2001, 35 (*Kurz*).

8 KG Berlin, 23. 10. 2001 – 5 U 101/01 – oil-of-11.de, JurPC Web-Dok. 130/2002 Abs. 24 ff.

9 OGH, 22. 3. 2001 – 4 Ob 39/01s – rechnungshof.com, RdW 2001, 146 = wbl 2001, 495 (*Thiele*) = ÖBl 2001, 237 (*Kurz*).

10 Vgl. OLG, Köln, 1. 6. 2007 – 6 U 35/07 – aidu.de; BGH, 19. 7. 2007 – I ZR 137/04, K&R 2007, 524 ff. – Euro Telekom.

11 Vgl. *Stomper*, in: *Stomper* (Hrsg.), *Praxishandbuch Internetrecht* (2002) 24.

Hinweis der Redaktion:

Eine Bilanz der Rechtsprechung zum Domainrecht aus den Jahren 2006/2007 von *Härting/Reinholz* finden Sie in K&R 2007, 489 ff.