

Die Haftung der nic.at und DENIC eG – Der trügerische Frieden¹

Axel Anderl

*Schönherr Rechtsanwälte OEG
A-1230 Wien, Rudolf Zeller-Gasse 48/38
anderl@it-law.at
www.it-law.at*

Schlagworte: nic.at, DENIC eG, Domain-Vergabestelle, Legitimation, Domain-Registrierung, Vorabkontrolle, Haftung, Interessensabwägung, Negativliste, „fpo.at“, „ambiente.de“, Schlichtungsverfahren;

Abstract: Zuletzt ergingen sowohl in Österreich als auch in Deutschland höchstgerichtliche Entscheidungen zur Frage der Haftung der Domain-Vergabestellen. Beide Entscheidungen stimmen mit der derzeit herrschenden Lehre überein. Damit scheint diese Rechtsfrage endgültig geklärt zu sein. Eine genauere Analyse der Entscheidungen, der tagtäglichen Vergabepraxis, der technischen Möglichkeiten und der Struktur der Domain-Vergabestellen zeigen allerdings auf, dass die Rechtslage eben nur geklärt zu sein *scheint*.

Die Frage der Haftung der nationalen Domain-Vergabestellen² für Rechtsverletzungen durch die Domain-Vergabe führte lange Jahre ein Schattendasein, weder die Lehre noch die Judikatur schenkten dieser Problematik die notwendige Aufmerksamkeit.³ In der früheren, spärlichen

¹ Eine Erläuterung des technischen Hintergrundes der Domain-Vergabe können Sie in *Anderl, Der technische Hintergrund der Domain-Vergabe*, online abrufbar unter <http://www.it-law.at/papers/anderl-domain.pdf>, nachlesen. Eine Zusammenfassung der bisherigen Judikatur in Österreich und Deutschland zu diesem Thema bietet *Anderl, Überblick über die Judikatur zur Haftung der Domain-Vergabestellen*, ebenfalls auf <http://www.it-law.at/papers/anderl-domainvergabe.pdf> verfügbar.

² In Österreich ist die nic.at Internet Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft mbH bzw die Admin Verwaltungs- und Betriebs GmbH mit der Domain-Verwaltung betraut, in Deutschland die DENIC eG.

³ So erging die erste Entscheidung, die sich umfassend mit der Frage der Haftung der nationalen Domain-Vergabestellen auseinander setzte, erst 1998 (LG Frankfurt am Main vom 14.10.1998, 2/06 O 283/98 „ambiente.de“, MRR 1999, 233. Das Urteil ist online unter <http://www.flick-sass.de/ambiente.html> abrufbar). Die erste einschlägige österreichische Entscheidung erging in der RechtssachAe „fpo.at“ am 3.1.2000, HG Wien 38 Cg 112/99b-7, nicht veröffentlicht.

Literatur kamen die meisten Autoren – ebenso wie die ersten beiden einschlägigen Gerichtsentscheidungen⁴ – nach einer nüchternen juristischen Analyse im Ergebnis zu einer weiten Verantwortlichkeit der nationalen Domain-Vergabestellen. Bevor jedoch eine echte Diskussion auf breiter Basis einsetzen konnte, wurde diese durch den Aufsatz „Verantwortlichkeit von DENIC für rechtswidrige Domains?“ von *Bettinger/Freytag*⁵ – einem Rechtsgutachten für die DENIC eG – mit einem Schlag auch schon wieder beendet. Die Autoren kommen in diesem ausführlich begründeten Werk im Ergebnis zu einer nur sehr eingeschränkten Haftung der Domain-Vergabestellen. Obwohl in diesem Gutachten zahlreiche Wertungen als vergabestellenfreundlich und somit hinterfragungswürdig einzustufen sind und auch gute Argumente gegen die sehr eingeschränkte Haftung ins Treffen geführt werden können, folgte die Judikatur diesen Ausführungen. Die Literatur hatte dieser Entwicklung nichts entgegenzusetzen, kritische Stimmen waren in weiterer Folge kaum noch wahrzunehmen. Den Gipfel dieser Entwicklung stellen die einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen in Österreich und Deutschland dar, welche weitgehend gleich lautend die Haftung der nationalen Domain-Vergabestelle im Sinne des Aufsatzes von *Bettinger/Freytag* drastisch beschränken.⁶ Mit diesen Entscheidungen wurde somit – ohne dass jemals eine Auseinandersetzung auf breiter wissenschaftlicher Basis stattgefunden hat – eine scheinbar endgültige Klärung der Rechtsfrage herbeigeführt. Ich werde in meinem Aufsatz diese in Rechtsfortbildung geschaffene Rechtslage kritisch hinterfragen und Schwachpunkte in den Überlegungen aufzeigen. Insgesamt

⁴ Siehe die Entscheidung des LG Frankfurt am Main in „ambiente.de“, erste Instanz, sowie das LG Magdeburg in der Entscheidung „foris.de“ vom 18.6.1999, 36 O 11/99, K&R 1999, 426 online abrufbar unter http://www.netlaw.de/urteile/lgmb_1.htm. Bei der zweiten Entscheidung wurden vom Gericht allerdings schon weiter gehende Einschränkungen erwogen, im Ergebnis trotzdem noch eine Verantwortlichkeit begründet.

⁵ CR 1999, 28.

⁶ Der OGH hatte zwei Mal die Gelegenheit sich in der Rechtssache „fpo.at“ zu äußern: Zuerst im Provisorialverfahren, OGH 13.9.2000, 4 Ob 166/00s, „fpo.at“ MR 2000, 328 = ÖBl 2001, 30 = wbl 2001/69 = RdW 2001/157, sowie im anschließenden Hauptverfahren, OGH, 12.9.2001, 4 Ob 176/01p, eolex 3/2002, 189 (online unter http://www.it-law.at/papers/Anderl_Umfang_Haftung_Vergabestelle.pdf abrufbar). In Deutschland hat sich der BGH am 17.5.2001 in „ambiente.de“, I ZR 251/99, MMR 11/2001, 744 zur Frage der Haftung der Domain-Vergabestellen geäußert.

hoffe ich, so einen Beitrag zur längst überfälligen Belebung der Diskussion und zu einer kontroversielleren Betrachtung dieser Frage zu leisten.⁷

Die schon oben angesprochenen Entscheidungen der beiden Höchstgerichte – nämlich die des OGH in „fpo.at“ sowie die des BGH in „ambiente.de“ – lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen: Die nationalen Domain-Vergabestellen haften nicht als unmittelbare Schädiger sondern nur als Gehilfe zu einer fremden Rechtsverletzung.⁸ Des Weiteren trifft sie keine allgemeine Prüfungspflicht bei der Registrierung einer Domain, da eine solche unzumutbar sei. Vielmehr besteht erst nach einem Hinweis auf eine offenkundige Rechtsverletzung eine Verpflichtung des Registrars, die Domain zu überprüfen und gegebenenfalls zu löschen.

Diese sehr eingeschränkte Haftung ist das Ergebnis einer durch die Gerichte durchgeführten umfangreichen Interessensabwägung. Bei der Beurteilung, inwieweit eine Haftung zumutbar ist, sind allerdings sowohl der OGH als auch der BGH sehr stark dem Vorbringen der Domain-Vergabestellen gefolgt. So sehen beide Höchstgerichte in der Vergabe von Domains durch die nic.at bzw die DENIC eG eine Tätigkeit im Interesse und zum Wohle der gesamten Internetgemeinschaft, welche zur vollsten Zufriedenheit aller ohne Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen würde. Würde diese Aufgabe nicht durch diese Stellen übernommen, müsste sie durch den Staat vollzogen werden. Sogar die von den Domain-Vergabestellen selbst auferlegten Prinzipien der schnellen, kostengünstigen und unbürokratischen Vergabe wurden von der Justiz als Rechtfertigung für die Verletzung von Rechten Dritter akzeptiert. Im Folgenden werde ich nachweisen, dass die von den Gerichten übernommenen Grundwertungen der Interessensabwägung sehr fragwürdig sind.

Schon allein die Vorfrage der Legitimation der nationalen Domain-Vergabestellen wirft große Probleme auf. So leiten die nic.at und DENIC eG ihre Kompetenz von der ICANN ab, ohne dass entsprechende Verträge existieren. Zusätzlich ist die Legitimation der ICANN selbst ebenfalls

⁷ Und so auch den literarischen Forderungen der Rechtsvertreter der nic.at und der DENIC eG, die nach den höchstgerichtlichen Entscheidungen noch weiter gehende Einschränkungen fordern, entgegenzutreten (siehe zB *Pilz* in MR 2000, 338 und auch in *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck*, Das Recht der Domain Namen, Wien 2001, 98 sowie *Welzel* in MMR 11/2001, 744).

⁸ Eine Haftung als unmittelbarer Täter nach kartellrechtlichen Grundsätzen wurde zwar durch das Erstgericht in der Rechtssache „ambiente.de“ nach ausführlichen Erwägungen festgestellt, durch die Berufungsinstanzen allerdings ohne hinreichende Begründung abgelehnt. In Österreich fehlt überhaupt noch eine Entscheidung zu dieser Anspruchsgrundlage.

sehr umstritten.⁹ Überhaupt stellt sich die rechtspolitische Frage, ob eine so sensible und mit weit reichenden wirtschaftlichen Folgen verknüpfte Tätigkeit wie die Domain-Vergabe nicht besser durch staatliche Behörden durchgeführt werden sollte oder nicht sogar muss.¹⁰ Meines Erachtens kann nur so der massive Eingriff in Rechte Dritter legitimiert werden.

Betrachtet man weiters die große Anzahl an Domain-Streitigkeiten in Österreich und Deutschland, kann wohl nicht ernsthaft argumentiert werden, dass das derzeitige System der Domain-Vergabe zum Wohle aller reibungslos funktioniert. Im Gegenteil, die im internationalen Vergleich extrem liberalen Vergabemodalitäten der nic.at sowie der DENIC eG sind vielmehr die Ursache für zahlreiche kostenintensive Rechtsstreitigkeiten.¹¹

Auch die Charakterisierung der Domain-Vergabestellen als „Non-Profit-Organisationen“, welche „ohne Gewinnerzielungsabsicht“ tätig werden, ist höchst hinterfragungswürdig.¹² So hat die nic.at mit der Vergabetätigkeit bereits ein beträchtliches Vermögen erwirtschaftet – der Bilanzgewinn per 30.6.2000 betrug etwa € 1.457.200,--.¹³ Neben dieser direkten Vermögensanhäufung durch die Einnahmen aus der Domain-Vergabe ist weiters der bislang unbeachtete Zusammenhang zwischen den liberalen Domain-Vergabemodalitäten und der Eigentümerstruktur der nic.at und DENIC eG äußerst bedenklich. Die liberalen Vergabemodalitäten führen zu einer im internationalen Vergleich hohen Anzahl an Domain-Registrierungen, welche auch weiterhin stetig steigen. Davon profitieren wiederum die Internet-Serviceprovider, welche mit dem Hosten von Websites unter den Domains ihr Geld verdienen. Betrachtet man nun,

⁹ Siehe zu dieser Frage etwa *Proksch* in *Internet Governance – Die Verwaltung des Internets*, online abrufbar unter <http://www.it-law.at/papers/proksch-internet-governance.pdf>.

¹⁰ Siehe zu dieser Frage der Beitrag von *Proksch* in diesem Tagungsband. Auch ist international eine Tendenz zur Verstaatlichung der Vergabe zu bemerken (siehe Schweiz).

¹¹ So auch zuletzt sogar explizit *Welzel*, der Rechtsvertreter der DENIC eG, in seiner Urteilsbesprechung des BGH Urteils „ambiente.de“ in MMR 11/2001, 744.

¹² So zuletzt noch der BGH in „ambiente.de“, der davon sprach, dass die DENIC eG keine eigene Zwecke verfolgen und ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln würde.

¹³ Diese Zahl ist dem Abschluss der nic.at zum 30.6.2000 entnommen. Weiters ist auffällig, dass sowohl die nic.at als auch die Admin Verwaltungs- und Betriebs GmbH mit einem Grundkapital in der Höhe von jeweils ATS 5.000.000,-- ausgestattet sind, das Zehnfache der zu diesem Zeitpunkt gesetzlich notwendigen Kapitalmindestausstattung von ATS 500.000,--.

wer hinter der nic.at und der DENIC eG steht, schließt sich der Kreis. So stellen beide Domain-Vergabestellen einen Zusammenschluss der nationalen Internet-Serviceprovider dar. Hiermit wird deutlich, dass das Bild der Domain-Vergabe „ohne Gewinnerzielungsabsicht“ nicht aufrecht zu erhalten ist. Dies hat die deutsche Justiz mittlerweile schon ansatzweise erkannt. So untersagte das LG Frankfurt der DENIC eG mittels einstweiliger Verfügung, sich als „Non-Profit-Organisation“, welche „ohne Gewinnerzielungsabsicht“ tätig ist, zu bezeichnen.¹⁴

Ein weiterer wesentlicher Punkt ist die Freiwilligkeit der Übernahme der Domain-Vergabe durch die nic.at bzw DENIC eG. Übernimmt jemand eine Tätigkeit freiwillig, dann besteht schon nach allgemeinen zivilrechtlichen Überlegungen die Verpflichtung, etwaige Rechtsverletzungen Dritter bestmöglich zu verhindern. Dies muss natürlich umso mehr auch für die freiwillige Übernahme der Domain-Vergabe gelten, als diese Tätigkeit – wie sich an Hand der großen Anzahl an Domain-Streitigkeiten leicht nachvollziehen lässt – eine große Gefährdung für Dritte darstellt. Somit sind die Domain-Vergabestellen verpflichtet, einen Schadenseintritt bei Dritten bestmöglich zu verhindern.¹⁵

Wie soeben aufgezeigt, sind die Grundannahmen, die das Fundament der bisherigen Judikatur bilden, unrichtig. Es ist daher erforderlich, eine neuerliche Interessensabwägung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Sachlage durchzuführen. Dabei ist insbesondere auch zu klären, inwieweit technische Möglichkeiten einer Vorabkontrolle bestehen. Bisher wurde von den Domain-Vergabestellen immer vorgebracht, dass eine (beschränkte) Prüfungspflicht zum Zeitpunkt der Anmeldung faktisch nicht möglich und daher auch nicht zumutbar sei.¹⁶ Aber auch diesem Vorbringen können anders lautende Fakten entgegen gehalten werden. So zeigt ein internationaler Vergleich der Vergabemodalitäten, dass eine (zumin-

¹⁴ LG Frankfurt am Main, Az: 2-06 O 280/01. Diese richtige Entscheidung wurde nunmehr in der ersten Instanz des Hauptverfahrens allerdings leider nicht bestätigt (LG Frankfurt am Main, 24.10.2001, 2/6 O 280/01 = MMR 2/2002).

¹⁵ Diese allgemeine zivilrechtliche Verpflichtung kann unter anderem aus der Verkehrssicherungspflicht als auch aus der Gefährdungshaftung abgeleitet werden.

¹⁶ Gegen eine Prüfungspflicht wurde regelmäßig vorgebracht, dass diese den Vergabezielen, schnell, effizient und unbürokratisch zu vergeben, widersprechen würde und mit der derzeitigen personellen Ausstattung nicht machbar sei. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Ein Eingriff in Rechte Dritter kann wohl nicht mit selbstaufgelegten Prinzipien gerechtfertigt werden. Vielmehr liegt es an der Domain-Vergabestelle, Rechtsverletzungen bestmöglich zu verhindern, insbesondere auch durch eine entsprechende Personalausstattung.

dest beschränkte) Überprüfung der Anmeldungen sehr wohl möglich ist. In einigen Staaten wird beispielsweise bei der Registrierung einer Marke oder einer Firma als Domain die Berechtigung des Anmelders zur Verwendung des Namens überprüft.¹⁷ Aus den Erfahrungen mit dieser Vergabepaxis zeigt sich, dass schon allein diese einfache Maßnahme geeignet ist, die Anzahl der Domain-Streitigkeiten sowie deren wirtschaftliche Folgen drastisch zu reduzieren.¹⁸ Ein anderer Ansatzpunkt wäre eine verpflichtende Führung von so genannten „Negativlisten“ durch die Domain-Vergabestellen. Die Inhaber von Marken, Firmennamen oder auch berühmte Persönlichkeiten sollten unter Nachweis ihres Rechtes am Kennzeichen bzw. ihrer Bekanntheit einen Anspruch auf Aufnahme in die erwähnte Liste haben. Möchte jemand eine auf der „Negativliste“ enthaltene Bezeichnung als Domain registrieren, so hat er seine Berechtigung mit einem entsprechenden Nachweis zu belegen.¹⁹

¹⁷ Eine solche Vorabprüfung wird derzeit bereits in Frankreich, Schweden und Australien praktiziert.

¹⁸ Dadurch werden gerade die kostenintensiven Auseinandersetzungen, nämlich solche mit Beteiligung von Unternehmen, fast gänzlich verhindert. Völlig unverständlich ist in diesem Zusammenhang daher die Argumentation von *Welzel* in seiner Urteilsbesprechung des BGH Urteils „ambiente.de“, MMR, 11/2001, 747. So anerkennt *Welzel*, dass in den Ländern, die eine (beschränkte) Vorabkontrolle praktizieren, eine anfechtbare Domain kaum registrierbar sei, meint aber, dass dieses System in Hinblick auf die daraus resultierende geringe Anzahl an registrierten Domains „offenkundig keinen Sinn machen würde“. Dem ist vollinhaltlich *nicht* zuzustimmen. Diese Aussage macht deutlich, dass mit einem liberalen System das Risiko der Domain-Registrierung von der Domain-Vergabestelle, die den Verkehr eröffnet, wissentlich auf den Verletzten übertragen wird. Nicht eine möglichst große Anzahl an registrierten Domains, sondern eine möglichst die Rechte Dritter schonende Vergabepaxis sollte das erklärte Ziel der DENIC eG sein. Dies gilt umso mehr, wenn man den Zusammenhang zwischen der Anzahl der registrierten Domains und der Eigentümerstruktur der Domain-Vergabestellen berücksichtigt.

¹⁹ Eine solche Verpflichtung zur Führung von „Negativlisten“ wurde durch das LG Frankfurt, 24.5.2000, 2/6 O 126/00, WM 2000, 1750 = MMR 2001 Heft 4 = CR 2001/51 „dresdner-hypovereinsbank.de“ bereits einmal ausgesprochen. Ein solches System wäre auch nicht sonderlich personal- und somit auch nicht kostenintensiv. Schließlich könnte die Domain-Vergabe weiterhin automationsunterstützt vorgenommen werden. Nur in den Fällen, in denen ein Datenbankgleich ergibt, dass der Domain-Name auf der Negativliste steht, wäre eine manuelle Nachkontrolle der Berechtigung notwendig. Mit einer verpflichtenden Führung einer Negativliste könnten auch die Probleme mit der Domainübertragung nach gewonnenem Rechtsstreit behoben werden. So sollten auch Domains, bei denen eine Gerichtsentscheidung die bessere Berechtigung des Klägers ergeben hat, nach Löschung der Registrierung des nichtberechtig-

Anhand der hier angeführten Beispiele erkennt man, dass sehr wohl effektive Überprüfungsmöglichkeiten zum Zeitpunkt der Registrierung bestehen.²⁰ Berücksichtigt man meine Ausführungen über die grundlegenden Wertungen hinsichtlich der Tätigkeit der Domain-Vergabestellen bei der vorzunehmenden Interessensabwägung, kommt man unweigerlich zu dem Ergebnis, dass die aufgezeigten möglichen technischen Maßnahmen zur Verhinderung der Rechtsverletzungen auch zumutbar und daher rechtlich geboten sind.²¹

Zusammengefasst besteht meines Erachtens nach geltender Rechtslage somit eine weiter gehende Haftung der Domain-Vergabestelle als uns die derzeitige herrschende Lehre und die neuesten Judikate suggerieren. Es liegt somit am Gesetzgeber, die politisch offenbar gewünschte Haftungsfreistellung²² juristisch sauber mittels gesetzgeberischer Tätigkeit umzusetzen.

Daneben haben es natürlich die Domain-Vergabestellen in der Hand, sich trotz des Bestehens einer Haftung durch entsprechende Ausgestaltung ihrer AGB vor Ansprüchen zu schützen. Zivilrechtlich wirksam kann dies umgesetzt werden, indem die Domain-Vergabestellen bei ihrem Vertragspartner, dem eigentlichen Verletzer, den Hebel ansetzen und sich das Recht vorbehalten, fragliche Domains nach Hinweis auf eine Rechtsverletzung zu löschen. Von dieser Möglichkeit müsste die Domain-Vergabestelle in der Praxis dann auch tatsächlich Gebrauch machen. Et-

tigten Inhabers auf die Negativliste gesetzt werden. Somit wäre gesichert, dass die strittige Domain im Anschluss nur durch einen Berechtigten registriert werden kann.

²⁰ Völlig unverständlich ist daher die Unkreativität der Gerichte, die in allen Instanzen eine solche Forderung mehr oder wenig unüberprüft pauschal als undurchführbar und unrealistisch zurückgewiesen haben. Auch in diesem Punkt sind die Gerichte somit dem Vorbringen der Domain-Vergabestellen unreflektiert gefolgt.

²¹ Die in diesem Zusammenhang judizierte Analogie zur Haftung der Presse(vertriebs)unternehmen ist nicht sachgerecht und kann daher nicht gegen die beschränkte Prüfungspflicht eingewandt werden. So ist die monopolistische Tätigkeit der nationalen Domain-Vergabestellen, welche einen vorher nicht existenten Namensraum im Internet schaffen, von dem dann dauerhaft Rechtsverletzungen erfolgen können, nicht mit der bloßen Schaltung eines Inserates oder dem Vertrieb einer Zeitschrift vergleichbar. Die Gefährdung, die von der Tätigkeit der Domain-Vergabestellen ausgeht, ist wesentlich weitreichender und intensiver.

²² Siehe dazu zB entsprechende Erklärungen der deutschen Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen (zitiert im Urteil „kurt-biedenkopf.de“, OLG Dresden, 28.11.2000, 14 U 2486/00, online abrufbar unter <http://www.denic.de/doc/recht/urteile/biedenkopf.pdf>).

waige Schadenersatzansprüche des Domain-Inhabers könnten in den AGB ausgeschlossen werden.²³

Die Anfang Februar 2002 von der nic.at zur Diskussion gestellte Streitschlichtung in Domainsachen durch ein Schiedsgericht vermag zwar die prinzipiell bestehende Haftung nicht zu beseitigen, jedoch die Folgen der Haftung einzuschränken. So dient der Entwurf der nic.at offensichtlich eben gerade dazu, den Verletzten durch Anbot eines attraktiven, schnellen Streitschlichtungsverfahrens zu einem Verzicht auf seine bestehenden Ansprüche gegen die Domain-Vergabestelle zu bewegen. Im vorliegenden Entwurf der Schiedsordnung wird etwa gleich an zwei Stellen festgehalten, dass die Parteien mit Unterwerfung unter die Schiedsordnung ex ante auf jegliche Ansprüche gegenüber der nic.at verzichten.²⁴

Fraglich ist jedoch, ob die derzeit vorliegende Fassung tatsächlich geeignet ist, dem Verletzten den Verzicht auf seine weiter gehenden Ansprüche schmackhaft zu machen.²⁵ So ist zum Beispiel die geplante ma-

²³ Derzeit kooperieren die Domain-Vergabestellen mit dem Verletzer. So verweisen sowohl die DENIC eG als auch die nic.at darauf, dass ausschließlich der Domain-Anmelder verantwortlich sei, die Domain zu überprüfen (Punkt 1.6 der AGB der nic.at, § 2 (1) der DENIC eG). Selbst bei Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung verpflichten sich die Domain-Vergabestellen nicht zum Tätigwerden, vielmehr *kann* nach den AGB in diesem Fall die Domain gelöscht werden (siehe Punkt 3.8 der AGB der nic.at, § 7 (2) d der DENIC eG). Vergleiche dagegen die AGB des Internetauktionshaus ebay (<http://pages.ebay.de/help/community/png-user.html>). Auf Grund der großen Anzahl an täglich verkauften Gegenständen und der oft kurzen Auktionsdauer ist eine Kontrolle auf Verletzungen von Rechten Dritter hier noch schwieriger als bei der Domain-Vergabe. Das Auktionshaus kooperiert daher mit den Rechtsinhabern und stoppt den Verkauf beanstandeter Gegenstände umgehend. Das Recht dazu behält sich ebay in den AGB gegenüber ihren Vertragspartnern, den Verkäufern, ausdrücklich vor. Zwar könnte auch ebay eine (beschränkte) Vorabkontrolle einführen. Durch Anlegen von Datenbanken mit Rechte Dritter verletzenden Gütern wie zB Bootleggs könnte mit Hilfe eines Datenbankabgleich das Anbieten solcher Waren verhindert werden. Von der Grundausrichtung, nämlich der Kooperation mit dem gefährdeten Dritten, ist dieses System aber jedenfalls den AGB der Domain-Vergabestellen überlegen.

²⁴ Siehe dazu sowohl Punkt 6.12 sowie Punkt 11.7 der Erstfassung vom 1.2.2002. Interessant dabei ist, dass ausdrücklich auch schadenersatzrechtliche Ansprüche ausgeschlossen werden. Eine solche schadenersatzrechtliche Haftung der Domain-Vergabestelle wurde bislang in der Lehre und Judikatur – obwohl meines Erachtens erwägenswert – nicht besprochen.

²⁵ Die Ausführungen werden in der Folge aus Platzgründen rein auf diesen inhaltlichen Aspekt beschränkt. Kritisch sei hier in aller Kürze nur auf die schweren legistischen Mängel des Entwurfes hingewiesen (Widersprüche, fehlende Ausführungen, Redundanzen). Des Weiteren bestellt nach dem vorliegenden Entwurf der Eigentümer der

ximale Verfahrensdauer von drei Monaten auf den ersten Blick sehr imponierend. In Hinblick auf die nachträglich mögliche Anrufung eines ordentlichen Gerichts handelt es sich dabei aber um einen Etikettenschwindel. Zusammen mit dem mangelnden Kostenersatz wird durch den vorliegenden Entwurf überhaupt böswilligen Domain-Inhabern Tür und Tor zum Rechtsmissbrauch geöffnet. Diese können sich vollkommen unbeschwert in das Streitverfahren einlassen und dieses mit einem Minimalaufwand – das heißt ohne Rechtsvertretung – betreiben. Ein Prozessgegner, der auf die Ernsthaftigkeit des Streitschlichtungsverfahrens vertraut, wird sich hingegen vertreten lassen. Ist das Ergebnis nicht nach Wunsch, akzeptiert der Domain-Grabber den Schiedsspruch einfach nicht und ruft das ordentliche Gericht an.²⁶ Der böswillige Domain-Inhaber kann so die derzeit schon lange Verfahrensdauer um weitere drei Monate verlängern. Zusätzlich bleibt der Prozessgegner trotz Obsiegens auf seinen Verteidigungskosten sitzen. Fazit: Prozess verzögert, weiteren Schaden verursacht.²⁷ Einem Streitschlichtungsverfahren in der derzeitigen Ausgestaltung werden sich daher aus verständlichen Gründen wohl nicht allzu viele verletzte Dritte freiwillig unterwerfen. Da eine verpflichtende Unterwerfung aus zivilrechtlichen Gründen nur gegenüber den Domain-Inhabern vereinbart werden kann, wäre selbst eine (kartellrechtlich) problematische Änderungskündigung aller Registrierungen²⁸ nicht geeignet, den vorliegenden Entwurf zu retten.

Sollte bei Überarbeitung des Entwurfes für eine Schiedsordnung die Möglichkeit der nachfolgenden Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges ausgeschlossen werden, wird die dreimonatige Verfahrensdauer nicht

nic.at, die Internet Privatstiftung Austria, das höchste Organ des Schiedsverfahrens ohne dabei ausreichend an objektive Qualifikationskriterien gebunden zu sein. Somit liegt gemäß dem vorliegenden Entwurf eine auf Grund der notwendigen Unabhängigkeit des Verfahrens und der Domain-Vergabe unzulässige Verquickung zwischen der nic.at und dem Schiedsverfahren vor. Nähere Einzelheiten können in *Anderl*, Stellungnahme der wissenschaftlichen Interessensgemeinschaft IT-Law zum Entwurf des Schiedsverfahrens der nic.at, online unter http://www.it-law.at/papers/Anderl_Stellungnahme_Streitschlichtung_Domainvergabestelle_it-law.pdf abrufbar, nachgelesen werden.

²⁶ Eine Anrufung der ordentlichen Gerichte ist gemäß Punkt 11.1 unter Aufschub der Rechtskraft möglich.

²⁷ Zusätzlich verliert der verletzte Dritte durch seinen Verzicht auch seinen Anspruch gegenüber der nic.at.

²⁸ Bei einer solchen Änderungskündigung wird zu prüfen sein, ob damit nicht ein marktbeherrschendes Unternehmen (sowohl die nic.at als auch die DENIC eG sind Monopolisten hinsichtlich der durch sie vergebenen TLD) seine Marktmacht missbraucht.

aufrecht zu erhalten sein. Für diesen Fall wird eine Rechtsmittelinstanz eingeführt werden müssen, andernfalls wird sich sonst wohl auch keiner auf das Verfahren einlassen.²⁹ Des Weiteren sollte auch der abschreckend wirkende Ausschluss des Kostenersatzes nochmals überdacht werden.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Rechtslage keineswegs so klar und eindeutig ist, wie uns die derzeitige herrschende Lehre glauben machen möchte. Wie aufgezeigt, steht vielmehr die gesamte Judikatur auf einem sehr fragwürdigen Fundament. Auch das Ergebnis der Gerichtsentscheidungen ist alles andere als befriedigend. So wird derzeit das Risiko der Domain-Registrierung vom Verletzer bzw. der Domain-Vergabestelle auf den Verletzten übertragen. Es ist daher meines Erachtens dringend geboten, die leider sehr träge Diskussion rund um die Haftung der Domain-Vergabestellen zu beleben. Ziel der Diskussion muss es sein, den Gesetzgeber auf die unsichere Rechtssituation aufmerksam zu machen, damit er diese saniert. Mit der derzeitigen Vergabepaxis begehen die Domain-Vergabestellen meines Erachtens jedenfalls – unter Billigung der Gerichte – tagtäglich zumindest bedingt vorsätzliche Rechtsverletzungen.

²⁹ So sind erfahrungsgemäß – siehe die einschlägigen Entscheidungen in Österreich und Deutschland – gerade domainrechtliche Rechtsstreitigkeiten oft schwer zu beurteilende Einzelfallsentscheidungen. Eine nachträgliche Überprüfungsöglichkeit erscheint daher aus Gründen der Rechtssicherheit unentbehrlich.