

Energierrecht

Energie-Versorgungssicherheitsgesetz

Ökostromgesetz-Novelle

Vergaberecht

Börsennotierte Gesellschaften

Ausschluss der Bezugsrechte

Unternehmensgesetzbuch

Übergangsbestimmungen für
Personengesellschaften

Grundstücks-Gesellschaften nach dem

Immobilien-Investmentfondsgesetz

Wegzeiten in der

Arbeitskräfteüberlassung

Verlustvortragsübergang bei

Umgründungen in Unternehmensgruppen

Neuerungen in der

Gemeinschaftsgerichtsbarkeit

Plädoyer für den Domain-Übertragungsanspruch

Obwohl von gewichtigen Stimmen in der Lehre gefordert, konnte sich der Domain-Übertragungsanspruch in der Rsp (noch) nicht durchsetzen. Zwar liegt noch keine ablehnende höchstgerichtliche E vor, der OGH zeigt sich aber bislang zurückhaltend.

AXEL ANDERL

A. VON OMEGA.AT ZU RECHTSANWAELTE.AT

Bereits zweimal wurde der OGH mit der Frage des Bestehens eines Domain-Übertragungsanspruchs konfrontiert.¹⁾ In beiden Fällen lehnte das Höchstgericht den Anspruch aus rein formalen Gründen ab. In der E omega.at fasste der OGH den Stand der österreichischen und deutschen Lehre und Judikatur zwar überblicksartig zusammen, gab aber keine eigene Wertung dazu ab. Beunruhigend ist die Ansicht des Höchstgerichts im zitierten Urteil, wonach *nach der österreichischen Rechtslage (...)* das praktische Bedürfnis an einem Anspruch auf Übertragung einer Domain gering [sei]: Wie ich im Folgenden darstellen werde, ist der Domain-Übertragungsanspruch vielmehr in der Praxis von grundlegender Bedeutung für den Schutz des in seinen Rechten Verletzten.²⁾

B. WARTESTATUS KEIN TAUGLICHER RECHTSBEHELFE

1. WARTESTATUS SICHERT NICHT DOMAIN

Richtig ist, dass die österreichische Domainregistrierungsstelle nic.at³⁾ nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens auf Antrag einer Partei den „Wartestatus II“ über eine streitverfangene Domain verhängt.⁴⁾ Damit ist für die Dauer des Verfahrens eine Übertragung der Domain an einen unbeteiligten Dritten unmöglich. Hier ist der Schutz des Wartestatus aber auch schon zu Ende: Die AGB der nic.at sehen keine weiteren Vorkehrungen zu Gunsten des Klägers vor. Insb wird die Domain nach erfolgreichem Durchdringen gegen den Domaininhaber nicht automatisch auf den Ob-siegenden übertragen. Gerichtsentscheidungen lauten derzeit grundsätzlich auf Einwilligung zur Löschung

der strittigen Domain. Von der nic.at wird die Domain nach Löschung schlicht zur öffentlichen Registrierung freigegeben. Der genaue Zeitpunkt der Verfügbarkeit der Domain ist nicht vorhersehbar. Die obsiegende Partei erhält weder ein Vorregistrierungsrecht noch wird sie über den genauen Zeitpunkt der Freischaltung der Domain informiert. Damit hängt die Registrierungsmöglichkeit vom Zufall statt von objektiven Kriterien ab: Derjenige, der den tatsächlichen Freigabetermin erahnt bzw zufällig zum richtigen Zeitpunkt den Antrag stellt, erhält die freigelegte Domain.⁵⁾ In der Praxis ist dies freilich oft nicht der obsiegende Kläger, sondern ein Dritter: So geschehen zB beim medienwirksamen Fall fpo.at II:⁶⁾ fpo.at wurde unmittelbar nach Freiwerden von einem unbeteiligten Dritten registriert, die gerichtlichen Be-

Dr. Axel Anderl, LL.M. (IT-Law), ist auf IT/IP-Recht und UWG spezialisierter Rechtsanwalt in der Kanzlei DORDA BRUGGER JORDIS in Wien. Kontakt: axel.anderl@dbj.at, www.dbj.at

- 1) OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04 w – omega.at – ecolex 2005, 403 (Braunböck); 14. 2. 2006, 4 Ob 165/05 a – rechtsanwaelte.at – wbl 2006, 132 (Thiele).
- 2) So auch schon Braunböck, ecolex 2005, 403 (Anm zu OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04 w). AA Fraiss, Übertragungs- und Lösungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2005, 471 (unten widerlegt).
- 3) Nic.at Internetverwaltungs- und Betriebsgesellschaft m.b.H., „nic.at“.
- 4) Pkt 2.3 der AGB der nic.at, Stand 1. 12. 2003, http://www.nic.at/service/rechtliche_informationen/agb/ (1. 8. 2006).
- 5) Provider können freilich durch wiederholtes Abschicken von Registrierungsanträgen „auf Verdacht“ bzw durch spezielle, die Verfügbarkeit von Domains regelmäßig überprüfende Programme die Wahrscheinlichkeit der Domainregistrierung für ihren Kunden erhöhen. Auch so ist eine erfolgreiche Domainregistrierung nicht garantiert, da ein Zutreffen eines Dritten – der sich ebenfalls dieser Dienste bedienen kann – weiter möglich ist.
- 6) OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01 p, ecolex 2002, 19 (Schanda), ecolex 2002, 189 (Anderl).

mühungen der politischen Partei wurden damit frustriert.⁷⁾ Auch die Domain rechtsanwaelte.at hat nach Beendigung des Rechtsstreits nicht den Weg zum obsiegenden Kläger gefunden. Als neuer Domaininhaber ist nun eine Gesellschaft mit Sitz in Port Vila, Vanuatu – einer Inselgruppe im Südpazifik – eingetragen. Mangels Vollstreckbarkeitsübereinkommen ist die Domain für den obsiegenden Kläger wohl verloren. Ein Schelm, der dabei Böses denkt ...

Der Wartestatus ist somit nicht geeignet, die Interessen des Klägers zu wahren. Der Frage des Bestehens eines direkten Übertragungsanspruchs kommt daher entgegen der Ansicht des OGH in seiner E omega.at große praktische Bedeutung zu. Wird der Anspruch abgelehnt, droht die Frustrierung des Gerichtsverfahrens. Damit besteht ein erhebliches Rechtsschutzdefizit zu Lasten des Klägers.

Aufgrund der Vergabepaxis der nic.at ist ein Kläger auch bei (mutwilliger) Löschung der Domain während eines anhängigen Gerichtsverfahrens schutzlos: In diesem Fall wird die Domain ohne Verständigung des Klägers zur allgemeinen Registrierung freigeschaltet. Der bisherige Domaininhaber kann in dieser Konstellation durch Bekanntgabe des Lösungsdatums an einen Strohmann die Domain gezielt dem Kläger entziehen und versuchen, diese einem Dritten zukommen lassen.⁸⁾

2. UNTERSCHIEDLICHE VERGABEPRAaxis IN Ö UND D

Wie der OGH in seiner E omega.at richtig feststellt, unterscheidet sich der Dispute-Eintrag der deutschen Domainvergabeestelle⁹⁾ vom „Wartestatus II“ der nic.at textlich nur hinsichtlich der unterschiedlichen Dauer der Übertragungssperre.¹⁰⁾ In der Vergabepaxis der beiden Registrierungsstellen bestehen allerdings wesentliche Unterschiede, die schließlich zu einem unterschiedlichen Ausmaß an Rechtsschutz führen: Bei einem Dispute-Eintrag rückt nach der Praxis der DENIC der Kläger bei Löschung der Domain automatisch als neuer Domaininhaber nach.¹¹⁾ Mit anderen Worten: Die deutsche Domainvergabeestelle räumt dem Kläger ein Vorrecht auf die in Streit gezogene Domain ein.¹²⁾ Damit ist sichergestellt, dass das Gerichtsverfahren nicht frustriert wird, sondern der Kläger schlussendlich die Domain tatsächlich erhält. Die Frage des Bestehens eines Domain-Übertragungsanspruchs für .de-Domains ist daher tatsächlich nur von akademischem Interesse. Wie bereits dargelegt, ist die Situation für die TLD „.at“ grundlegend anders: Mangels Sicherungsmechanismen in der Vergabepaxis entscheidet hier das Bestehen eines gerichtlich durchsetzbaren Übertragungsanspruchs über Haben oder Nichthaben der Domain.

Der Hinweis von *Fraiss*,¹³⁾ dass aufgrund des Übertragungsanspruchs vor dem WIPO Arbitration und Mediation Center oder der Streitschlichtungsstelle für .at-Domains keine Notwendigkeit für einen gerichtlichen Übertragungsanspruch besteht, geht ins Leere: Das offensichtlich angesprochene UDRP-Verfahren ist für Domains der TLD „.at“ nicht anwendbar.¹⁴⁾ Das Streitschlichtungsverfahren der nic.at hat aufgrund der notwendigen beiderseitigen Unterwer-

fung der Parteien bis heute keinerlei praxisrelevante Bedeutung erlangt.¹⁵⁾ Dass seit der Aufnahme der Schlichtungstätigkeit im März 2003 bisher lediglich zwei Entscheidungen ergangen sind, spricht eine deutliche Sprache.¹⁶⁾

3. BERECHTIGUNG DES ÜBERTRAGUNGSANSPRUCHS

a) Dogmatische Begründung

*Kucsko*¹⁷⁾ und *Brandl/Fallenböck*¹⁸⁾ haben vorgeschlagen, den Übertragungsanspruch mittels Analogie zum Übertragungsanspruch des § 30 a MSchG zu begründen. *Thiele*¹⁹⁾ stützt den Herausgabeanspruch auf § 1041 ABGB.

Ein Übertragungsanspruch kann aber auch auf Basis des Schadenersatzrechts argumentiert werden: Durch die unberechtigte Registrierung der Domain vereitelt der Beklagte rechtswidrig und schuldhaft die Domainregistrierung des eigentlich berechtigten Klägers und fügt diesem so einen Schaden zu. Zu prüfen ist, ob die Übertragung der Domain im Wege der Naturalrestitution gefordert werden kann. Die Rückversetzung in den vorigen Stand nach § 1323 ABGB, also vor das schädigende Ereignis, müsste prima facie auf Löschung der zu Unrecht registrierten Domain abzielen. Wie oben dargestellt, ist die bloße Löschung aber oftmals nicht geeignet, den eigentlich geschuldeten Zustand – nämlich die Registrierbarkeit der Domain für den Kläger – wiederherzustellen. Wie dargelegt, droht bei einer allgemeinen Freigabe der Domain die Registrierung durch einen Dritten. Daher ist ein Schadenersatzanspruch auf direkte Übertragung vertretbar, weil nur so die Verfügbarkeit der Domain für den Kläger erreicht werden kann. Auch im vergleichbaren Fall des Doppelverkaufs von Liegen-

- 7) Die Domain wird vom derzeitigen Domaininhaber nicht genutzt.
- 8) Auch hier ist es freilich möglich, dass die Domain schließlich von einem Dritten und nicht dem Strohmann registriert wird, da das genaue Freischaltdatum nicht vorhersehbar ist. Allerdings hat der Strohmann gegenüber dem Kläger den Wissensvorsprung, dass und wann die Domain gelöscht wurde und kann daher aktiv versuchen, die Domain zu registrieren.
- 9) DENIC Domain-Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft eG (DENIC).
- 10) Siehe Pkt 2.3 der DENIC-Domainbedingungen.
- 11) Die DENIC kommuniziert dieses Vorreservierung auch auf ihrer Website in den FAQ. Siehe http://www.denic.de/de/faqs/detail_61.html (30. 7. 2006). Das „Nachrückungsrecht“ gilt unabhängig davon, ob die Domain während des Verfahrens oder nach Erlass der E gelöscht wird. Damit ist auch das gezielte Übertragen der Domain auf einen Strohmann während des Verfahrens unterbunden.
- 12) Siehe auch *Thiele*, MR 2005, 493 (Anm zu OGH 8. 2. 2005, 4 Ob 226/04 w), sowie *Thiele*, Nochmals: Übertragungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2006, 73.
- 13) *Fraiss*, Übertragungs- und Lösungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2005, 471.
- 14) *Stomper* (Hrsg), Praxishandbuch Internet Recht 50.
- 15) *Anderl*, Streitschlichtungsverfahren für die TLD .at – Der Stein der Weisen? AnWBl 2002, 385.
- 16) <http://www.streitschlichtung.at/index.php?id=486> (31. 7. 2008).
- 17) Schmarotzen im Netz, ÖBl 1999, 1.
- 18) Zu den namens- und markenrechtlichen Aspekten der Domain-Namen im Internet, wbl 1999, 481 f.
- 19) *Thiele*, Shell gegen Shell, MR 2002, 198; *Thiele*, Nochmals: Übertragungsanspruch bei Domainstreitigkeiten, RdW 2006, 73.

schaften bejaht die neuere, stRsp einen direkten Anspruch des Erstkäufer gegen den Zweitkäufer auf Einverleibung seines Eigentums als Naturalersatz.²⁰⁾

Auch das Argument, dass ein Domain-Übertragungsanspruch am fehlenden absoluten Recht an der Domain scheitert bzw zu einer Besserstellung des Klägers vor anderen Gleichberechtigten führen würde, geht ins Leere:²¹⁾ Durch die Domain-Übertragung wird schließlich die Domain nicht endgültig übertragen. Der Kläger erhält vielmehr nur ein relatives Recht an der Domain: Dritte, die ein stärkeres Recht an der Domain behaupten, können ihrerseits gegen den neuen Domaininhaber vorgehen und die Übertragung erwirken. In der Kette führt dies dazu, dass schlussendlich der Bestberechtigte die Domain erhält. Auch ist in Lehre und Judikatur ein Schadenersatzanspruch des Geschädigten gegen den in seine (relativen) Forderungsrechte Eingreifenden unbestritten.²²⁾ Die Beeinträchtigung des fremden Forderungsrechts liegt dabei nicht nur bei Erwirken eines Vertragsbruchs bei einem Dritten, sondern bereits bei Vereiteln der schlichten Leistungsbewirkung in Kenntnis des fremden Forderungsrechts vor.²³⁾ Somit kann man von einer absoluten Außenwirkung des (relativen) Rechts gegenüber Dritten sprechen, dritte Personen dürfen das Recht des Gläubigers nicht für sich in Anspruch nehmen.²⁴⁾ Wenn aber ein Dritter nun unberechtigterweise und damit schuldhaft die Domain für sich beansprucht, vereitelt er die Leistungsbewirkung (die Vergabe der Domain) der nic.at an den tatsächlich berechtigten Dritten und greift so in das fremde Forderungsrecht ein, was zu einem Anspruch auf Naturalersatz durch Domain-Übertragung führt.

b) Berechtigung gegenüber Gleichberechtigten

Aber auch im Verhältnis zu etwaigen Gleichberechtigten ist ein Domain-Übertragungsanspruch gerechtfertigt, weil er im Einklang mit den allgemein anerkannten Domainvergabeprinzipien steht: Bei der Domainvergabe wird das sog „first come – first served“-Prinzip angewandt. Gleiches muss konsequenterweise

aber auch bei gerichtlicher Anspruchsdurchsetzung gelten: Derjenige, der von mehreren Gleichberechtigten als erster den un- oder schwächer berechtigten Domaininhaber klagt, hat kraft zeitlichen Zuvorkommens ein Vorrecht auf diese Domain. Ohne Vorregistrierung wäre der Kläger schließlich auch vor seinen Mitkonkurrenten zum Zug gekommen. Es spricht daher nichts dagegen, denjenigen, der als erster den Klagsweg beschreitet, gegenüber dem desinteressierten oder zögerlichen Gleichberechtigten vorzuziehen.

C. ZUSAMMENFASSUNG

Anders als vom OGH in der E omega.at dargestellt, ist die Frage des Bestehens eines Domain-Übertragungsanspruchs für die TLD „.at“ keine lediglich akademische Frage, sondern eine höchst aktuelle und praxisrelevante Problematik. Ein Übertragungsanspruch ist nicht nur aus Rechtsschutzgründen dringend erforderlich, sondern auch dogmatisch gerechtfertigt. Es ist daher zu hoffen, dass der OGH bei nächster Gelegenheit das aufgezeigte Rechtsschutzdefizit schließt.

20) OGH 29. 9. 2004, 7 Ob 225/03 v mwN; Ein auf Löschung des Zweitkäufers gerichteter Naturalersatzanspruch stellt nach Ansicht des OGH sogar ein aliud dar. Kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1332 Rz 20.

21) Siehe die E shell.de, BGH v 22. 11. 2001 zu I ZR 138/99 sowie die diesbezüglichen Zitate des OGH in der E omega.at.

22) OGH 19. 9. 1990, 3 Ob 94/90, JBl 1991, 719; 21. 2. 2002, 8 Ob 194/01 i.

23) *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte 160 ff.

24) OGH 29. 9. 2004, 7 Ob 225/03 v mwN.

SCHLUSSSTRICH

Der Domain-Übertragungsanspruch hat sich in der Rsp bislang nicht durchgesetzt. Dies führt in der Praxis zu einem erheblichen Rechtsschutzdefizit für den durch eine Registrierung Verletzten.