

Stellungnahme der wissenschaftlichen Interessengemeinschaft it-law.at zum Entwurf des Streitschlichtungsverfahrens



**Für it-law.at von
Mag. Axel Anderl MAS**

A.	Die Ausgangslage	3
B.	Grundlegendes	4
C.	Die Geschäftsordnung	5
1.	Das Board	5
2.	Die Richter	8
3.	Das Sekretariat	10
4.	Der Domain-Beirat, der Vorstand der Internet Privatstiftung Austria, die nic.at	11
D.	Die Schiedsordnung.....	12
1.	Die Anwendungsvoraussetzungen	13
2.	Die Verfahrensgrundsätze	15
2.1.	Die elektronische Schriftlichkeit und Unmittelbarkeit	15
2.1.	Die Präklusion der Beweismittel	17
2.2.	Das fehlende Rechtsmittel	17
3.	Die Beendigung des Verfahrens	18
4.	Die Wirkungen des Schiedsspruches	19
5.	Bevorzugung von Domain-Grabbern?	20
E.	Konklusio	21

A. Die Ausgangslage

Zur Frage der Haftung der nic.at liegen nunmehr bereits zwei Entscheidungen des OGH vor.¹ In beiden Erkenntnissen hat das österreichische Höchstgericht ausgesprochen, dass die nic.at – entgegen ihrem ständigen Vorbringen in den Verfahren – sehr wohl einer Haftung für die Domain-Vergabe unterliegt. In seinem ersten Urteil, nämlich im Provisorialverfahren „fpo.at“, hat der OGH diese Verantwortlichkeit drastisch eingeschränkt. Mit seiner Entscheidung im Hauptverfahren hat das österreichische Höchstgericht allerdings in aller Deutlichkeit sämtliche Versuche, diese beschränkte Verantwortlichkeit weiter zu reduzieren, klar zurückgewiesen. Somit steht nach der derzeitigen Judikatur eindeutig fest, dass eine Verantwortlichkeit der Domain-Vergabestelle besteht.² Es war somit notwendig, dass die nic.at auf diese Klarstellung reagiert. Als mögliche Handlungsalternativen standen eine komplette Änderung der Vergabepaxis, nämlich hin zu einer (beschränkten) Vorabkontrolle und/oder eine Anpassung der AGB und/oder die Implementierung eines Streitschlichtungsverfahrens zur Auswahl. Während eine Änderung der Vergabepaxis das Problem bei der Wurzel packt und weitere Rechtsverletzungen verhindert, dienen die beiden anderen Gestaltungsmöglichkeiten nur dazu, die Rechtsfolgen einer bereits eingetretenen Rechtsverletzung zwischen den Beteiligten zu klären. Mit dem vorliegenden Entwurf hat sich die nic.at dazu entschlossen, ein Schiedsverfahren zu implementieren und so lediglich rechtsgestalterisch auf die Frage der Haftung einzuwirken.

¹ Einerseits die Entscheidung im Provisorialverfahren „fpo.at“, OGH 13.9.2000, 4 Ob 166/00s, MR 2000, 328=ÖBI 2001, 30=wbl 2001/69=RdW 2001/157, sowie andererseits das Urteil im Hauptverfahren, OGH, 12.9.2001, 4 Ob 176/01p, ecolex 2002, 189.

² Der Vollständigkeit halber sei hier darauf hingewiesen, dass die höchstgerichtliche Judikatur durchaus hinterfragungswürdig ist und auf einem wackeligen Fundament steht. Eine Änderung im Sinne einer weitergehenden Verantwortlichkeit der Domain-Vergabestellen ist daher wünschenswert und nicht auszuschließen (siehe dazu *Anderl*, Kritische Gedanken zur Haftung der Domain-Vergabestellen, AnwBl 2002, 138, online unter www.it-law.at abrufbar).

B. Grundlegendes

Der Gedanke hinter dem vorgestellten Schiedsverfahren ist denkbar einfach: Die nic.at versucht durch Zurverfügungstellung eines Streitschlichtungsverfahrens den durch eine Domain-Registrierung Verletzten zu einem Verzicht auf seine Ansprüche gegenüber der Domain-Vergabestelle zu bewegen. Entsprechend diesem Grundgedanken ist im vorliegenden Entwurf an zwei Stellen verankert, dass der Verletzte mit Unterwerfung unter das Schiedsverfahren auf sämtliche Ansprüche gegenüber der Domain-Vergabestelle verzichtet.³ Es ist im Folgenden zu prüfen, ob das vorgestellte Modell in der derzeitigen Fassung attraktiv genug ist, um den Verletzten zu einem Verzicht seiner Rechte zu veranlassen.

Vorab ist anzumerken, dass das Anbieten eines Streitschlichtungsverfahrens durch die nic.at im Widerspruch zum RFC 1591⁴ steht. In diesem ist festgehalten, dass die nationalen Domain-Vergabestellen im Falle von Domain-Streitigkeiten den Streitparteien lediglich die gegenseitigen Kontaktadressen zur Verfügung stellen müssen, sonst in keiner Weise in das Verfahren involviert sein dürfen.⁵ Diese Verletzung des RFC 1591 ist meines Erachtens aber dadurch gerechtfertigt, als der rechtlich unverbindliche Standard nicht mit der geltenden nationalen Rechtsordnungen vereinbar ist.⁶ So sieht der RFC 1591 die Haftungsfreiheit der nationalen Domain-Vergabestellen vor, was aber – siehe die Entscheidungen des OGH – nicht gesetzeskonform ist. Somit muss es der nic.at gestattet sein, entsprechend den rechtlichen Notwendigkeiten rechtsgestalterisch tätig zu werden. Bei der Implementierung eines Streitschlichtungsverfahrens muss allerdings die

³ Siehe Punkt 6.12 und 11.7 der Schiedsordnung. Diese Redundanz sollte tunlichst behoben werden.

⁴ Der RFC 1591 ist ein internationaler, auf John Postel zurückgehender, rechtlich unverbindlicher Standard der Domain-Vergabe. Die gesamte Vergabepaxis der nic.at baut auf diesen Bestimmungen auf.

⁵ Siehe dazu Punkt 4.1 des RFC.

⁶ Dies gilt auch für die deutsche Rechtslage. Siehe dazu die einschlägigen Deutschen Entscheidungen zB in der Rechtssache „ambiente.de“. Einen Überblick über sämtliche einschlägige österreichische und deutsche Entscheidungen finden Sie in *Anderl*, Überblick über die Judikatur zur Haftung der Domain-Vergabestelle in Österreich und Deutschland, online unter www.it-law.at abrufbar.

Trennung der Organe des Schiedsverfahrens von denen der nic.at – also die Unabhängigkeit des Schiedsverfahrens, unbedingt gewährleistet sein.⁷

C. Die Geschäftsordnung

Wesentliche Grundvoraussetzung für das Funktionieren des Schiedsverfahrens ist die zugrundeliegende Geschäftsordnung. Diese regelt die organisatorischen Belange, wie zB die Bestellung der Schiedsrichter und die für das Streitschlichtungsverfahren notwendigen organisatorischen Einheiten. Gemäß dem vorliegenden Entwurf der Geschäftsordnung für das Schiedsverfahren sind folgende Institutionen/Personen mit Aufgaben betraut: Die Schiedsrichter, das Sekretariat, das Board, der Domain-Beirat, die nic.at und der Vorstand der Internet Privatstiftung.

1. Das Board

Die Mitglieder dieser Organisationseinheit werden vom Vorstand der Internet Privatstiftung Austria auf Vorschlag des Domainbeirates für die Dauer von zwei Jahren bestellt. Hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder des Boards besteht derzeit ein Widerspruch zwischen der Geschäftsordnung und der Schiedsordnung. So sieht die Geschäftsordnung in § 17 Abs 2 vor, dass das Board aus drei Mitgliedern bestehen soll, von denen je ein Mitglied eine juristische, eine kaufmännische und eine technische Ausbildung aufweisen soll. Punkt 4.1 der Schiedsordnung statuiert dagegen, dass das Schiedsgericht aus *mindestens* drei Mitgliedern bestehen soll. Angesichts der genaueren Regelung dieser Frage in der Geschäftsordnung⁸ und des Umstandes, dass die Frage der Bestellung und Qualifikation der Organe eigentlich eher in der Geschäfts- als in der Schiedsordnung geregelt werden sollte, gehe ich im

⁷ Die Notwendigkeit eines unabhängigen Verfahrens ergibt sich schon aus allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen. Darüber hinaus sieht der RFC in Punkt 3.3 vor, dass die Domain-Vergabe durch die Domain-Vergabestelle unparteiisch erfolgen muss. Eine Involvierung der nic.at in das Streitschlichtungsverfahren würde dieser Anforderung zuwider laufen.

⁸ Dort wird ja auch die notwendige Kompetenzen der Mitglieder geregelt.

Weiteren von einer mit drei Mitgliedern gewollten Besetzung aus. Auf jeden Fall ist der aufgezeigte krasse Widerspruch unbedingt zu beseitigen.

Die Kompetenzen des Boardes sind die Bestellung der Schiedsrichter,⁹ die Entscheidung über Befangenheit von Richtern,¹⁰ die Enthebung des Richters wegen Verhinderung, Untätigkeit und Verzögerung des Verfahrens,¹¹ Bestellung des Sekretariates¹² und im Falle der dauerhaften Verhinderung des Sekretariates die ersatzweise Ausübung dessen Funktion bis zur Bestellung eines neuen Sekretariats.¹³

Auffallend ist, dass somit sämtliche wesentlichen Kompetenzen beim Board zusammenlaufen. Erschreckend ist daher die eigentlich nicht vorhandene Regelung über die Qualifikation der Mitglieder dieser Organisationseinheit. Wie schon oben ausgeführt, sieht die Bestimmung lediglich vor, dass je ein Mitglied eine juristische, technische sowie kaufmännische Ausbildung haben muss. Es ist im Entwurf nicht einmal geregelt, welche Qualität die Ausbildung haben muss (Universität, FH, Berufsschule oder Lehre?). Diese Regelung eröffnet somit dem das Board bestellenden Organ eine vollkommen ungebundene, freie Entscheidung. Diese schon in Hinblick auf die bereits angesprochene Machtkonzentration beim Board bedenkliche Situation wird durch einen Blick auf das zur Bestellung des Boards befugte Organ weiter verschärft: So ist der Eigentümer der nic.at, nämlich die Internet Privatstiftung Austria durch ihren Vorstand, zur Bestellung befugt.¹⁴ Es ergibt sich somit eine äußerst unglückliche Optik: Der Eigentümer der nic.at, die sich mit Hilfe des Streitschlichtungsverfahrens vor einer weiteren Inanspruchnahme durch Dritte schützen möchte, bestellt in einer reinen Ermessensentscheidung das höchste

⁹ Siehe § 18 Abs 1 der Geschäftsordnung.

¹⁰ Siehe § 5 Abs 5 und § 18 Abs 3 der Geschäftsordnung. Die Redundanz ist zu beseitigen.

¹¹ Siehe § 5 Abs 6 der Geschäftsordnung.

¹² Siehe § 14 der Geschäftsordnung.

¹³ Siehe § 16 Geschäftsordnung. Hinsichtlich dieses Punktes besteht ein Widerspruch zwischen der Überschrift „Kurzzeitige Verhinderung des Sekretariats“ und dem Inhalt der Regelung „...fällt es auf Dauer aus...“. Dieser Missstand ist zu beseitigen.

¹⁴ Diese Bestellung erfolgt auf Vorschlag des Domain-Beirates, einem Beratungsorgan des Vorstandes der Internet Privatstiftung Austria.

Organ der Streitschlichtung. Von einer Trennung Streitschlichtungsverfahren – nic.at, wie es die nic.at dies auf Ihrer Website und in Ihrem Begleitschreiben zur Einführung des Schiedsgerichtsverfahrens propagiert, kann keine Rede sein.¹⁵

Des Weiteren ist auch die personelle Zusammensetzung des Boards rechtlich sehr problematisch. So ist – wie oben ausgeführt – vorgesehen, dass lediglich ein Mitglied juristische Kenntnisse hat. Da dem Board gewichtige juristische Kompetenzen zukommen, bedeutet dies, dass auch juristische Laien über diese schwierigen und mit weitreichenden Folgen verbundenen Fragen entscheiden. Auf Grund der vorgesehenen Beschlussfassungsquoren – nämlich einfache¹⁶ bzw absolute Mehrheit¹⁷ - besteht sogar die Möglichkeit, dass die beiden Nichtjuristen den Juristen in Abstimmungen überstimmen. Dies ist vor allem bei der sensiblen juristischen Frage der Befangenheit von Richtern äußerst problematisch und daher abzulehnen. Zu dieser Kompetenz des Boards – nämlich dem direkten Eingriff in laufende Verfahren – ist weiters kritisch anzumerken, dass das entscheidende Gremium auf Grund seiner eigenen Bestellungsmodalitäten – siehe dazu oben – nicht die notwendige Unabhängigkeit zur Beschlussfassung aufweist.

Besonders problematisch erscheint in diesem Licht auch die Entscheidungskompetenz des Boards, einen Richter gemäß § 5 Abs 6 der Geschäftsordnung wegen Verhinderung, Untätigkeit oder Säumigkeit zu entheben. Bei der soeben angesprochene Bestimmung ist nicht näher geregelt, was unter „Enthebung“ zu verstehen ist. Wird der Richter in diesem Fall nur vom konkreten Verfahren enthoben oder überhaupt seines Richteramtes? Weiters ist im Entwurf vorgesehen, dass das Board eine Enthebung bei einer nicht bloß vorübergehenden

¹⁵ Siehe dazu „Rückblick auf die Konferenz E-Governance 2002“, online abrufbar unter <http://nic.at/german/presse.html>, sowie das angesprochene Konsultationspapier der nic.at, abrufbar unter <http://www.nic.at/streitschlichtung/Konsultationspapier.pdf>.

¹⁶ Siehe § 19 Geschäftsordnung.

¹⁷ Siehe Punkt 4.7. der Schiedsverfahrensordnung. Fraglich ist allerdings, wo bei einem Dreipersonengremium der Unterschied zwischen einer relativen und einer absoluten Mehrheit sein soll. Diese sinnlose Unterscheidung dürfte auf den oben aufgezeigten Widerspruch in den Entwürfen hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder des Boards zurückzuführen sein.

Verhinderung auch ohne Antrag der Parteien verfügen darf. Nicht geregelt ist allerdings, wann von einer solchen „nicht vorübergehenden Verhinderung“ ausgegangen werden kann. Somit wird dem Board eine nicht näher konkretisierte massive Einflussmöglichkeit auf die Richter gewährt.

2. Die Richter

Ähnliche Probleme wie beim Board stellen sich auch hinsichtlich der Frage der notwendigen Qualifikation der Richter. So sieht der Entwurf der Geschäftsordnung in § 1 Abs 1 vor, dass nur voll geschäftsfähige Personen, die über besondere Kenntnisse und Erfahrungen auf rechtlichem, kaufmännischem oder technischem Gebiet verfügen, zum Richter ernannt werden können. Diese Voraussetzungen werden im Abs 2 des § 1 Geschäftsordnung etwas näher präzisiert: So müssen Juristen zumindest ein absolviertes juristisches Hochschulstudium sowie eine einjährige Berufspraxis aufweisen können. Für den Rest der Schiedsrichter reicht eine mindestens einjährige einschlägige Berufspraxis auf dem Gebiet der Internet- und EDV-Technik oder des kaufmännischen Wesens. Diese Regelungen der Qualifikation sind vollkommen unzureichend und zugleich auch noch inkonsistent. So ist der vorgegebene Standard dermaßen niedrig und undefiniert, dass er keinesfalls zur Auswahl geeigneter Kandidaten geeignet ist. Des Weiteren stellt sich die Frage, wieso für Juristen ein abgeschlossenes Studium Voraussetzung ist, während dies bei den anderen Schiedsrichtern nicht vorgesehen ist. Weiters fällt auf, dass die Bestellungsbedingungen für Mitglieder des Boards weit unter dem bereits sehr niedrigen Standard für Schiedsrichter liegt. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen über die Bestellung des Boards ergibt sich daher folgendes Gesamtbild: Das Board wird in einer reinen Ermessensentscheidung im Grunde vom Eigentümer der nic.at bestellt. Das Board wiederum bestellt seinerseits ebenfalls in einer reinen Ermessensentscheidung die Richter des Schiedsverfahrens. In der Praxis hat der Eigentümer der nic.at somit indirekt eine massive Einflussmöglichkeit auf die Bestellung der Richter. Damit besteht auch hinsichtlich der Bestellung von

Richtern ein unglückliche Optik und eine unzulässige Verbindung zwischen der nic.at und den einzelnen Richtern.

Das Schiedsgericht besteht im Regelfall aus einem Einzelrichter, auf Antrag einer Partei aus einem Dreiersenat.¹⁸ Während der Einzelrichter ein Jurist sein muss, sieht die Schiedsordnung für den Dreiersenat vor, dass jeweils ein Mitglied über juristische, kaufmännische bzw technische Ausbildung verfügen muss. Die Beschlussfassung im Dreiersenat erfolgt mittels relativer Stimmenmehrheit.¹⁹ Im Dreiersenat stehen somit dem Juristen zwei Laienrichter gegenüber, wobei alle stimmrechtlich gleichberechtigt sind. Diese Situation ist äußerst bedenklich. So stellt sich die Frage, welche besonderen Fähigkeiten bzw Wissen die beiden Laienrichter in das Verfahren einbringen können. Domainrechtsstreitigkeiten verursachen keine besonderen technischen oder kaufmännischen Schwierigkeiten.²⁰ Aus rechtlicher Sicht sind Domainrechtsstreitigkeiten dagegen in der Regel äußerst komplex und diffizil, so dass diese nur von einschlägig tätigen Rechtsexperten richtig gelöst werden können. Es ist völlig undenkbar, dass der einzige Jurist im Dreiersenat den Laienrichtern die Rechtslage derart erklären kann, dass diese in weiterer Folge in der Lage sind, sich selbstständig eine juristisch fundierte Meinung zu bilden. Vielmehr führt diese Stimmkonstellation dazu, dass es am Juristen liegen wird, seine Mitrichter von der richtigen Rechtsansicht zu überzeugen. Schlägt dieser Versuch fehl, können die beiden Laienrichter den Juristen überstimmen und so eine in der Regel nicht gesetzmäßige Entscheidung treffen.^{21, 22} Der Dreiersenat in der derzeitigen Fassung

¹⁸ Siehe Punkt 5.1 und 5.2 der Schiedsgerichtsordnung.

¹⁹ Siehe Punkt 7.5. der Geschäftsordnung

²⁰ Das für die Lösung solcher Sachverhalte notwendige technische und kaufmännische Grundwissen weist auch ein entsprechend qualifizierter Richter vor. Es läge daher am Entwurf, durch die Postulierung entsprechender Qualifikationskriterien dafür zu sorgen, dass die Entscheidungsorgane auch in der Realität über die notwendigen Fähigkeiten verfügen. Dies wurde im vorliegenden Entwurf allerdings verabsäumt.

²¹ Zur Problematik der Beteiligung von Laien in Verfahren sei hier abschreckend auf das Kartellverfahren verwiesen. So ist einer der Hauptpunkte der auch auf Grund der äußerst umstrittenen Profil-Format Zusammenschlussentscheidung geplanten Reform des Kartellgesetzes die Zurückdrängung des Einflusses der Laienrichter. Nunmehr soll in allen Instanzen des Kartellverfahrens die Mehrheit des Stimmgewichtes bei den Berufsrichtern liegen.

²² In der derzeitigen Zusammensetzung wird der eigentliche Zweck eines Dreiersenates, nämlich eine verstärkte Entscheidung zu bewirken, somit ins genaue Gegenteil umgekehrt.

ist daher als Rechtsfindungsorgan absolut ungeeignet, ebenso gut könnte statt dessen eine Entscheidung per Los vorgenommen werden.²³

Ein weiterer Kritikpunkt ist die viel zu geringe Entschädigung für die Tätigkeit der Schiedsrichter. Derzeit sind für Einzelrichter und Vorsitzende € 200,--, für die weiteren Schiedsrichter € 100,-- vorgesehen.²⁴ Berücksichtigt man die Stundensätze fachlich qualifizierter Rechtskundiger im IT-Bereich²⁵ ist zu befürchten, dass mit der angebotenen Entschädigung kaum Personen mit „besonderen Kenntnissen“ zu gewinnen sein werden bzw. die Richter die Fälle mit möglichst wenig Aufwand betreiben werden.

3. Das Sekretariat

Die Nächste zu beleuchtende Organisationseinheit ist das Sekretariat, dem die administrative Abwicklung der Streitfälle obliegt.²⁶ Die Mitglieder, von welchen grundlegende juristische Kenntnisse gefordert werden,²⁷ werden durch das Board bestellt.²⁸ Auch hier ist wieder auf die Problematik der Bestellung und der unzureichend festgelegten Qualifikationserfordernisse hinzuweisen.

Fast skurril ist aber folgender Punkt: Gemäß § 15 der Geschäftsordnung ist das Sekretariat an keine Weisungen gebunden. Zwei Paragraphen weiter vorne²⁹ wird dagegen festgehalten, dass das Sekretariat bei der nic.at angesiedelt, und dieser für seine geschäftliche Gebarung verantwortlich ist. Diese Bestimmung ist höchst bedenklich. Schon allein die räumliche Verknüpfung zwischen der nic.at und dem

²³ Ist man daher trotzdem der Meinung, daß die Beziehung von Personen mit technischer und kaufmännischer Ausbildung notwendig ist, dann dürfen diese nur beratende Funktion, keinesfalls aber eine gleichberechtigte Stimme haben.

²⁴ Siehe § 6 der Geschäftsordnung.

²⁵ So sind etwa € 350,-- pro Stunde ein in der Branche üblicher und angemessener Stundensatz.

²⁶ Siehe § 11, § 12 der Geschäftsordnung. Wiederum ist ein und dieselbe Sache doppelt geregelt. Auch hier gehört der Entwurf gestrafft.

²⁷ Siehe § 12 der Geschäftsordnung.

²⁸ Siehe § 14 der Geschäftsordnung.

²⁹ Somit in § 13 der Geschäftsordnung.

Sekretariat wirft automatisch die Frage des Einflusses der nic.at auf das Streitschlichtungsverfahren auf. Die unzulässige Verknüpfung geht allerdings wesentlich über diese schiefe Optik hinaus. So wird aus der in § 13 Abs 1 festgeschriebenen Verantwortlichkeit des Sekretariats, welche im Entwurf nicht näher geregelt wird, wohl auch ein Weisungsrecht der nic.at in wirtschaftlichen Angelegenheiten abzuleiten sein. Ohne einem solchen Weisungsrecht würde die Verantwortlichkeit in wirtschaftlichen Angelegenheiten ins Leere laufen. Es braucht hier wohl nicht näher erläutert werden, welchen massiven Einfluss die nic.at auf das Sekretariat auf Grund der wirtschaftlichen Abhängigkeit ausüben kann. Einmal mehr zeigt sich somit die unzulässige Verflechtung der nic.at mit den geplanten Organisationseinheiten des Schiedsverfahrens.

Neben der aus § 13 Abs 1 ableitbaren wirtschaftlichen Weisungsgebundenheit statuiert § 13 Abs 2 ausdrücklich, dass das Sekretariat in allen Angelegenheiten gegenüber den Schiedsrichtern weisungsgebunden ist. Die in § 15 der Geschäftsordnung festgehaltene Weisungsfreiheit des Sekretariats ist somit überhaupt ohne jegliche Bedeutung und wurde als reines Bonmot eingeführt. An diesen widersprüchlichen Regelungen wird deutlich, wie wenig ausgegoren der vorliegende Entwurf noch ist und dass die derzeitige Konsultationsphase eigentlich viel zu früh angesetzt ist.

4. Der Domain-Beirat, der Vorstand der Internet Privatstiftung Austria, die nic.at

Im Zuge der Betrachtungen wurde bereits mehrfach auf die unzulässigen Verflechtungen zwischen den Organen des Schiedsverfahrens und der nic.at hingewiesen. Sämtliche Organe leiten nach dem derzeitigen Entwurf ihre Kompetenz direkt oder indirekt vom Vorstand der Internet Privatstiftung Austria, dem Eigentümer der nic.at, ab. Wie schon ausführlich dargelegt sind zusätzlich die notwendigen Qualifikationen der einzelnen Organträger dermaßen ungeregelt, dass die Bestellungen auf reine Ermessensentscheidungen hinauslaufen. Solcherart wird dem Vorstand der Internet Privatstiftung Austria in der Praxis selbst auf die Bestellung der

Richter ein wesentlicher Einfluss zukommen. Dieser Umstand dürfte – da er sich durch den gesamten Entwurf wie ein roter Faden zieht – nicht ungewollt sein. Wie stark die aufgezeigte unzulässige Verflechtung ist, wird auch bei der Regelung der Änderungskompetenz in der Schiedsgerichtsordnung deutlich: So kann eine solche Änderung nur durch die Internet Privatstiftung Austria erfolgen.³⁰

Wie schon einleitend ausgeführt, ist bei der Implementierung eines Schiedsverfahrens von grundlegender Bedeutung, jegliche Parteilichkeit und Involvierung der nic.at in das Verfahren zu verhindern. Demnach hätte dem Eigentümer der nic.at höchstens das Recht zukommen dürfen, nach genau festgelegten Kriterien ein Board zu bestellen, welches in weiterer Folge völlig weisungsfrei sämtliche anderen Organe bestellt.³¹ Mit dem vorliegenden Entwurf ist man von einer solchen sauberen Lösung allerdings sehr weit entfernt. Vielmehr ist in diesem Entwurf sogar die nic.at selbst direkt in das Verfahren eingebunden. So ist bei der nic.at das Sekretariat angesiedelt, demgegenüber die nic.at sogar ein Weisungsrecht in wirtschaftlichen Angelegenheiten besitzt.

D. Die Schiedsordnung

Wie schon aufgezeigt weist die Geschäftsordnung leider einige schwerwiegende Mängel auf. Es wird nunmehr in weiterer Folge zu prüfen sein, ob zumindest die Schiedsordnung den Ansprüchen an ein kompetentes und faires Verfahren gerecht wird.

³⁰ Siehe § 18 der Geschäftsordnung.

³¹ Eine Weisungsfreiheit des Boardes ist im vorliegenden Entwurf in der Schiedsordnung unter Punkt 4.5 bereits vorgesehen. Diese Weisungsfreiheit kann derzeit allerdings auf Grund der faktisch nicht vorhandenen Qualifikationsmerkmale bei der Bestellung der Mitglieder des Boardes durch Installation von Vertrauensleuten allzu leicht umgangen werden.

1. Die Anwendungsvoraussetzungen

Gemäß § 577 ZPO ist für die Anwendung eines Schiedsverfahrens die schriftliche Unterwerfung unter dasselbe erforderlich. Gemäß Abs 3 der zitierten Norm kann diese Unterwerfung auch auf elektronischem Weg erfolgen.³² Eine solche Unterwerfung kann entweder für einen konkreten Einzelfall oder generell für sämtliche Streitigkeiten aus einem Rechtsverhältnis erfolgen. Somit könnte die nic.at durch eine Änderung ihrer AGB im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner – nämlich dem Domain-Anmelder – eine generelle Unterwerfung unter das Schiedsverfahren für sämtliche aus der Domainregistrierung resultierenden Streitigkeiten vorsehen. Im Verhältnis zum verletzten Dritten ist auf Grund der fehlenden Vertragsbeziehung zur nic.at jedenfalls immer eine ausdrückliche Unterwerfung im jeweiligen Einzelfall notwendig.

Für den derzeitigen „Probetrieb“ ist keine Änderung der AGB geplant, sondern ausschließlich eine Unterwerfung der Streitparteien im Einzelfall. Dies freilich stellt die nic.at vor die Schwierigkeit das Schiedsverfahren so ausgestalten zu müssen, dass sich beide Parteien freiwillig unterwerfen. Das wird nur dann zu erreichen sein, wenn das Schiedsverfahren für beide Parteien gleichermaßen Vorteile gegenüber einem „normalen“ gerichtlichen Verfahren bringt. Dies steht allerdings im Spannungsfeld mit der Problematik, dass der Verletzte um in den Genuss des Schiedsverfahrens zu kommen, auf sämtliche Ansprüche gegenüber der nic.at verzichten soll. Dazu wird er allerdings nur dann bereit sein, wenn ihm für diese (einseitige) Last ein besonderer Vorteil gewährt wird. Dies kann aber natürlich nur zu Lasten der Interessen des Domain-Anmelders gehen, der sich in diesem Fall eben nicht freiwillig unterwerfen würde.

³² Somit kann eine Unterwerfungserklärung auch per E-Mail abgegeben werden.

Für die Zukunft hat die nic.at mitgeteilt,³³ sich sehr wohl eine Änderung der AGB im Sinne einer verpflichtenden Unterwerfung des Domain-Anmelders vorstellen zu können. Eine solche Maßnahme würde natürlich die Ausgestaltung der Schiedsordnung wesentlich erleichtern, könnte man so die notwendigen Anreize für den Verletzten, sich trotz Anspruchsverzicht dem Schiedsverfahren zu unterwerfen, schaffen. Problematisch erscheint bei einer solchen Änderung der AGB allerdings die Frage des Missbrauches der Marktmacht durch die nic.at. Unstrittig hat die nic.at hinsichtlich der Vergabe der TLD at ein Monopol oder zumindest eine marktbeherrschende Stellung inne.³⁴ Somit wird zu prüfen sein, ob die zwingende Implementierung einer Schiedsordnung durch die nic.at mit der Folge der Verschlechterung der Position des Domain-Anmelders gegenüber einem „normalen“ Verfahren mit dem Zweck, für sich selbst eine Haftungsfreistellung zu erreichen,³⁵ einen Missbrauch der Marktmacht darstellt. Meines Erachtens ist diese Frage höchst problematisch. Sollte die aus schiedsverfahrenstechnischer Sicht zweckmäßige Implementierung einer verpflichtenden Unterwerfung des Domain-Anmelders tatsächlich eingeführt werden, ist jedenfalls mit großen Widerständen und daher auch mit einer gerichtlichen Klärung dieser Frage zu rechnen.

Momentan ist jedenfalls – wie bereits oben ausgeführt – keine verpflichtende Unterwerfung unter das Streitschlichtungsverfahren vorgesehen. Es wird daher im

³³ Siehe dazu „Rückblick auf die Konferenz E-Governance 2002“, online abrufbar unter <http://nic.at/german/presse.html> sowie das Konsultationspapier der nic.at, abrufbar unter <http://www.nic.at/streitschlichtung/Konsultationspapier.pdf>.

³⁴ Die österreichischen Gerichte haben sich zu dieser Frage noch nicht geäußert. Hinsichtlich der DENIC e.G. und der TLD .de ist allerdings das Bestehen einer zumindest marktbeherrschende Stellung der Domain-Vergabestelle bereits gefestigte Judikatur. Siehe dazu die Entscheidungen der Gerichte in der Rechtssache „ambiente.de“ (LG Frankfurt am Main, 14. 10. 1998, 2/06 O 283/98, OLG Frankfurt, 14.9.1999, 11 U Kart 59/98, BGH, 17.5.2001, I ZR 251/99) sowie das LG Frankfurt in der Rechtssache „01051.de“.

³⁵ Nach den Ausführungen der nic.at im begleitenden Konsultationspapier müsste eigentlich bereits der derzeitige Entwurf des Streitschlichtungsverfahrens als für den Verletzten von Vorteil qualifiziert werden. So führt die in diesem Zusammenhang propagierte die kurze Verfahrensdauer und die schnelle Durchsetzbarkeit der Entscheidung – würden diese Tatsachen zutreffen (dazu weiter unten) bereits zu einer einseitigen Bevorteilung: Der derzeitige Domain-Inhaber hat in der Regel kein Interesse an einer schnellen Entscheidung, die dazu auch noch schnell umgesetzt werden kann.

Folgenden aufgearbeitet, ob mit diesem Entwurf eine freiwillige Unterwerfung der Streitparteien unter die Schiedsordnung realistischer Weise erreicht werden kann.

2. Die Verfahrensgrundsätze

Bei den im Entwurf festgelegten Verfahrensgrundsätzen fallen folgende zentrale Punkte des Schiedsverfahrens auf: Die schriftliche, elektronische Verfahrensführung,³⁶ die fehlende Unmittelbarkeit³⁷, die Präklusion sämtlicher nicht in der Klage bzw. Klagebeantwortung vorgebrachter Beweise³⁸, das fehlende Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Schiedsgerichtes sowie der mangelnde Kostenersatz. Aus den hier angeführten Regelungen ist klar ersichtlich, dass eine schnelle Entscheidung das zentrale Anliegen des vorliegenden Entwurfes ist. Zu den einzelnen Punkten im Detail:

2.1. Die elektronische Schriftlichkeit und Unmittelbarkeit

Hinsichtlich der elektronischen Schriftlichkeit des Verfahrens ist der vorliegende Entwurf des Schiedsverfahrens nicht konsequent eingehalten. Gemäß Punkt 3.2 der Schiedsordnung, der die Zustellung im Allgemeinen regelt, ist eine Zustellung per e-mail lediglich eine von mehreren möglichen Zustellungsarten, der allerdings nach Möglichkeit der Vorzug zu geben ist. Gemäß Punkt 7.1 der Schiedsordnung ist das weitere Verfahren nach Klage und Klagebeantwortung dagegen zwingend per e-mail durchzuführen.

Des Weiteren sind die Regelungen über das elektronische Verfahren nicht vollständig durchdacht und können so nicht die für ein solches Verfahren notwendige Sicherheit Gewähr leisten. So sieht der Entwurf der Schiedsordnung lediglich für das

³⁶ Siehe Punkt 7.1 der Schiedsordnung: „Das weitere Verfahren wird elektronisch per e-mail durchgeführt“, Punkt 3.2 „...Zustellung per e-mail der Vorzug zu geben“.

³⁷ Siehe § 4 Geschäftsordnung: „Der Umstand dass ein Schiedsrichterwechsel stattgefunden hat, begründet keine Einwendung gegen die Fortsetzung des Verfahrens oder den gefällten Schiedsspruch“.

³⁸ Siehe Punkt 6.11 der Schiedsordnung.

Einbringen der Klage und der Klagebeantwortung das Anbringen einer elektronischen Signatur vor.³⁹ Meines Erachtens ist bereits diese Bestimmung unzureichend. Aus Zurechnungs- und Sicherheitsgründen müsste der Entwurf vielmehr das Anbringen einer *sicheren* elektronischen Signatur vorsehen. Dies allerdings nicht nur für die Klage und Klagebeantwortung, sondern für sämtliche andere Schriftstücke, insbesondere auch für Schriftstücke, die den Parteien vom Schiedsrichter übermittelt werden. Für diese ist nach der derzeitigen Fassung des Entwurfes nicht einmal eine einfache Signatur zwingend vorgesehen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob angesichts der geringen Marktdurchdringung mit sicheren Signaturen ein solches sicheres elektronisches Verfahren in der Praxis bereits tatsächlich durchführbar ist.⁴⁰ Trotzdem darf auf das Erfordernis der sicheren elektronischen Signatur aus den erwähnten Sicherheitsgründen keinesfalls verzichtet werden.

Weiters spricht gegen ein ausschließlich schriftliches Verfahren der fehlende Eindruck des Richters von den beteiligten Parteien und den Zeugen.⁴¹ Wie man aus der allgemeinen Verfahrenspraxis weiß, ist es leicht, mittels eines Schriftsatzes einen bestimmten, gewollten Eindruck zu erwecken und Tatsachen vorzuspielen, die bei einer persönlichen Konfrontation in sich zusammenbrechen. Meines Erachtens sollte daher sehr wohl eine verpflichtende mündliche Tagsatzung zur Erörterung der Sachlage stattfinden – auch wenn dies der gewollten Verfahrensbeschleunigung widerspricht.

Ebenfalls sehr bedenklich ist die Regelung des § 8 Abs 1 Geschäftsordnung, wonach die Schiedsrichter untereinander mittels elektronischer Hilfsmittel kommunizieren und ein Treffen zur Entscheidungsfindung nicht zwingend vorgesehen ist. Zum einen

³⁹ Siehe Punkt 6.2 und 6.8 der Schiedsordnung.

⁴⁰ So müssten wohl die meisten Streitparteien sich extra für das Verfahren eine elektronische Signatur besorgen, was zusätzliche Kosten und Mühen bedeutet. Gänzlich undurchführbar wird das Verfahren dann, wenn eine Partei im Ausland, in dem noch keine sicheren Signaturen verfügbar sind, wohnt.

⁴¹ § 10 Abs 1 der Geschäftsordnung sieht vor, dass das Verfahren grundsätzlich schriftlich ist. Lediglich wenn die Schiedsrichter es für nötig erachten, können Sie eine mündliche Verhandlung anberaumen.

stellen sich auch hier die schon oben ausgeführten Sicherheitsbedenken. Zum anderen kann sich ein Nichtzusammentreffen der Schiedsrichter auf Grund der Zusammensetzung des Dreiersenat fatal auf die Entscheidung auswirken. Da – wie schon ausgeführt – lediglich ein Mitglied des Dreiersenates über juristische Kenntnis verfügt, ist für das Zustandekommen eines juristisch fundierten Gutachtens die Erörterung der Rechtslage sowie die Anleitung und Überzeugung der Laienrichter durch den Juristen notwendig. Sehr fraglich ist, ob diese mühevollen und umfassenden Aufgabe im elektronischen Weg erfüllt werden kann.

2.1. Die Präklusion der Beweismittel

Die im Entwurf vorgesehene Präklusion sämtlicher nicht in der Klage und Klagebeantwortung angeführten Beweismittel ist grundsätzlich geeignet, das Verfahren nachhaltig zu straffen und ist daher zu begrüßen. Kritisch ist allerdings anzumerken, dass die konkrete Regelung nicht mit den übrigen Bestimmungen des Entwurfs harmonisiert. So sieht Punkt 7.1 der Schiedsordnung die Möglichkeit der Replik auf die Klagebeantwortung sowie der Replik auf die Replik durch die Gegenseite vor. Eine Replik macht allerdings nur dann Sinn, wenn damit auch ergänzende Vorbringen und Beweismittel gestattet kann. Aus Gründen der Waffengleichheit muss zumindest dem Kläger auf die Klagebeantwortung eine Replikmöglichkeit unter Nennung weiterer Beweise gegeben werden. Während der Beklagte mit der Klagebeantwortung bereits auf die Klage und die angebotenen Beweismittel reagieren kann, weiß der Kläger im Vorhinein nicht, wie sich der Beklagte verantworten wird. Somit muss auch ihm die Möglichkeit der Reaktion auf das Vorbringen des Prozessgegners gegeben werden.

2.2. Das fehlende Rechtsmittel

Im vorliegenden Entwurf der Schiedsordnung ist kein Rechtsmittel gegen die Entscheidungen des Schiedsgerichtes vorgesehen. Da stattdessen allerdings eine

nachherige Anrufung der ordentlichen Gerichte möglich ist,⁴² ist dieser Umstand derzeit kein entscheidender Nachteil. Sollte diese Möglichkeit allerdings einmal abgeschafft werden, ist meines Erachtens die Einführung einer Instanz unbedingt erforderlich.⁴³ So sind Domain-Entscheidungen typischerweise schwierige Einzelfallsentscheidungen. Ein Domain-Sachverhalt ist in der Regel äußerst strittig und führt oftmals zu Pioniersentscheidungen. Somit erscheint aus Gründen der Rechtssicherheit mindestens eine Kontrollinstanz unbedingt erforderlich. Auch von Seiten der potenziellen Streitparteien, denen die soeben aufgezeigte Problematik in der Regel bewusst ist, wird nur eine sehr geringe Bereitschaft bestehen, sich der Lotterie einer Eininstanzentscheidung zu unterwerfen.⁴⁴

3. Die Beendigung des Verfahrens

Gemäß Punkt 7.2 der Schiedsordnung hat der Schiedsrichter spätestens drei Monate nach Klageeinbringung eine Entscheidung in der Schiedssache zu fällen.⁴⁵ Wie ein Schiedsverfahren zu beenden ist, wird in Punkt 10 der Schiedsordnung geregelt. Neben den „normalen“ Beendigungsarten (Erlassung eines Schiedsspruches, Abschluss eines Schiedsvergleiches, Zurückstellung der Klage bei Formmängel) findet man dort unter Punkt 10.1.5 überraschenderweise auch die Möglichkeit der Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg. Notwendige nähere Ausführungen zu dieser Bestimmung sucht man im Entwurf vergeblich. Somit wird die vorliegende Bestimmung wohl so zu lesen sein, dass der Richter die Befugnis, die Parteien nach eigenem Ermessen an das ordentliche Gericht zu verweisen. Der Richter kann also – wenn er überlastet ist oder ihm der Sachverhalt zu schwierig erscheint – eine Sachentscheidung verweigern. Im Extremfall kann der Richter somit am letzten Tag seiner dreimonatigen Entscheidungsfrist den Parteien ohne Angaben von Gründen

⁴² Siehe Punkt 11 der Schiedsordnung, zu den Auswirkungen dieser Bestimmung siehe dazu unten Punkt D 4 und 5 dieser Stellungnahme.

⁴³ So hat sich die nic.at vorbehalten, nach Ende des Probebetriebes die Anrufung der ordentlichen Gerichte ersatzlos zu streichen.

⁴⁴ Dies gilt ganz besonders für die Entscheidungen des Dreiersenates, welche auf Grund der Zusammensetzung des Organes – siehe meine obigen Ausführungen – sehr willkürgefährdet sind.

⁴⁵ Nähere Ausführungen zu diesem ehrgeizigen Ziel sogleich im Punkt D 5 dieser Stellungnahme.

mitteilen, dass er nicht daran denkt, in der Sache eine Entscheidung zu treffen und sie auf den ordentlichen Rechtsweg verweisen. Im Entwurf wird auch nicht geregelt, was bei der Verweigerung der Sachentscheidung mit den erlegten Verfahrenskosten passieren sollen. Mangels anders lautender Bestimmung wird davon auszugehen sein, dass diese dem Richter dann ungemindert zustehen.

4. Die Wirkungen des Schiedsspruches

Nach dem derzeitigen Entwurf ist innerhalb von 4 Wochen nach Zustellung des Schiedsspruches die Anrufung der ordentlichen Gerichte zulässig.⁴⁶ Aus der Sicht des Rechtsschutzes ist diese Möglichkeit zu begrüßen.⁴⁷ Aus der Sicht der eigentlichen Intention des Schiedsverfahrens, nämlich eine schnelle Entscheidung herbeizuführen, ist diese Möglichkeit hingegen völlig kontraproduktiv. Es zeigt sich somit, dass die in Punkt 7.2 der Schiedsordnung geregelte drei monatige Entscheidungsfrist ein reiner Etikettenschwindel ist. Außer in ganz klaren Rechtssachen wird nämlich wohl kaum eine unterlegene Streitpartei auf die Anrufung der ordentlichen Gerichte verzichten.⁴⁸ Somit wird zu der postulierten Schiedsverfahrensdauer in der Regel auch noch die Verfahrensdauer vor den ordentlichen Gerichten dazuzuzählen sein. Somit wird de facto die bislang schon lange Verfahrensdauer in Domainstreitigkeiten um weitere drei Monate verlängert werden.

Selbst bei Beseitigung der Anrufungsmöglichkeit der ordentlichen Gerichte wird die 3 monatige Verfahrensdauer nicht aufrecht zu halten sein. In diesem Fall wird – wie schon oben ausgeführt – aus Rechtsschutzgründen eine zweite Instanz einzuführen sein, was zusätzliche Zeit in Anspruch nehmen wird.

⁴⁶ Siehe Punkt 11.1 des Schiedsentwurfes.

⁴⁷ Siehe dazu obige Ausführungen unter Punkt D 2.2 dieser Stellungnahme.

⁴⁸ Wobei selbst bei ganz eindeutigen Sachverhalten eine Anrufung der ordentlichen Gerichte von böswilligen Domain-Grabbern als Verzögerungstaktik sehr beliebt sein wird. Siehe dazu gleich anschließend Punkt D 5 der Stellungnahme.

5. Bevorzugung von Domain-Grabbern?

Die schon aufgezeigten Missstände und Unzulänglichkeiten des vorliegenden Entwurfes der Schiedsordnung zahn so unglücklich ineinander, dass schlussendlich eine massive Bevorzugung von böswilligen Domain-Inhabern festgestellt werden kann. Zur Veranschaulichung ein Beispiel:

Ein durch eine Domain Verletzter bringt gegen einen böswilligen Domain-Grabber eine Schiedsklage ein. Gemäß Punkt 6.1 der Schiedsordnung hat er sogleich die Kosten des Verfahrens zu erlegen. Mit Einbringung der Klage unterwirft er sich weiters dem Schiedsverfahren und verzichtet so auf seine bestehenden Ansprüche gegen die nic.at.⁴⁹ Der böswillige Domain-Inhaber ist gut darin beraten, sich auf dieses Verfahren einzulassen. Während der Verletzte das Verfahren ernst nimmt und sich daher, um ein bestmögliches Ergebnis zu erzielen, rechtsfreundlich vertreten lässt, verzichtet der Beklagte zweckmäßigerweise auf einen Rechtsbeistand. Der Domain-Grabber kann sich nun zurücklehnen und abwarten. Auf Grund der zu befürchtenden mangelnden Qualifikation der Richter⁵⁰ sowie der unpassenden Zusammensetzung des Dreiersenates kann es durchaus passieren, dass er das Verfahren trotz seines Minimalaufwandes gewinnt. Aber auch wenn das Lotterieg Glück nicht auf seiner Seite steht, braucht sich der Domain-Grabber keine Sorgen machen: Er akzeptiert die Entscheidung des Schiedsgerichtes einfach nicht und beschreitet den ordentlichen Rechtsweg. Die Umsetzung des Schiedsspruches ist somit verhindert,⁵¹ der Verletzte bleibt mangels Kostenersatzverpflichtung überdies trotz Prozessgewinns auf seinen beträchtlichen Kosten sitzen und ist mit einem weiteren Verfahren konfrontiert. Die Chancen des Domain-Grabbers, dass der eigentlich berechnete Dritte den Mut und die Lust verliert, das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten zu führen, stehen jedenfalls nicht schlecht. Fazit der Streitschlichtung im

⁴⁹ Siehe Punkt 6.12 und 11.7 der Schiedsordnung.

⁵⁰ Diese ist – wie schon oben ausgeführt – auf Grund der mangelhaften Qualifikationskriterien für die Richterbestellung und der Unterbezahlung der Tätigkeit zu befürchten.

⁵¹ Gemäß Punkt 11.2 ff der Schiedsordnung darf eine solche Umsetzung nur dann erfolgen, wenn der Schiedsspruch rechtskräftig geworden ist.

soeben erörterten Fall: Weitere Kosten verursacht, Prozessdauer verlängert.⁵² Es ist wohl einleuchtend, dass diese Aussichten einer freiwilligen Unterwerfung nicht gerade förderlich sind. Da, wie bereits oben ausgeführt, eine verpflichtende Unterwerfung unter das Schiedsverfahren – wenn überhaupt – nur auf Seiten des Domain-Anmelders eingeführt werden kann, kann der vorliegende Entwurf auf Grund der aufgezeigten Benachteiligung des Verletzten auch nicht durch diese Maßnahme gerettet werden.

E. Konklusio

Einleitend sei bemerkt, dass schon allein die Begründung der nic.at, warum das Schiedsverfahren eingeführt werden soll, äußerst skurril anmutet. So wird von der nic.at nunmehr die Rechtssache „fpo.at“ als Initialzündung angeführt. So sei in diesem Verfahren offensichtlich geworden, dass es überaus schwierig sei, ausländische Domaininhaber gerichtlich zu verfolgen.⁵³ Diese überraschende Erkenntnis der nic.at kommt überaus spät. So wurde die nic.at im genannten Verfahren mehrfach auf die faktisch unmögliche Rechtsdurchsetzung hingewiesen. Die nic.at hat dieses Faktum allerdings regelmäßig bestritten und den Kläger sowohl im Provisorial- als auch im Hauptverfahren, welche bekanntlich beide bis zum OGH gingen, mit seinen Ansprüchen an den im Ausland befindlichen Domaininhaber verwiesen.

Des Weiteren ist zu bedauern, dass sich die nic.at als Reaktion auf die Judikatur des OGH nur zur Einführung eines Streitschlichtungsverfahrens durchringen konnte. Somit hat sich die nic.at dazu entschlossen, nur die Folgen von Rechtsverletzungen durch die Registrierung von Domains zu regeln, statt in einer großen Reform der Vergabemodalitäten überhaupt dafür zu sorgen, dass Rechtsverletzungen als

⁵² Zusätzlich hat der Verletzte auf Grund der Unterwerfung seine Ansprüche gegen die Domain-Vergabestelle verloren.

⁵³ Siehe dazu die Ausführungen der nic.at unter Punkt II des begleitenden Konsultationspapiers.

solches bestmöglich verhindert werden. Begrüßenswert wäre etwa die Einführung einer (beschränkten) Vorabkontrolle – wie sie bereits zB in Frankreich mit großem Erfolg durchgeführt wird – gewesen. Mit einer Kontrolle der Berechtigung des Anmelders zur Registrierung eines Kennzeichens oder berühmten Namens können Rechtsverletzungen effizient verhindert werden.⁵⁴ Des Weiteren wäre auch die Einführung einer so genannten „Negativliste“ überlegenswert gewesen. Nach dieser Idee sollte jeder Inhaber eines Kennzeichens oder berühmten Namens unter Nachweis der Berechtigung einen Anspruch auf Aufnahme in die von der nic.at zu führenden „Negativliste“ haben. Möchte nun jemand anderer eine auf dieser Liste enthaltene Bezeichnung als Domain registrieren, müsste er seinerseits nachweisen, dass ihm ebenfalls eine Berechtigung zur Verwendung zukommt.⁵⁵

Meine Forderungen nach einer weitgehenden Reform der Vergabemodalitäten beruht auf der Beobachtung, dass die derzeitige Judikatur über die Haftung der Domain-Vergabestellen auf einem sehr unsicheren Fundament steht. So sind die von den Gerichten angenommenen Grundwertungen der Interessensabwägung mehr als fragwürdig.⁵⁶ Auch wurden noch nicht sämtliche mögliche Anspruchsgrundlagen für eine Verantwortlichkeit der nic.at geprüft. Eine gerichtliche Beleuchtung etwaiger Ansprüche gegen die Domain-Vergabestelle auf kartellrechtlicher Grundlage fehlt in Österreich noch gänzlich.⁵⁷ Auch über etwaige Ansprüche gegen die Domain-

⁵⁴ So auch *Welzel*, der Rechtsvertreter der DENIC e.G., in seiner Urteilsbesprechung des BGH Urteils „ambiente.de“, MMR, 11/2001, 747. *Welzel* hält ausdrücklich fest, dass in den Ländern, die die hier geforderte (beschränkte) Vorabkontrolle praktizieren, eine anfechtbare Domain kaum registrierbar sei. In weiterer Folge zieht er allerdings den falschen Schluss, dass diese Vorabkontrolle auf Grund der daraus resultierende geringen Anzahl an registrierten Domains „offenkundig keinen Sinn machen würde“. Meines Erachtens kann es nicht Aufgabe der Domain-Vergabestelle sein, um jeden Preis für eine möglichst große Anzahl an registrierten Domains zu sorgen. Vielmehr sollten die nic.at und DENIC e.G. dafür sorgen, dass die registrierten Domains nicht gegen geltendes Recht verstoßen.

⁵⁵ Nähere Ausführungen dazu können in *Anderl*, Kritische Gedanken zur Haftung der Domain-Vergabestellen, AnwBI 2002, 138 nachgelesen werden. Dieser Artikel ist online auf www.it-law.at abrufbar.

⁵⁶ Vielfach resultieren diese fraglichen Grundwertungen aus der unreflektierten Übernahme des Vorbringens der nic.at in den Verfahren.

⁵⁷ In Deutschland hat sich das LG Frankfurt am Main vom 14.10.1998, 2/06 O 283/98 „ambiente.de“, MRR 1999, 233 ausführlich mit Ansprüchen auf kartellrechtlicher Basis auseinander gesetzt und diese im Ergebnis bejaht. Die Entscheidungen der Instanzen haben dagegen das Schwergewicht Ihrer Beurteilungen auf andere Rechtsgrundlagen gestützt und die kartellrechtlichen Ansprüche nur am

Vergabestellen aus vertraglichen Nebenpflichten wurde bis jetzt noch nicht abgesprochen.⁵⁸ Somit wird deutlich, dass die Reaktion der nic.at, ein Streitschlichtungsverfahren zu implementieren, nur die auf Grund der Judikatur notwendige absolute Mindestmaßnahme ist. Weitsichtiger und einen neuerlichen Reaktionszwang in der nahen Zukunft verhindernd wäre dagegen die von mir geforderte gänzliche Änderung der Vergabepaxis.

Der konkrete Entwurf der Geschäftsordnung und der Schiedsordnung ist aus legistischer Sicht mehrfach zu bemängeln. So fällt als Erstes die mangelnde Strukturierung des Entwurfes auf. Bei zahlreichen Bestimmungen ist die Zuordnung zur Geschäftsordnung bzw. der Schiedsordnung nicht nachvollziehbar.⁵⁹ Des Weiteren sind einige Inhalte mehrfach geregelt,⁶⁰ zahlreiche näheren Ausführungen von Bestimmungen fehlen dagegen gänzlich.⁶¹ Besonders krass sind die mehrfach festgestellten Widersprüche zwischen den Regelungen.⁶² Somit ist der vorliegende Entwurf bereits aus technischer Sicht äußerst mangelhaft und bedarf einer sorgfältigen Überarbeitung.

Aus inhaltlicher Sicht kann der Geschäftsordnung und dem Schiedsverfahren leider auch kein besseres Zeugnis ausgestellt werden. So ist schon die

Rande verneint. Somit fehlt auch in Deutschland eine abschließende Beurteilung zu dieser Anspruchsgrundlage.

⁵⁸ So ist zum Beispiel eine Inanspruchnahme der Domain-Vergabestelle durch einen Domain-Inhaber wegen Vergabe einer ihn verletzenden, weil verwechselnd ähnlichen Domain, denkbar. So hatte etwa die Verletzte in der Rechtssache „fpo.at“ einen aufrechten Vertrag mit der nic.at über die Delegation der Domain „fpo.at“. ME kann argumentiert werden, dass aus diesem Vertragsverhältnis eine Nebenpflicht der nic.at resultiert, die Domain „fpo.at“ nicht, so wie geschehen, an einen unberechtigten Dritten zu vergeben.

⁵⁹ So zB die allgemeinen Regelungen über das Board und die Schiedsrichter. Diese sind ohne ersichtlichen Grund auf die Schiedsordnung und die Geschäftsordnung verteilt.

⁶⁰ So wird zB der Verzicht auf sämtliche Ansprüche gegenüber der nic.at an zwei Stellen geregelt (Punkt 6.12 und 11.7 der Schiedsordnung).

⁶¹ So zB die näheren Ausführungen über die Beendigung des Verfahrens durch Verweis auf den ordentlichen Rechtsweg (Punkt 10.1.5), die nähere Definition, was eine nicht nur vorübergehende Verhinderung ist (§ 5 Abs 6 der Geschäftsordnung).

⁶² So zB § 15 der Geschäftsordnung, wonach das Sekretariat weisungsfrei sei, während im § 13 der Geschäftsordnung ein Weisungsgebundenheit des Sekretariats ausdrücklich festgehalten wird. Ebenso krass der Widerspruch hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder des Boardes: Nach § 17 Abs 2 *besteht* das Board aus drei Mitgliedern, während in Punkt 4.1 der Schiedsordnung von *mindestens* 3 Mitgliedern die Rede ist.

Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit der Einführung eines Streitschlichtungsverfahrens nicht gegeben. Auf Grund des vorliegenden Entwurfes ist – wie oben bereits ausführlich dargelegt – die notwendig Unabhängigkeit des Schiedsverfahrens von der nic.at nicht gegeben. So kommen sowohl dem Eigentümer der nic.at⁶³ als auch der nic.at selbst⁶⁴ im Streitschlichtungsverfahren wesentliche Aufgaben zu. Diese Verflechtung zwischen Streitschlichtungsverfahren und Domain-Vergabestelle ist äußerst bedenklich, sollte doch sowohl die Domain-Vergabe als auch das Streitschlichtungsverfahren unabhängig und unparteilich sein. Bei der notwendigen Änderung des Entwurfes ist dieser Aspekt unbedingt zu berücksichtigen.

Hinsichtlich des Verfahrensablaufes ist festzuhalten, dass das Ziel einer schnellen Entscheidung – welches allerdings nicht erreicht wurde⁶⁵ – offensichtlich über sämtliche andere Interessen gestellt wird. So ist das Verfahren zur Verfahrensbeschleunigung als elektronisches, schriftliches Verfahren konzipiert. Dies jedoch, ohne dass im Entwurf die dafür notwendigen Regelungen getroffen werden sowie in der Praxis die notwendigen technischen Voraussetzungen bestehen.⁶⁶ Ebenso ist zum gleichen Zweck sowohl eine mündliche Verhandlung als auch ein Treffen des Dreiersenates zur Entscheidungsfindung nicht verpflichtend vorgesehen. Das Fehlen einer mündlichen Verhandlung ist allerdings aus zivilprozessualen Gründen meines Erachtens sehr bedenklich. Hinsichtlich der Entscheidungsfindung im Dreiersenat sei hier nochmals auf die oben ausgeführte Problematik der personellen Zusammensetzung dieses Gremiums verwiesen. Ohne einem

⁶³ Am massivsten ist in diesem Zusammenhang die nicht durch Qualifikationskriterien objektivierte Bestellbefugnis des Vorstandes der Internet Privatstiftung hinsichtlich der Mitglieder des Boardes des Streitschlichtungsverfahrens. Durch diese reine Ermessensentscheidung erhält der Eigentümer der nic.at wesentlichen Einfluss auf das Streitschlichtungsverfahren, laufen beim Board doch alle wesentlichen Kompetenzen zusammen.

⁶⁴ So ist das Sekretariat des Schiedsgerichtes bei der nic.at angesiedelt und diese hat ein Weisungsrecht gegenüber dem Sekretariat in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

⁶⁵ Siehe dazu die Punkte D 2.2 und D 4 dieser Stellungnahme.

⁶⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter Punkt D 2.1. dieser Stellungnahme.

physischen Zusammentreffen des Richters mit den Laienrichtern ist eine gesetzeskonforme Entscheidung der Rechtssache nahezu ausgeschlossen.⁶⁷

Besonders sei hier nochmals auf das unglückliche Ineinandergreifen der oben aufgezeigten Missstände hingewiesen, weshalb der vorliegende Entwurf eindeutig böswillige Domain-Grabber bevorzugt.⁶⁸

Zusammengefasst kann daher festgestellt werden, dass der derzeitige Entwurf als Ganzes äußerst unausgegoren und mangelhaft ist. Bedenkt man, dass der durch eine Registrierung Verletzte bei Unterwerfung unter das Schiedsverfahren auf sämtliche Ansprüche gegenüber der nic.at verzichten soll, wird deutlich, dass wohl kaum ein Verletzter vom Schiedsverfahren Gebrauch machen wird. Auch der Verletzer wird das Schiedsverfahren meiden, er hat in der Regel kein Interesse an einer drohenden Lotterieentscheidung. Lediglich böswillige Domain-Inhaber werden wohl mit dem vorliegenden Entwurf vollends zufrieden sein, für Ihre Zwecke ist das Verfahren wie geschaffen. Es wird somit deutlich, dass ein Schiedsverfahren in der vorgeschlagenen Ausgestaltung keinen Erfolg haben kann. Meines Erachtens ist daher nach Ende der Begutachtungsphase eine umfassende Adaptierung sowie eine nachfolgende neuerliche Begutachtung des Entwurfes notwendig.

⁶⁷ Überhaupt droht auf Grund der mangelhaften Regelung der Qualifikation der Schiedsrichter sowie der schlechten Bezahlung, die Bestellung von nicht ausreichend qualifizierten Richtern. Siehe dazu Punkt C 2 der Stellungnahme.

⁶⁸ Siehe oben Punkt D 5 der Stellungnahme.