



10957107x

17 Ob 2/09g

762721080

Landes- und Bezirksgericht
St. Pölten

10. April 2009

Eingel. am **31. MRZ. 2009** ...Uhr...Min

.....fach, mit.....Beilag.Akte
.....Halbschriften

Oberlandesgericht Wien

Eingel. am **24. MRZ. 2009** ...Uhr...Min.

.....fach, mit.....Beilag.Akte
.....Halbschriften

115

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Aquapol wasserpolarisationstechnische Geräte Gesellschaft mbH, Reichenau an der Rax, Schneedorflstraße 23, vertreten durch Gheneff-Rami-Sommer Rechtsanwälte KEG in Klagenfurt, wider die beklagte Partei Ing. Herwig Reisinger, Ybbsitz, Maisberg 28, vertreten durch Lukesch Hintermeier & Partner Rechtsanwälte GesbR in St. Pölten, wegen Unterlassung (Streitwert 36.000 EUR), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 13. Oktober 2008, GZ 16 R 72/08p-11, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts St. Pölten vom 7. Februar 2008, GZ 1 Cg 57/07x-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 3.127,48 EUR (darin 326,58 EUR USt und 1.168 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist auf dem Gebiet der Gebäudetrockenlegung/Mauertrockenlegung tätig. Sie tritt unter dem Firmenschlagwort „Aquapol“ auf, das mit dem Wortbestandteil einer für sie registrierten Gemeinschaftsmarke übereinstimmt, und ist Berechtigter der Domain www.aquapol.at. Sie bewirbt das von ihr angewendete Verfahren („Gravomagnetokinese“) als innovative umweltfreundliche Technologie. Dabei werde unter Nutzung von „Erdenergie“ ein „gravomagnetisches“ Feld erzeugt, das eine Abwärtsbewegung der Mauerfeuchte bewirke und das Wasser gleichsam „nach unten drücke“, wodurch die Feuchtigkeit wieder in das Erdreich zurückwandere. Zur Wirkung und zum Erfolg dieses Verfahrens bestehen auch unter gerichtlichen Sachverständigen unterschiedliche Ansichten.

Der Beklagte ist Berechtigter der Domain www.aquapol-unzufriedene.at. Die unter dieser Adresse zunächst aufrufbare Website enthält in der Menüzzeile die vier Submenüs „Aquapol, Elektroosmose, Meinungen, Ratschläge“ und wendet sich unter der Überschrift „Unzufrieden mit Aquapol?“ als Meinungsforum an Personen, die am Verfahren der Klägerin interessiert sind oder damit schon Erfahrungen gemacht haben. Die Leser werden aufgefordert, „möglichst sachlich“ über ihre Erfahrungen mit der Trockenlegung von Mauern mittels Aquapol oder ähnlichen Verfahren zu schreiben. Die Website führt über den Link „ZUM FORUM“ zu zahlreichen Subseiten mit - sowohl kritischen als auch positiven - Artikeln über die Klägerin und deren

Trockenlegungsmethode, die zum Teil auch aus anderen Internetforen stammen, zum Teil die Meinung von Kunden der Klägerin wiedergeben, sowie zu Fachartikeln und Fachinformationen zu diesem Thema. Der Beklagte war selbst Kunde der Klägerin und ist der Meinung, dass der ihm zugesagte Erfolg (Trocknung feuchten Mauerwerks binnen drei Jahren) nicht eingetreten sei.

Die Klägerin begehrt, den Beklagten schuldig zu erkennen, es ihr gegenüber zu unterlassen,

„aquapol“ insbesondere zur Kennzeichnung von Websites - insbesondere der Website <http://www.aquapol-unzufriedene.at> - zu gebrauchen und/oder zu verwenden und/oder gebrauchen zu lassen und/oder verwenden zu lassen und/oder das Keyword „Aquapol“ im Quelltext der Website <http://www.aquapol-unzufriedene.at> zu verwenden und/oder verwenden zu lassen und/oder das Keyword „Aquapol“ im Quelltext einer sonstigen Website zu verwenden;

hilfsweise „aquapol“ insbesondere zur Kennzeichnung von Websites - insbesondere der Website <http://www.aquapol-unzufriedene.at> - zu gebrauchen und/oder zu verwenden und/oder gebrauchen zu lassen und/oder verwenden zu lassen;

hilfsweise „aquapol“ insbesondere zur Kennzeichnung von Websites - insbesondere der Website <http://www.aquapol-unzufriedene.at> - zu gebrauchen und/oder zu verwenden;

hilfsweise „aquapol“ kennzeichenmäßig zu gebrauchen und/oder zu verwenden.

Der Beklagte verwende zur Kennzeichnung seiner Website unbefugt den Namensbestandteil und die

Marke/Bestandteile von Marken der Klägerin. Dabei verfolge er die Absicht, die Klägerin herabzusetzen, und bringe sie mit dem Straftatbestand des Betrugs in Zusammenhang. Dadurch beeinträchte der Beklagte ihre Geschäftsinteressen. Über einen Link gelange man zudem von der Website des Beklagten zur Internetseite eines deutschen Mitbewerbers. Der Beklagte habe auf der Startseite seiner Website mehrere Keywords gesetzt, darunter auch das Firmenschlagwort der Klägerin, um bei dessen Eingabe in eine Suchmaschine in den Suchergebnislisten zu Lasten der Klägerin an möglichst prominenter Stelle gelistet zu werden. Der Beklagte greife in Schädigungsabsicht in Namens- und Markenrechte der Klägerin ein, die durch unbefugten Gebrauch ihres Namens beeinträchtigt werde. Der Beklagte handle sittenwidrig, weil er der Klägerin absichtlich Schaden zufügen wolle, was zu einer „analogen Anwendung“ markenrechtlicher Bestimmungen führe.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Er habe das System der Klägerin zur Trockenlegung des Mauerwerks um 11.451,30 EUR erworben; die Zusage der Klägerin, sie könne feuchtes Mauerwerk binnen drei Jahren trockenlegen, habe sich nicht bewahrheitet. Obwohl die Klägerin eine Erfolgsgarantie abgegeben habe, zahle sie den Kaufpreis mit fadenscheinigen Argumenten nicht zurück. Das Verfahren der Klägerin sei heftig umstritten und halte einer wissenschaftlichen Überprüfung nicht stand. Die Geschäftsgebarung der Klägerin sei äußerst fragwürdig und lasse den wertenden Schluss auf ein als Täuschung, Irreführung und Vermögensschädigung deutbares Verhalten zu. Der Beklagte betreibe seine Website, um seine Erkenntnisse einer breiten Öffentlichkeit zugänglich

zu machen und eine Informations- und Diskussionsplattform zu schaffen. Er habe Keywords nicht deshalb gesetzt, um eine bessere Listung in Suchmaschinen zu erreichen, sondern um seine Website leichter auffindbar zu machen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Klägerin könne sich nicht auf Markenrechte stützen, weil der Beklagte nicht im geschäftlichen Verkehr tätig sei. Der Beklagte biete auf seiner Website ein Diskussionsforum, mit dessen Hilfe mit Mauertrockenlegungsverfahren Unzufriedene ihre Meinungen und Erfahrungen austauschen können, sowie eine Internetplattform für alle, die sich für derartige Verfahren interessieren. Selbst wenn man annehmen wollte, der Beklagte nehme am geschäftlichen Verkehr teil, liege keine Benützung der Marke der Klägerin vor. Die beanstandeten Äußerungen auf der Website, wonach das von der Klägerin angebotene Verfahren unwirksam sei, weshalb dessen geschäftliche Verwertung an Betrug grenze, seien zulässige Werturteile, die der Leser als scharfe Kritik verstehe. Die bloße Namensnennung falle nicht unter § 43 ABGB. Der Beklagte habe den Namen der Klägerin nur deshalb genannt, um die Öffentlichkeit aufzuklären und seinen Unmut zu äußern; eine solche Namensnennung sei durch das Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt.

Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Hauptbegehren und das erste Eventualbegehren abwies, dem zweiten Eventualbegehren stattgab und dem Beklagten verbot, „aquapol“ insbesondere zur Kennzeichnung von Websites - insbesondere der Website <http://www.aquapol-unzufriedene.at> - zu gebrauchen und/oder zu verwenden; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die

ordentliche Revision zulässig sei. Es fehle höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, inwieweit die Verwendung eines vom Namensschutz erfassten Firmenschlagworts als Teil einer Domain in Verbindung mit einem Zusatz, der eine kritische Auseinandersetzung mit Produkten des Namensträgers erwarten lasse, dessen schutzwürdige Interessen verletze. Ein Markeninhaber könne sich nur gegen eine Verwendung seiner Marke im geschäftlichen Verkehr zur Wehr setzen. Die ausschließlich private Benützung einer registrierten Marke sei keine Kennzeichenrechtsverletzung. Der Beklagte verwende das Firmenschlagwort der Klägerin nicht für Waren oder Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr und benütze es damit nicht kennzeichenmäßig, weil das Zeichen zweifelsfrei nicht als betriebliches Herkunftszeichen aufgefasst werde. Der Beklagte habe das Firmenschlagwort der Klägerin auch nicht deshalb als Bestandteil seiner Internetadresse eintragen lassen, um sich diese gegen Geld ablösen zu lassen. Die Klägerin könne daher keine aus dem Markenrecht abzuleitenden Ansprüche geltend machen. Eine analoge Anwendung markenrechtlicher Bestimmungen komme schon deshalb nicht in Betracht, weil § 43 ABGB kein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraussetze und damit als Auffangtatbestand für jene Fälle herangezogen werden könne, die aufgrund des Fehlens dieses Tatbestandsmerkmals weder dem MSchG noch dem UWG unterstellt werden können; damit fehlt es an einer Regelungslücke, wie sie für jede Anwendung gesetzlicher Bestimmungen im Wege der Analogie vorausgesetzt werde. Das Firmenschlagwort der Klägerin sei aber auch durch § 43 ABGB geschützt. Unbefugt sei danach jeder Gebrauch eines Namens, der weder auf eigenem Recht beruht, noch vom Berechtigten gestattet worden ist, sofern

schutzwürdige Interessen des Namensträgers beeinträchtigt sind. Dies sei dann der Fall, wenn der Anschein ideeller oder wirtschaftlicher Beziehungen zwischen dem Berechtigten und demjenigen erweckt werde, der den Namen gebrauche. Der Beklagte habe dem Firmenschlagwort der Klägerin den Zusatz „-unzufriedene“ nachgereiht und damit schon durch die Bildung des Domainnamens eine Verwechslungsgefahr mit der Klägerin oder auch nur eine Zuordnungsverwirrung ausgeschlossen. Bereits der Domainname mache klar, dass es sich bei der zugehörigen Website keinesfalls um die Website der Klägerin handeln könne, wie dies auch der Inhalt der Startseite bestätige. Die Interessen des Namensträgers würden aber durch einen dessen Image schädigenden Inhalt oder bei Ausbeutung des Namens beeinträchtigt. Zu beachten sei jedoch, dass das Unterlassungsbegehren ausschließlich darauf gerichtet sei, dem Beklagten die Verwendung des Firmenschlagworts der Klägerin als Domainname bzw. Keyword zu untersagen. Es sei daher nicht erheblich, ob einzelne auf der Website des Beklagten veröffentlichte Inhalte den Tatbestand des § 1330 Abs 1 oder Abs 2 ABGB erfüllen. Die Popularität der vom Beklagten betriebenen Website sei eng mit dem Firmenschlagwort der Klägerin verknüpft. Der Beklagte profitiere unmittelbar von der Bekanntheit des nach der Rechtsordnung nicht ihm zugeordneten Kennzeichens, indem er mit dessen Hilfe die Aufmerksamkeit auf das von ihm eingerichtete Diskussionsforum richte. Darin liege in gewissem Sinn - ähnlich wie bei der unlauteren Ausnutzung des Rufs einer bekannten Marke - eine „Ausbeutung“ des Firmenschlagworts der Klägerin. Der Beklagte verfolge dabei das Ziel, seine Vorbehalte gegen das Produkt der Klägerin zum Ausdruck zu

bringen und Gleichgesinnten ein entsprechendes Forum zu bieten. Er verwende damit das Firmenschlagwort der Klägerin für seine Zwecke und ziehe daraus unmittelbar Nutzen. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts liege nicht mehr eine bloße Namensnennung, sondern eine Verwendung des Firmenschlagworts der Klägerin vor. Ungeachtet der grundsätzlichen Berechtigung, Kritik zum Ausdruck zu bringen, könne nicht außer Betracht bleiben, dass der Beklagte gerade durch die Verwendung des Firmenschlagworts der Klägerin eine Bekanntheit erlange, die er sonst nicht erreichte. Das Internet biete Interessenten Informationen über unterschiedlichste Produkte und deren Anbieter. Interessenten an der Dienstleistung der Klägerin würden durch die vom Beklagten verwendete Domain nahezu unweigerlich auf dessen Website aufmerksam. Auf dieser werde das Produkt der Klägerin nicht gerade beworben, was schon der vom Beklagten gewählte Name zum Ausdruck bringe. Die Gestaltung der Website mache deutlich, dass der Beklagte durch die Verwendung des Firmenschlagworts der Klägerin deren Interessen als berechnete Namensträgerin beeinträchtige. Das gelte ungeachtet des grundsätzlich unterscheidungs-fähigen Zusatzes „-unzufriedene“. Der Beklagte könne sich mit dem Produkt der Klägerin auch ohne Verwendung des für sie geschützten Firmenschlagworts kritisch auseinandersetzen. Bei dieser Sachlage müsse nicht mehr geprüft werden, ob das Verhalten des Beklagten auch den Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB erfülle. Das auf Unterlassung der Verwendung des Firmenschlagworts als Keyword gerichtete Begehren sei demgegenüber nicht berechtigt, weil die Kritik des Beklagten ohne ein solches Instrument wohl nahezu

ungehört bliebe; Kritik müsse sich die Klägerin aber grundsätzlich gefallen lassen.

Die Revision ist zulässig, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit „kritisierender“ Domains fehlt; das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

Der Beklagte macht geltend, die angegriffene Domain sei selbst kein Name, sondern verwende das Firmenschlagwort der Klägerin mit einem beschreibenden Zusatz, der auf das Thema der Website verweise. Es liege ein schon aus Gründen der Meinungsfreiheit gerechtfertigter Fall einer notwendigen und damit zulässigen Namensnennung vor, die weder das Firmenschlagwort der Klägerin ausbeute, noch den Zugang von Interessenten zu Informationen über Produkte der Klägerin behindere.

1.1. Dem Markeninhaber ist (nur) der kennzeichenmäßige Gebrauch seines Zeichens vorbehalten (§§ 10, 10a MSchG). Kennzeichenmäßiger Gebrauch liegt vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Bezug auf sie so gebraucht wird, dass der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungsart annimmt oder annehmen kann, das Zeichen diene zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen von gleichen oder gleichartigen anderer Herkunft (4 Ob 79/06f mwN; RIS-Justiz RS0066671). Kennzeichenmäßiger Gebrauch wird verneint, wenn das Zeichen zweifelsfrei nicht in diesem Sinn als betriebliches Herkunftszeichen aufgefasst wird (17 Ob 1/08h mwN).

1.2. Mit zutreffenden Gründen haben die Vorinstanzen eine herkunftshinweisende Verwendung des geschützten Zeichens in der Domain des Beklagten und damit das Bestehen markenrechtlicher Unterlassungsansprüche verneint. Der zur Bildung der Domain gewählte Zusatz „-unzufriedene“ im unmittelbaren Anschluss an den Wortbestandteil der Marke der Klägerin lässt Interessierte zwar - zutreffend - erwarten, dass auf der so bezeichneten Website Berichte und Informationen über Waren oder Dienstleistungen aufrufbar sind, die unter der Marke der Klägerin vertrieben werden; es ist aber geradezu ausgeschlossen, dass Nutzer erwarten, mit Hilfe dieser Domain auf Informationen des Markeninhabers selbst zugreifen zu können. Bei dieser Art der Verwendung einer Marke wird die Marke demnach nicht als betriebliches Herkunftszeichen aufgefasst.

Die Klägerin hält dem in der Revisionsbeantwortung ohne nähere Begründung nur entgegen, der Beklagte sei „Erfüllungsgehilfe oder Beitragstäter einer markenrechtlichen Verletzung zu Gunsten von Konkurrenten der Klägerin“. Auch eine solche Begehungsform setzt aber einen - hier nicht vorliegenden - kennzeichenmäßigen Gebrauch der Marke voraus.

2.1. Unter den Schutz des § 43 ABGB fällt nicht nur der vollständige Name; der Namensschutz erfasst auch Namensbestandteile, wenn sie - in Alleinstellung gebraucht - unterscheidungskräftig und damit geeignet sind, als Name zu wirken, oder wenn sie als namensmäßiger Hinweis Verkehrsgeltung erlangt haben (4 Ob 213/05k; RIS-Justiz RS0078752). Geschützt sind insbesondere auch die Firma und

Firmenschlagworte (*Posch in Schwimann*, ABGB³ § 43 Rz 12 mwN).

2.2. Der Schutz des § 43 ABGB setzt voraus, dass entweder das Recht zur Führung eines Namens bestritten (Namensbestreitung) oder ein Name unbefugt gebraucht wird (Namensanmaßung) und dieser Gebrauch schutzwürdige Interessen des Namensträgers verletzt (RIS-Justiz RS0009446 [T3]). Ein berechtigtes Interesse des Namensträgers kann darin bestehen, nicht mit einem anderen in Beziehung gebracht oder identifiziert zu werden, sondern von ihm deutlich unterschieden zu bleiben (*Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht Rz 2892 unter Hinweis auf BGHZ 43, 245, 255 - GdP).

2.3. Nach diesen Grundsätzen kann im beanstandeten Verhalten des Beklagten keine Verletzung des Namensrechts der Klägerin durch Namensbestreitung, Namensanmaßung oder sonst unbefugten Namensgebrauch gesehen werden. Der Beklagte bestreitet nämlich weder das Recht der Klägerin, unter ihrem Firmenschlagwort aufzutreten, noch tritt er Dritten gegenüber unter ihrem Firmenschlagwort auf. Wie bereits oben dargelegt (Punkt 1.2.), besteht für die angesprochenen Verkehrskreise kein Anlass, den Domaininhaber und Betreiber der Website für den Träger des in der Domain enthaltenen Firmenschlagworts zu halten. Ebenso wenig kann dem Beklagten vorgeworfen werden, durch Verwendung der Domain den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, es bestünden ideelle oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen ihm als Domaininhaber und der Klägerin als Namensträgerin. Auch insoweit ist daher eine Verletzung schutzwürdiger Interessen der Klägerin zu verneinen (vgl 4 Ob 198/00x =

ÖBl 2001, 35 - bundesheer.at mwN). Die Aufnahme eines fremden Firmenschlagworts in eine Domain begründet daher keinen aus dem Namensrecht abgeleiteten Unterlassungsanspruch, wenn - wie hier - die Verwendung des Firmenschlagworts keine unerwünschte Identifikation zwischen dem Namensträger und dem Domaininhaber und Betreiber der Website bewirkt und auch sonst keine Zuordnungsverwirrung auslöst.

3.1. Während bei einer Namensbestreitung, einer Namensanmaßung oder einem sonst unbefugten Namensgebrauch eine vom Namensträger verschiedene Person das Recht zur Identifikation mit dem Namen in Anspruch nimmt, geht es bei der Namensnennung nicht um die Kennzeichenfunktion des Namens, sondern darum, dass eine vom Namensträger verschiedene Person den Namensträger mit seinem Namen bezeichnet und etwas über ihn aussagt (RIS-Justiz RS0109217). Kein Namensgebrauch liegt daher vor, wenn über den Namensträger etwas Unrichtiges ausgesagt wird oder wenn (zB) eine Zeitung gegen den Willen des Namensträgers unter Namensnennung über dessen Tätigkeit berichtet. Solche Aussagen oder Berichte sind nicht geeignet, zu einer Verwechslung von Personen oder sonst zu einer Zuordnungsverwirrung zu führen (Habermann in Staudinger, BGB [2004] § 12 Rz 271 f).

3.2. Die bloße Namensnennung berührt mangels Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung daher nicht das Namensrecht, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB; vgl auch Ingerl/Rohnke, MarkenG² Nach § 15 Rz 17). Dabei kann es um Fragen des Anonymitätsschutzes gehen (7 Ob 329/97a mwN; Habermann aaO Rz 272). Das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf

Namensanonymität untersagt es Dritten, den Namen in einem bestimmten Zusammenhang zu erwähnen, wenn der Namensträger dazu keinen Anlass gegeben hat. Wird der Name in einem Medium genannt, dann sind das in der Namensanonymität konkretisierte Persönlichkeitsrecht und der Schutz der Privatsphäre gegen das Informationsinteresse abzuwägen. Ist die Namensnennung nicht gesetzlich verboten und hat der Namensträger einen sachlichen Anlass zur Nennung seines Namens gegeben, dann wiegt das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit regelmäßig schwerer als der Schutz der Privatsphäre (7 Ob 329/97a mwN).

3.3. Anders als bei der Verletzung des Namensrechts kommt es bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch eine Namensnennung nicht entscheidend darauf an, ob der Namensträger die Namensnennung gestattet hat. Der Namensträger hat kein uneingeschränktes Recht zu entscheiden, ob sein Name in der Öffentlichkeit genannt werden darf (vgl. RIS-Justiz RS0009319). Dessen ungeachtet verstößt jedoch auch eine Namensnennung dann gegen das aus § 16 ABGB abgeleitete Persönlichkeitsrecht, wenn sie schutzwürdige Interessen des Genannten beeinträchtigt. Dabei kommt es auf den Inhalt der mit der Namensnennung verbundenen Aussage an (4 Ob 14/03t mwN; RIS-Justiz RS0009319).

3.4. Für die Zulässigkeit „kritisierender“ Domains kann nichts anderes gelten als für die Zulässigkeit kritischer Auseinandersetzungen in anderen Medien. Dass die Kritik nicht (zB) in einem Buchtitel oder in der Überschrift eines Zeitschriftenbeitrags, sondern in einer „kritisierenden“ Domain ausgedrückt wird, kann rechtlich keinen Unterschied bedeuten.

3.5. „Kritisierende“ Domains sind daher zulässig, wenn der Name als Signal gebraucht wird, um Interessenten auf die Kritik aufmerksam zu machen, und der Benutzer bei Anzeige der Seite diese Umstände unmittelbar erkennt. Das gilt insbesondere dann, wenn sich bereits aus der Second Level Domain (etwa, wie im vorliegenden Fall, in Form eines distanzierenden Zusatzes) ergibt, dass es sich nicht um das Angebot des (kritisierten) Namensträgers, sondern um dasjenige eines Dritten handelt (Bayreuther in Münchener Kommentar zum BGB⁵ § 12 Rz 182; Habermann aaO Rz 283; Ingerl/Rohnke aaO Rz 73; Jung-Weiser in Fezer, Lauterkeitsrecht § 4-S11 Rz 106 je mN zur dtRsp).

3.6. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass dem Namensträger die Möglichkeit erhalten bleibt, seinen eigenen Namen als Domain registrieren zu lassen (Bayreuther aaO Rz 182; Lange aaO Rz 2893). Zu prüfen ist weiters, ob dem Domaininhaber nicht auch andere ebenso geeignete Zeichen als Domain zur Verfügung stehen, um kritische Informationen über den Namensträger im Internet anzubieten (s Jung-Weiser aaO Rz 106 mN zur dtRsp).

3.7. Bei der gebotenen Interessenabwägung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des kritisierten Namensträgers dem vom Domaininhaber mit der Wahl seiner Domain ausgeübten Grundrecht der Meinungsfreiheit gegenüberzustellen (s Bayreuther aaO Rz 183; Bettinger in Bettinger, Handbuch des Domainrechts 236; Jung-Weiser aaO Rz 106; zur Abwägung zwischen Urheberrecht und Meinungsäußerungsfreiheit vgl 4 Ob 127/01g = MR 2001, 304 - Medienprofessor).

4.1. Wendet man diese Grundsätze im vorliegenden Fall an, ist der Unterlassungsanspruch der Klägerin zu verneinen:

4.2. Die Klägerin tritt im geschäftlichen Verkehr unter ihrem Firmenschlagwort auch gegenüber Verbrauchern als Anbieterin einer von ihr als innovativ und umweltfreundlich beworbenen Methode zur Mauertrockenlegung auf, deren Wirkung und Erfolg umstritten sind. Ihre „Gravomagnetokinese“ kann sich nicht auf ein naturwissenschaftlich abgesichertes Verfahren stützen.

Als Anbieterin eines „alternativen“ Verfahrens hat die Klägerin Anlass für eine kritische Auseinandersetzung mit ihrem Produkt gegeben. Eine solche Auseinandersetzung ist ohne Nennung des Namens der Klägerin nicht möglich. Mit der Verwendung ihres Firmenschlagworts als Bestandteil einer auf die kritische Auseinandersetzung hindeutenden Domain weist der Beklagte in einer dem Medium Internet angemessenen Weise auf die Zielrichtung seines Internetauftritts hin.

Die vom Beklagten gewählte Domain lässt die Möglichkeit der Klägerin unberührt, ihr Firmenschlagwort als Domain zu führen. Es ist auch keine überzeugende Alternative erkennbar, wie eine kritische Auseinandersetzung mit der Dienstleistung der Klägerin im Internet unter einer Domain geführt werden könnte, die das Firmenschlagwort der Klägerin nicht enthält. In einem solchen Fall wäre nicht sichergestellt, dass Kritiker und Befürworter des von der Klägerin angebotenen Verfahrens die Website finden und ihre Meinung und ihre Erfahrungen kundtun können. Nur eine breite Beteiligung bietet aber Gewähr für einen Austausch der

verschiedenen Meinungen und Standpunkte und trägt damit zu einer fundierten Meinungsbildung bei.

Auch das Berufungsgericht gesteht zu, dass dem Beklagten gestattet sein muss, das Firmenschlagwort der Klägerin zu nennen, weil die Website andernfalls nicht auffindbar wäre. Zwischen der - vom Berufungsgericht als zulässig erachteten - Verwendung als Keyword und der Nennung als Bestandteil der Domain besteht aber kein wesentlicher Unterschied, weil die Nennung als Bestandteil der Domain keine Zuordnungsverwirrung auslöst und nur sicherstellt, dass Internetnutzer die Website auffinden, wenn sie an Informationen über das alternative Mauertrockenlegungsverfahren der Klägerin interessiert sind.

4.3. Der Gebrauch des Firmenschlagworts der Klägerin als Bestandteil der Domain ist daher ebenso durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt wie es der Gebrauch des Firmenschlagworts als Buchtitel oder in der Überschrift eines Zeitschriftenartikels wäre.

Allgemein gilt, dass die Verwendung einer „kritisierenden“ Domain das Persönlichkeitsrecht des Namensträgers nicht verletzt, wenn das Informationsinteresse höher zu bewerten ist als das Interesse des Namensträgers, nicht im Zusammenhang mit kritischen Äußerungen über seine Waren oder Dienstleistungen genannt zu werden.

5. Soweit die Klägerin in der Revisionsbeantwortung weiterhin eine „analoge Anwendung“ markenrechtlicher Bestimmungen in Verbindung mit der „Gute-Sitten-Klausel“ des § 1295 Abs 2 ABGB iVm § 879 ABGB verlangt, ist sie auf die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs 3 Z 4 MSchG zu verweisen, wonach die Nutzung einer Marke als notwendige Bestimmungsangabe vom

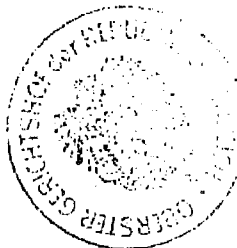
Markenschutz ausgenommen ist; diese Einschränkung des Markenrechts kommt damit im Ergebnis einer zulässigen Namensnennung gleich. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte die Domain für eine absichtliche sittenwidrige Schädigung der Klägerin missbrauche, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

6. Die Kostenentscheidung ist in den §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO begründet. Im Berufungsverfahren hat der Beklagte keine Kosten verzeichnet. ?

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. Februar 2009.

Dr. G r i s s

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



Neubauer