

## Generische Domains

Benedikt Buchner\*

*Eine der grundlegenden Ideen des Immaterialgüterrechts ist die Anerkennung bestimmter freihaltebedürftiger Allgemeingüter. Immaterielle Ausschließlichkeitsrechte dürfen nicht so weit reichen, dass sie auch zu einer Monopolisierung von allgemeinen Ideen, Methoden oder Begrifflichkeiten führen. Auch die so genannten generischen Domains sind zum Kreis dieser freihaltebedürftigen Allgemeingüter zu zählen. Generische Domains enthalten einen beschreibenden Begriff als Domain-Namen und dienen damit vor allem dazu, auf eine bestimmte Art von Waren- oder Dienstleistungsangebot im Internet hinzuweisen. Generischen Domains kommt vor diesem Hintergrund eine zentrale Funktion als Wegweiser und Marketinginstrument in der Online-Welt zu. Entgegen der bislang herrschenden Überzeugung lässt es sich nicht rechtfertigen, dass diese Vorteile ausschließlich demjenigen zu Gute kommen sollen, der als Erster einen bestimmten beschreibenden Begriff als Domain-Namen registriert hat.*

### I. Einleitung

Immer häufiger lässt sich in der Online-Welt das Phänomen beobachten, dass nicht mehr der Gesetzgeber die Regeln für die Online-Welt setzt, sondern diejenigen, die die technischen Rahmenbedingungen des Internets entwerfen und weiterentwickeln. Nicht das Gesetz, sondern die technische Architektur des Internets bestimmt, wer welche Interessen tatsächlich durchsetzen kann und wer das Nachsehen hat. Die Technik, auch „Code“ genannt, tritt an die Stelle des geschriebenen Rechts („Code is Law“)<sup>1</sup>.

Das derzeitige Domain-Name-System liefert ein Beispiel dafür, welche Regelungskraft der technische Code in der Online-Welt entfalten kann. Nicht das Recht, sondern der Code sorgt hier für einen effektiven Schutz von Domain-Namen. Es bedarf keines sanktionsbewehrten Rechtssatzes dahingehend, dass niemand einen Domain-Namen registrieren darf, der bereits durch eine andere Person registriert worden ist. Es bedarf eines solchen Rechtssatzes deshalb nicht, weil die mehrmalige Registrierung desselben Domain-Namens bereits aus netzspezifischen Gründen ausgeschlossen ist. Die Architektur des Internets gibt vor, dass Domain-Vergabestellen jeden Domain-Namen stets nur einmal vergeben können; denn nur dann, wenn jeder an das Internet angeschlossene Server anhand einer netzweit *einmaligen* Adresse eindeutig identifizierbar ist, ist auch ein funktionierender Datenaustausch im Internet gewährleistet<sup>2</sup>. Schon wegen dieser netzbedingten Eindeutigkeit der Internet-Adressierung kann es daher zur Nutzung eines bereits registrierten Domain-Namens durch Dritte nicht mehr kommen. Nicht das Gesetz, sondern die Technik bestimmt, dass derjenige, der als Erster einen bestimmten Domain-Namen registriert hat, zumindest faktisch auch ein Ausschließlichkeitsrecht an diesem Domain-Namen geltend machen kann – und zwar unabhängig davon, ob ein solches Ausschließlichkeitsrecht vom Gesetzgeber vorgesehen ist oder nicht. Der technische Code tritt an die Stelle des geschriebenen Rechts, er macht eine gesetzliche Regulierung nicht nur überflüssig, sondern ist ihr in Effektivität und Durchsetzungskraft sogar überlegen.

Begrüßenswert mag ein solch faktisch umfassender Schutz registrierter Domain-Namen so lange sein, als der

jeweilige Inhaber ohnehin auch ein schützenswertes Ausschließlichkeitsinteresse an „seinem“ Domain-Namen geltend machen kann. Rechtfertigungsbedürftig wird das Phänomen des „Code is Law“ jedoch spätestens dann, wenn solche schützenswerten Ausschließlichkeitsinteressen nicht mehr offensichtlich sind. Ebenso verhält es sich aber bei der Registrierung von Domain-Namen, die einen beschreibenden Begriff in sich führen (so genannte generische Domains)<sup>3</sup>. Ein – wenn auch nur faktisch bedingtes – Ausschließlichkeitsrecht an generischen Domains führt im Ergebnis dazu, dass an sich freihaltebedürftige Begrifflichkeiten allein zu Gunsten einer einzigen Person monopolisiert werden.

Es stellt sich die Frage, ob es als Rechtfertigung für eine solche Monopolisierung ausreichen kann, dass jeder Domain-Name aus netzspezifischen Gründen nur einmal vergeben werden kann. Und es stellt sich die Frage, ob man sich der Einfachheit halber damit zufrieden geben darf, diese „Einmal-Chance“ demjenigen zukommen zu lassen, der nach dem Prinzip des „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ mit der Registrierung eines Domain-Namens am schnellsten gewesen ist<sup>4</sup>.

### II. Das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher und technischer Normsetzung

Bislang werden diese beiden Fragen ganz überwiegend bejaht. Anders als bei der Anerkennung eines Markenrechts soll bei der Registrierung eines Domain-Namens das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Begriffen keine Rolle spielen. Während im Markenrecht § 8 II Nr. 2 MarkenG dafür Sorge trägt, dass niemand solche Begriffe als Marke eintragen kann, auf deren Nutzung potenziell jeder zur Beschreibung seines eigenen Waren- oder Dienstleistungsangebots angewiesen ist, gibt es für die Registrierung von Domain-Namen keine dem § 8 II Nr. 2 MarkenG entsprechende Einschränkung. Rechtsprechung und Rechtslehre sehen hierfür auch keine Notwendigkeit, weil die Registrierung eines Domain-Namens „keinerlei Rechte gegenüber Dritten“ begründet<sup>5</sup>. Eine bestimmte Domain-Position gewähre – anders als ein Markenrecht – kein positives Benut-

\* Dr., LL.M. (UCLA), Privatdozent an der Universität München. – Der Beitrag stellt die überarbeitete schriftliche Fassung des im WS 2005/2006 vor der Juristischen Fakultät der Universität München gehaltenen Habilitationsvortrags dar.

1) Zur Diskussion des „Code is Law“ im amerikanischen Recht s. v. a. *Lessig*, *The New Chicago School*, 27 J. Leg. Stud. 661 (1998); *ders.*, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 Harv. L. Rev. 501 (1999); *ders.*, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999.

2) *Viefhues*, in: *Hoeren/Sieber*, *Multimedia-Recht*, Losebl. (Std.: Dez. 2005), Kap. 6.1 Rdnr. 2; *BT-Dr* 14/3956, S. 2.

3) Zum Kreis generischer Domains, mit deren Zulässigkeit sich die Rechtsprechung auseinander gesetzt hat, zählen etwa Domains wie *www.sauna.de* (*OLG Hamm*, GRUR-RR 2001, 105), *www.rechtsanwaelte.de* (*LG München I*, NJW 2001, 2100 = K&R 2001, 108 m. Anm. *Sosnütza*), *www.lastminute.com* (*LG Hamburg*, MMR 2000, 763) oder *www.kueche.de* (*LG Darmstadt*, MMR 2001, 559).

4) In den Domainrichtlinien der DENIC, die für die Registrierung sämtlicher Internet-Domains unter der Länderkürzel .de zuständig ist, heißt es entspr.: „DENIC registriert die Domain, wenn sie nicht bereits für einen Dritten registriert ist („first come, first served“)“.

5) *BGH*, GRUR 2001, 1061 (1063) – *Mitwohzentrale.de*; in diesem Sinne auch Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI), GRUR Int 2003, 608 (613); *Nägele*, WRP 2002, 138 (141); *Renck*, WRP 2000, 264 (267).

zungsrecht, sondern nur eine faktische Sperrstellung<sup>6</sup>. Rechtsprechung und Rechtslehre differenzieren zwischen einer *rechtlichen* Ausschließlichkeitwirkung, wie sie bestehenden Marken zukommt, und einer bloß *faktischen* Ausschließlichkeitwirkung, wie sie registrierten Domain-Namen zukommt, und empfinden nur im Fall einer *rechtlichen* Ausschließlichkeitwirkung die Notwendigkeit, diese Wirkung durch die Anerkennung eines Freihaltebedürfnisses an beschreibenden Begriffen zu korrigieren.

Jedoch ignoriert diese Differenzierung zwischen rechtlicher und faktischer Ausschließlichkeitwirkung den eingangs angesprochenen Aspekt, dass insbesondere in der Online-Welt der technische Code als Regulierungsinstrumentarium an die Stelle des geschriebenen Rechts treten und diesem mitunter sogar an Effektivität und Durchsetzungskraft überlegen sein kann<sup>7</sup>. Damit ist aber das Recht wiederum gerade nicht aus seiner Verantwortung entlassen. Es darf gerade nicht der Macht des Faktischen seinen freien Lauf lassen. Vielmehr ist es die originäre Aufgabe des Rechts zu entscheiden, ob und inwieweit die Fakten, die durch die technische Architektur des Internets geschaffen werden, mit den Grundwertungen einer Rechtsordnung vereinbar sind. Und wenn sie dies nicht mehr sind, muss das Recht der Technik Schranken setzen und an deren Stelle eigene Vorgaben setzen<sup>8</sup>.

Ein Blick auf das Urheberrecht zeigt beispielhaft, dass und wie das Spannungsverhältnis zwischen rechtlicher und technischer Normsetzung aufgelöst und im Ergebnis doch dem Recht eine Art von „Letztentscheidungskompetenz“ eingeräumt werden kann. Auch im Urheberrecht stellt sich das Problem, dass die Technik Fakten schaffen und so die urheberrechtlichen Grundwertungen im Ergebnis leer laufen lassen kann. Der Gesetzgeber hat im Urheberrecht ein differenziertes Gefüge von Urheberrechten und Urheberrechtsschranken geschaffen, um die Interessen der Rechteinhaber an einem möglichst umfassenden Schutz ihrer Werke mit den berechtigten Interessen der Allgemeinheit an einem freien Zugang zu diesen Werken auszubalancieren. Egal jedoch wie sorgsam der Gesetzgeber versucht hat, die kollidierenden Interessen beider Seiten in einen gerechten Einklang zu bringen: Tatsächlich sind es die Rechteinhaber, die in der digitalen Welt dank technischer Schutzmaßnahmen faktisch einen vollumfänglichen Schutz ihrer Werke durchsetzen und damit auch alle urheberrechtlich vorgesehenen Schranken aushebeln können. Indem die Urheber Kopierschutzmechanismen und digitales Rechtemanagement einsetzen, bestimmen de facto sie und nicht das Gesetz, welche Nutzungen der Einzelne vornehmen darf und welche nicht. Das UrhG mag daher zwar auf dem Papier ein Recht auf Privatkopie vorsehen, in der digitalen Realität lässt jedoch die Technik diese Rechte leer laufen. Der technische Code der Urheber bestimmt Art und Umfang des Schutzes digitaler Werke, nicht das geschriebene Recht<sup>9</sup>.

Wäre es tatsächlich gerechtfertigt, nach rechtlicher und faktischer Wirkung zu differenzieren, wie dies im Domainrecht getan wird, hätte sich der Gesetzgeber auch im obigen Beispiel des Urheberrechts darauf zurückziehen und argumentieren können, dass die Unmöglichkeit einer Privatkopie oder anderer an sich privilegierter Nutzungsformen lediglich faktisch bedingt ist, dass keine dahingehenden „Rechte“ zu Gunsten der Urheber begründet werden und daher auch kein rechtlicher Handlungsbedarf besteht. Es ist dies aber zu Recht nicht geschehen. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch § 95b UrhG den

Rechteinhabern ausdrücklich aufgegeben, die technischen Schutzmaßnahmen so auszugestalten, dass die urheberrechtlich vorgesehenen Schranken nicht leer laufen. Das Recht hat also dafür Sorge getragen, dass gewisse urheberrechtliche Grundüberzeugungen durch die Technik nicht einfach wieder ausgehebelt werden.

Eben dies muss auch die Aufgabe im Domainrecht sein, auch hier muss es bei einer Letztentscheidungskompetenz des Rechts bleiben. Die bisherige Praxis der Domainvergabe kann nur dann auch eine rechtliche Anerkennung finden, wenn sie sich mit den Grundwertungen des Immaterialgüterrechts vereinbaren lässt. Ein faktisches Ausschließlichkeitsrecht an generischen Domains ist somit nur dann auch rechtlich gutzuheißen, wenn sich der Widerspruch zur immaterialgüterrechtlichen Grundidee eines Freihaltebedürfnisses irgendwie auflösen oder rechtfertigen lässt. Eben dies ist aber nicht der Fall – ungeachtet dessen, dass Gesetzgebung, höchstrichterliche Rechtsprechung und Literatur das gegenwärtige System der Domainvergabe ganz überwiegend für gut befinden und keinen Anlass zu einer Änderung erkennen mögen<sup>10</sup>.

### III. Das Für und Wider eines Ausschließlichkeitsrechts an generischen Domains

#### 1. Die wettbewerbsrechtliche Perspektive

Der BGH hat sich in seiner Grundsatzentscheidung „Mitwohonzentrale.de“ mit der Zulässigkeit generischer Domains in erster Linie aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive auseinandergesetzt<sup>11</sup>. Nachdem die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit generischer Domains in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung lange Zeit umstritten gewesen war<sup>12</sup>, hat der *Gerichtshof* in der Entscheidung „Mitwohonzentrale.de“ klargestellt, dass gegenüber einer Registrierung generischer Domains keine grundsätzlichen Bedenken bestehen. Aus Sicht des BGH ist es regelmäßig nicht wettbewerbswidrig, einen beschreibenden Begriff als Domain-Namen zu verwenden. Und erst kürzlich hat er diese Auffassung in seiner Entscheidung „Weltonline.de“ nochmals bekräftigt<sup>13</sup>.

Unter dem Aspekt der Irreführung oder unsachlichen Beeinflussung von Internet-Nutzern ist diese Auffassung sicherlich zutreffend<sup>14</sup>. Unabhängig davon, welchem Ver-

6) Hoeren, MMR 2001, 669 (671).

7) Vgl. Lessig, 113 Harv. L. Rev. 501, 513 (1999).

8) Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, S. 43 ff.

9) Lessig, 113 Harv. L. Rev. 501, 528 (1999).

10) Exemplarisch die Antwort der BReg. auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Mayer u. a. zum Schutz von Internetadressen (BT-Dr 14/3956, S. 4): „[Es] besteht grundsätzlich kein Anlass, die Registrierung von Domain-Namen in einen anderen rechtlichen und organisatorischen Rahmen zu überführen“.

11) BGH, GRUR 2001, 1061 – Mitwohonzentrale.de. Kl. und Bekl. waren im Fall „Mitwohonzentrale.de“ zwei konkurrierende Verbände von Mitwohnzentralen. Der kl. Verband sah im Auftreten des Bekl. unter der Domain „www.Mitwohonzentrale.de“ u. a. einen sittenwidrigen Kundenfang und eine irreführende Alleinstellungswerbung verwicklicht.

12) Sowohl in der einen als auch in der anderen Richtung lassen sich entspr. Entscheidungen der Untergerichte finden. So wurde z. B. die Registrierung der generischen Domains „mitwohonzentrale.de“ (OLG Hamburg, MMR 2000, 40), „zwangsversteigerung.de“ (LG Köln, MMR 2001, 55) und „rechtsanwaelte.de“ (LG München I, K&R 2001, 108) als wettbewerbswidrig eingestuft. Demgegenüber stehen zahlreiche Entscheidungen im Sinne einer Zulässigkeit generischer Domains – so etwa im Falle der Domains „sauna.de“ (OLG Hamm, GRUR-RR 2001, 105), „zeitarbeit.de“ (LG Köln, NJW-RR 2001, 549) oder „kueche.de“ (LG Darmstadt, MMR 2001, 559).

13) BGH, GRUR 2005, 687 (688) – Weltonline.de: Registrierung generischer Begriffe als Domainnamen weder wettbewerbs- noch sittenwidrig.

14) S. nunmehr § 5 UWG bzw. § 4 Nr. 1 Alt. 3 UWG.

braucherleitbild man anhängt, steht jedenfalls fest, dass heutzutage kein Internet-Nutzer, wenn er eine Domain mit einer Branchenbezeichnung wie „Mitwohnzentrale“, „Rechtsanwalt“ oder „Autovermietung“ aufruft, davon ausgehen wird, dass diese Website das gesamte Angebot der entsprechenden Branche repräsentiert. Ebenso wenig wird er davon ausgehen, dass der Betreiber der Website der einzige Anbieter der beschriebenen Produkte oder Dienstleistungen ist. Dem Internet-Nutzer ist vielmehr klar, dass eine solche Website regelmäßig nur einen kleinen Ausschnitt aller tatsächlich verfügbaren Waren oder Dienstleistungen widerspiegelt und dass es daher an ihm ist, seine Online-Suche fortzusetzen, wenn er einen Gesamteindruck aller verfügbaren Angebote erlangen will<sup>15</sup>.

Eigentlich kontrovers war im Fall „Mitwohnzentrale.de“ die Frage, ob eine Registrierung generischer Domains als wettbewerbswidrige Behinderung von Mitbewerbern einzustufen ist<sup>16</sup>. Anders als die Vorinstanzen, die das Auftreten des Beklagten unter der Domain „www.Mitwohnzentrale.de“ noch als eine wettbewerbswidrige Kanalisierung von Kundenströmen und als eine unzulässige Monopolisierung von freihaltebedürftigen Gattungsbegriffen eingeordnet haben<sup>17</sup>, hat der BGH auch insoweit eine Wettbewerbswidrigkeit abgelehnt. Der BGH problematisiert die Frage einer wettbewerbswidrigen Behinderung von Mitbewerbern in erster Linie unter dem Aspekt eines unlauteren Abfangens von Kunden. Er lehnt ein solches „Abfangen“ aber deshalb ab, weil ein Unternehmen, das einen Branchennamen als Domain für sich registriert, nicht darauf abziele, sich zwischen seine Mitbewerber und deren Kunden zu stellen und die Kunden von Mitbewerbern zu einer Änderung ihres Kaufentschlusses zu drängen, sondern lediglich versuche, sich selbst möglichst günstig zu positionieren, um potenzielle Kunden auf sich aufmerksam zu machen. Bei einem solchen Bemühen handele es sich aber nicht um ein *Ablenken* von Kunden weg vom Angebot der Konkurrenz, sondern lediglich um ein *Hinlenken* potenzieller Kunden zum eigenen Angebot<sup>18</sup>.

Im Ergebnis wird man nicht umhinkommen, dem BGH auch insoweit zuzustimmen. Der Umstand allein, dass durch die Registrierung einer generischen Domain Mitbewerber in ihrem Werben um Kunden eine gewisse Behinderung erfahren, macht diese Behinderung noch nicht zu einer wettbewerbswidrigen. Die Fallgruppe der gezielten Wettbewerbsbehinderung wirft stets im besonderen Maße die Schwierigkeit auf, wettbewerbspezifisches Verhalten von wettbewerbswidrigem Verhalten abzugrenzen. Derjenige, der eine Domain registriert, verfolgt damit aber regelmäßig nicht den Zweck – jedenfalls nicht primär –, seine Mitbewerber an der geschäftlichen Entfaltung zu hindern oder sie zu verdrängen. Vielmehr verfolgt er primär den Zweck, seinen eigenen Erfolg zu fördern, indem er an möglichst prominenter Stelle auf sein eigenes Angebot aufmerksam macht. Ein solches Unterfangen ist insbesondere nicht schon deshalb unlauter, weil der Einzelne hierbei alle Möglichkeiten ausschöpft, die ihm die bisherige Konzeption der Domain-Vergabe eröffnet.

Damit verlieren allerdings die Argumente, die die Instanzgerichte dazu veranlasst haben, die Nutzung generischer Domains nach Wettbewerbsrecht als unzulässig einzustufen, nichts von ihrer Berechtigung. Allein liefert das Wettbewerbsrecht nicht den geeigneten Ansatzpunkt, um die spezifische Problemkonstellation zu erfassen. Es

bleibt aber das Problem, dass mit der Registrierung generischer Domains faktisch ein Ausschließlichkeitsrecht an einem immateriellen Allgemeingut begründet wird. Es bleibt das Problem, dass mit dieser Monopolisierung ein erheblicher Wettbewerbsvorteil zu Gunsten eines einzelnen Mitbewerbers einhergeht, dessen einzige Rechtfertigung darauf beruht, dass dieser schneller war als alle anderen.

## 2. Das Prioritätsprinzip

Dass das gegenwärtige System der Domain-Vergabe gleichwohl fast einhellig für gut befunden wird, ist in erster Linie auf das so genannte Gerechtigkeitsprinzip der Priorität zurückzuführen: Derjenige, der als Erster eine generische Domain registriert hat, soll auch exklusiv die entsprechenden Vorteile genießen können<sup>19</sup>. Vor allem der BGH wird nicht müde, dieses Prinzip zu betonen. In der Entscheidung „Mitwohnzentrale.de“, ebenso wie kürzlich auch in der Entscheidung „Weltonline.de“, beruft sich der *Gerichtshof* jeweils nachdrücklich auf das Prioritätsprinzip, um die rechtliche Zulässigkeit generischer Domains zu rechtfertigen<sup>20</sup>. Eine weiter gehende Begründung, warum dieses Prinzip so „gerecht“ ist, liefert der BGH allerdings nicht. Er lässt es vielmehr bei der Feststellung bewenden, dass der Vorteil, der demjenigen zukommt, welcher als Erster die Registrierung eines beschreibenden Domainnamens bewirkt hat, nicht unlauter ist.

Sucht man in der Rechtsprechung des BGH nach einer konkreteren Begründung, weshalb dieses Prioritätsprinzip so „gerecht“ sein soll, wird man jedoch in einem anderen Urteil zum Domain-Recht fündig: in der Entscheidung „Shell.de“<sup>21</sup>. Zu entscheiden hatte der BGH in diesem Fall einen Domain-Konflikt zwischen Gleichnamigen – zwischen einer Privatperson mit Namen Shell und dem Unternehmen Shell. Im Ergebnis hat der *Gerichtshof* zwar in diesem Fall das Prioritätsprinzip nicht durchgreifen lassen. Vielmehr hat er die Domain „shell.de“ dem Unternehmen Shell zugesprochen, obwohl bereits zuvor die Privatperson mit dem Namen Shell die Domain für sich hat registrieren lassen. Der BGH betont jedoch, dass es zu dieser Entscheidung entgegen dem Prioritätsprinzip nur ausnahmsweise gekommen sei – und zwar allein deshalb, weil sich im konkreten Fall das Unternehmen Shell auf die „überragende Bekanntheit“ seines Kennzeichens „Shell“ berufen kann. Ausdrücklich betont der BGH, dass es abgesehen von solchen Ausnahmefällen grundsätzlich mit der Priorität der Registrierung sein Bewenden haben müsse.

Und der *Gerichtshof* sagt auch, weshalb dies so sein muss. Er verweist auf die „Fülle von möglichen Konfliktfällen“ und sieht es daher als nötig an, dass diese Fülle an Konflikten mit einer möglichst „einfach zu handhabenden Grundregel“ gelöst werden kann<sup>22</sup>. Tatsächlich sagt der

15) Vgl. *Hoeren*, MMR 2001, 669 (671); *Sosnitzka*, K&R 2000, 209 (213 f.).

16) S. nunmehr § 4 Nr. 10 UWG (§ 1 UWG a. F.) – Gezielte Behinderung von Mitbewerbern.

17) *OLG Hamburg*, MMR 2000, 40 (43) – Mitwohnzentrale.de.

18) *BGH*, GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohnzentrale.de.

19) Krit. aber *Lehmann*, in: Festschr. f. Fikentscher, 1998, S. 951 (Fußn. 35): Prioritätsprinzip als eine Art „formalistischer Cyberlaw-Selbstjustiz“ der Internetregistrierungsstellen; krit. auch *Jacobs*, Gesetzliche Teilhabe an Domain-Names, Diss. 2003, S. 23 ff.

20) *BGH*, GRUR 2001, 1061 (1064) – Mitwohnzentrale.de; GRUR 2005, 687 (688) – Weltonline.de.

21) *BGH*, GRUR 2002, 622 – shell.de.

22) *BGH*, GRUR 2002, 622 (625) – shell.de; ebenso GRUR 2002, 706 (709) – Vossius.

BGH damit aber nichts anderes, als dass sich die Rechtsprechung nicht in jedem Fall mit einer langwierigen Abwägung der einzelnen betroffenen Interessen befassen kann, sondern bei einem Massengeschäft wie der Registrierung von Domain-Namen vor allem eines braucht: eine klare und praktikable Regel.

Diese Forderung des *Gerichtshofs* hat auch durchaus ihre Berechtigung. Praktikabilität, Einfachheit und Klarheit, die mit dem Prioritätsprinzip einhergehen, sind zugleich ein Garant für Rechtssicherheit und eben diese Rechtssicherheit ist es, die dem Prioritätsprinzip seinen Gerechtigkeitsgehalt verleiht und dieses Prinzip zum beherrschenden Grundsatz des gesamten Kennzeichenrechts macht<sup>23</sup>. Andererseits ist es damit aber noch nicht gerechtfertigt, das Prioritätsprinzip unbeschränkt vom Kennzeichenrecht auch in das Recht der Domain-Namen zu übernehmen bzw. wenn eine solche Übernahme stattfindet, dann darf diese jedenfalls nicht isoliert passieren, sondern nur unter Berücksichtigung der sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen, die die Vergabe von Kennzeichen prägen. „Gerecht“ ist das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht nur deshalb, weil das Kennzeichenrecht zugleich auch dafür Sorge trägt, dass beschreibende Angaben grundsätzlich nicht monopolisiert werden können und es daher von vornherein nicht zu einem Wettlauf um Ausschließlichkeitsrechte an solchen allgemeinen Begriffen kommen kann<sup>24</sup>. Dieses so genannte Freihaltebedürfnis und das Prioritätsprinzip stehen im Markenrecht in untrennbarem Zusammenhang, die Geltung des Prioritätsprinzips steht gewissermaßen unter dem Vorbehalt einer Freihaltung beschreibender Begrifflichkeiten. Entsprechend kann es auch nicht überzeugen, wenn der BGH stets nur das Prioritätsprinzip betont, dagegen aber den ebenso zentralen Grundsatz des Kennzeichenrechts, das Freihaltebedürfnis bei beschreibenden Begriffen, einfach ausblenden will.

### 3. Das Freihaltebedürfnis

Der Gedanke des Freihaltebedürfnisses beruht auf der Überzeugung, dass es bestimmte immaterielle Güter gibt, die stets allen offen stehen und die deshalb nicht durch Ausschließlichkeitsrechte monopolisiert werden sollen. § 8 II Nr. 2 MarkenG konkretisiert diesen Gedanken für das Markenrecht und es ist an sich mehr als nahe liegend, diesen Gedanken vom Markenrecht auch auf das Domainrecht zu übertragen – mit dem Ergebnis, dass die exklusive Registrierung generischer Domains ebenso unzulässig ist wie die Eintragung einer generischen Marke. Gleichwohl soll dem aber nach ganz herrschender Meinung nicht so sein – und zwar vor allem aus zwei Gründen.

#### a) Der Einwand fehlender Beeinträchtigung

Nach Ansicht des BGH spielt ein Freihaltebedürfnis an generischen Domains schon deshalb keine Rolle, weil die Registrierung eines beschreibenden Begriffs als Domain-Name andere Mitbewerber nicht in ihrer Möglichkeit beschränkt, ihre Produkte und Dienstleistungen gleichwohl auch weiterhin mit diesem Begriff zu beschreiben; lediglich als Domain-Name selbst sei der entsprechende Begriff nicht mehr allgemein verfügbar<sup>25</sup>. Dem ist jedoch schon entgegenzuhalten, dass auch im Markenrecht die Eintragung eines beschreibenden Begriffs als Marke nicht dazu führt, dass Dritte diesen Begriff nicht mehr zur Darstellung ihrer eigenen Produkte oder Dienstleistungen nutzen könnten. § 23 Nr. 2 Mar-

kenG bestimmt dies ausdrücklich. Die Vorschrift stellt klar, dass ein Markenschutz niemals das Recht verleiht, Dritten die Nutzung von mit der Marke identischen oder ähnlichen Zeichen zu untersagen, wenn diese mit diesen Zeichen ihre Produkte und Dienstleistungen beschreiben wollen<sup>26</sup>. Gleichwohl existiert § 8 II Nr. 2 MarkenG, der eine Eintragung Freihaltebedürftiger Zeichen als Marke untersagt.

Überzeugen kann die Argumentation des BGH zum anderen auch deshalb nicht, weil sie verkennt, dass eben mit der Nicht-Verfügbarkeit *des Domain-Namens selbst* eine erhebliche Einschränkung für Mitbewerber einhergeht. Einem aussagekräftigen Domain-Namen kommt in der Online-Welt eine zentrale Funktion zu. Der Domain-Name fungiert als Signal, als Werbemedium und als ein zentraler Suchbegriff im Internet – oder wie es die DENIC formuliert: als der „Pfadfinder des Internets“<sup>27</sup>. Wer einen aussagekräftigen Domain-Namen für seine Website erlangen kann, hat deshalb einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber all seinen Mitbewerbern, die einen solchen Domain-Namen nicht mehr nutzen können<sup>28</sup>. Letzteren ist nur wenig damit geholfen, dass sie den beschreibenden Begriff gleichwohl noch in anderem Zusammenhang verwenden können. Interessant ist vielmehr auch für sie in erster Linie, dass sie *unter dem Domain-Namen selbst* präsent sein können.

#### b) Der Verweis auf die Suchfunktion

Der Gedanke des Freihaltebedürfnisses soll bei der Vergabe generischer Domains darüber hinaus auch deshalb keine Rolle spielen, weil im Falle eines Verbots generischer Domains niemand besser stehen würde und insbesondere die Internet-Nutzer sogar schlechter stehen würden. Auch der BGH argumentiert im Fall „Mitwohnzentrale.de“, es liege in der Logik des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, dass der Begriff „Mitwohnzentrale“ von überhaupt niemand verwendet werden dürfte<sup>29</sup>. Damit würde wiederum aber auch die wichtige Suchfunktion von Domain-Namen völlig zerstört<sup>30</sup>. Internet-Nutzer könnten nicht mehr auf diese Form einer einfachen und direkten Suche zurückgreifen, dass sie einen sie interessierenden Domain-Namen in die Adresszeile eingeben, um auf diese Weise die gesuchten Informationen und Angebote zu finden. Vielmehr bliebe ihnen bei einem Verbot generischer Domains nur noch der – vom BGH als „beschwerlich“ empfundene – Weg über die Suchmaschinen. Im Endeffekt würde also – so lautet die Argumentation – ein Verbot generischer Domains zu Lasten der Verbrau-

23) Vgl. *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 2. Aufl. (2003), § 6 Rdnr. 2; *Bröcher*, MMR 2005, 203.

24) S. § 8 II Nr. 2 MarkenG: „Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit ... oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können“.

25) BGH, GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohnzentrale.de; s. auch *Sosnitzka*, K&R 2001, 111 (113); *Koos*, MMR 2004, 359 (365).

26) S. *Ingerl/Rohnke* (o. Fußn. 23), § 8 Rdnr. 224: „Theoretisch wäre es denkbar, den Bedürfnissen des Verkehrs nur durch § 23 Nr. 2 Rechnung zu tragen“.

27) DENIC, Moderne Kommunikation, S. 3 (abrufbar unter <http://www.denic.de/de/denic/index.html>); s. auch BT-Dr 14/3956, S. 2: „Domain-Namen haben als Ausgangspunkt der Präsenz im Internet eine unübersehbare Bedeutung“; *Wendlandt*, WRP 2001, 629.

28) Die Rede ist insoweit auch von einer Kanalisierungsfunktion generischer Domains; s. *schon Kur*, CR 1996, 325 (330); *Wagner*, ZHR 162 (1998), 701 (717); *Wendlandt*, WRP 2001, 629.

29) BGH, GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohnzentrale.de; ähnlich *Viefhues*, in: *Hoeren/Sieber* (o. Fußn. 2), Kap. 6.1 Rdnr. 270.

30) So auch schon *Sosnitzka*, K&R 2000, 209 (216).

cher gehen, letztlich sei also mit solch einem Verbot niemandem gedient<sup>31</sup>.

Jedoch fußt diese Argumentation auf der Vorstellung eines „Alles oder Nichts“ – Domain-Namen können entweder nur mit ausschließlicher Wirkung oder überhaupt nicht vergeben werden –, die so keineswegs zwingend ist. Es mag zwar aus netzspezifischen Gründen unabänderlich vorgegeben sein, dass jeder Domain-Name stets nur einmal vergeben werden kann; an dieser technisch bedingten Einmaligkeit eines jeden einzelnen Domain-Namens kann auch das Recht nichts ändern. Damit ist aber nicht notwendigerweise auch vorgegeben, dass jeder Domain-Name stets nur von einer einzelnen Person genutzt werden kann. Vielmehr ist es ohne weiteres möglich, dass in Form des so genannten Domain-Sharings mehrere Anbieter nebeneinander unter derselben Domain präsent sind<sup>32</sup>. Die Domain fungiert dann als eine Art Eingangsportal, von dem aus die einzelnen Anbieter den Nutzer mittels der Technik des Linkings auf ihre eigene Domain weiterleiten können. Auch im Fall „Mitwohzentrale.de“ hätte sich die Lösung angeboten, dass der Inhaber der Domain „mitwohzentrale.de“ diese auch für seine Mitbewerber öffnet, damit letztere ebenfalls die Möglichkeit haben, auf ihr Angebot unter diesem Domain-Namen aufmerksam zu machen und Nutzer mittels Linking auf ihre eigene Domain weiterzuleiten.

Die Alternative des Domain-Sharings macht deutlich, dass der Streit um die Zulässigkeit generischer Domains nicht auf die Alternativen reduziert werden kann, eine Registrierung generischer Domains entweder ganz zu untersagen oder ohne Vorbehalte zuzulassen. Die Frage ist nicht, *ob* eine Vergabe generischer Domains zulässig ist, sondern *wie* eine solche Vergabe ausgestaltet sein muss, damit es nicht zu einer Monopolisierung von an sich freihaltebedürftigen Begrifflichkeiten kommt.

#### IV. Die Idee der Teilhabe

Mit dem Modell des Domain-Sharings ist in Grundzügen bereits angedeutet, auf welche Weise eine Vergabe generischer Domains mit der immaterialgüterrechtlichen Grundidee einer Freihaltung beschreibender Begrifflichkeiten in Einklang gebracht werden kann. Zunächst einmal bleibt es auch dann, wenn man ein solches Sharing-Modell vertritt, beim allgemein akzeptierten Prioritätsprinzip: Derjenige, der eine generische Domain als Erster registriert hat, darf diese Domain auch behalten. Allerdings ist sein Recht an der Domain kein ausschließliches mehr. Der „Erste“ muss vielmehr auch jedem „Späteren“ eine Teilhabe an dieser Domain gewähren, wenn letzterer ein berechtigtes Interesse geltend machen kann, mit seinem Angebot ebenfalls unter einer bestimmten generischen Domain präsent zu sein.

##### 1. Bisherige Ausprägungen

Ein solches Modell des Domain-Sharings basiert dem Grunde nach auf der Idee der Teilhabe: Beschreibende Begrifflichkeiten als immaterielles Gut sollen nicht allein zu Gunsten einer Person monopolisiert werden, sondern allen offen stehen, die ein berechtigtes Interesse an der Nutzung geltend machen können. Diese Idee der Teilhabe ist nicht neu, sie hat in anderen vergleichbaren Konstellationen schon bislang ihren Niederschlag gefunden. Im Urheberrecht etwa hat der Rechteinhaber im Ausgangspunkt zwar ein umfassendes Ausschließlichkeitsrecht an seinen Werken. Zum Ausgleich hat der Gesetzgeber je-

doch in den §§ 44 a ff. UrhG eine Vielzahl von Schrankenbestimmungen eingeführt, die dafür sorgen sollen, dass Dritte gleichwohl – in Grenzen – einen freien Zugang zu diesen Werken haben. Das Urheberrecht wird einer Sozialbindung unterworfen, der Urheber muss im Interesse der Allgemeinheit gewisse Einschränkungen seines ausschließlichen Rechts hinnehmen<sup>33</sup>.

Auch dann, wenn immaterialgüterrechtliche Schrankenbestimmungen spezialgesetzlich nicht normiert sind, können Rechteinhaber ihre Ausschließlichkeitsrechte nicht gänzlich frei ausüben. Vielmehr können kartellrechtliche Schranken dazu führen, dass Rechteinhaber bei der Ausübung ihrer Ausschließlichkeitsrechte auch die Teilhabeinteressen Dritter berücksichtigen müssen. Nach Auffassung des *EuGH* ist der Inhaber eines ausschließlichen Immaterialgüterrechts unter bestimmten Voraussetzungen nach Kartellrecht verpflichtet, Dritte mittels Lizenz an der Nutzung an sich exklusiver Immaterialgüter teilhaben zu lassen. Konkret hat dies der *EuGH* etwa für den Fall urheberrechtlich geschützter Informationen entschieden, auf deren Kenntnis Dritte zur Erbringung ihres eigenen Angebots zwingend angewiesen sind<sup>34</sup>.

Ganz allgemein – nicht nur für Immaterialgüter – findet sich dieser Ansatzpunkt des *EuGH* auch in der kartellrechtlichen Doktrin der „Essential Facilities“ wieder, wie sie nunmehr in § 19 IV Nr. 4 GWB normiert ist. § 19 IV Nr. 4 GWB sieht unter bestimmten Umständen einen Machtmissbrauch darin, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren. Denkbar wäre, auch generische Domains als eine solche „Infrastruktureinrichtung“ zu betrachten: Domain-Namen dienen als Orientierungspunkt im Netz, sie sind gewissermaßen die Schnittstelle zwischen Kunden und anbietenden Unternehmen und haben eine Art Lenk- und Leitfunktion für Kundenströme. Daher passt auch der Rechtsgedanke des § 19 IV GWB, wonach derjenige, der Inhaber einer solchen zentralen Schnittstelle ist, anderen ebenfalls Zugang hierzu gewähren muss<sup>35</sup>.

Man mag demgegenüber einwenden, ein solcher kartellrechtlich geprägter Ansatz sei schon deshalb nicht auf die hier inmitten stehende Konstellation übertragbar, weil die bloße Innehabung einer generischen Domain für sich allein ebenso wenig eine marktbeherrschende Stellung begründen kann wie die bloße Innehabung eines Immaterialgüterrechts<sup>36</sup>. Andererseits stehen immaterielle Ausschließlichkeitsrechte – seien sie rechtlich oder faktisch bedingt – stets in einem natürlichen Spannungsverhältnis zum freien Wettbewerb und sind daher stets auch von kartellrechtlicher Relevanz<sup>37</sup>. Zumindest *de lege ferenda* ist daher der den obigen Ansatzpunkten zu Grunde lie-

31) *BGH*, GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohzentrale.de; zust. *Beater*, JZ 2002, 275 (278): Hinwendung zu einer stärkeren Berücksichtigung von Verbraucherinteressen zu begrüßen.

32) Zum Modell des Domain-Name-Sharings s. insb. *Jacobs* (o. Fußn. 19), S. 52 ff.

33) *Schricker/Meliehar*, UrheberR, 2. Aufl. (1999), Vorb. §§ 45 ff. Rdnr. 1.

34) *EuGH*, Slg. 1995, I-743 = GRUR Int 1995, 490 – Magill.

35) Zum Aspekt der Essential Facilities im Falle generischer Domains s. auch *Hoeren*, MMR 2001, 669 (671).

36) Vgl. für Immaterialgüterrechte *v. Gamm*, GRUR Int 1983, 403 (406).

37) *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133; *Wielsch*, EuZW 2005, 391; grdl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Habil. 2002.

gende allgemeine Rechtsgedanke auch auf die Vergabe generischer Domains zu übertragen. Die Idee der Teilhabe ist ein ebenso anerkannter wie sachgerechter Weg, um die Ausschließlichkeitsinteressen der Rechteinhaber und die Teilhabeinteressen Dritter in einen sachgerechten Einklang miteinander zu bringen<sup>38</sup>. Vorausgesetzt, die Idee der Teilhabe lässt sich für die Domain-Vergabe praktikabel umsetzen, ist kein Grund ersichtlich, warum diese Idee im Falle generischer Domains nicht zum Tragen kommen sollte.

## 2. Konkrete Umsetzung

Für die konkrete Umsetzung der Idee einer Teilhabe im Falle generischer Domains bedarf es zunächst einer Eingrenzung dahingehend, welche Domains überhaupt als Gegenstand eines Teilhabeanspruchs in Betracht kommen sollen. Eine Eingrenzung bietet sich in erster Linie anhand der Funktion und des Sinn und Zwecks von Domain-Namen an. Aus Sicht des BGH in seiner Entscheidung „Mitwohnzentrale.de“ ist die Hauptfunktion von Domain-Namen die Suchfunktion<sup>39</sup>. Der BGH nimmt dabei die Perspektive des Nutzers ein; dieser soll möglichst einfach das ihn interessierende Angebot finden können. Ergänzt werden kann diese Perspektive um die Perspektive der Anbieter: Diese haben ein berechtigtes Interesse daran, ihre Waren oder Dienstleistungen unter einer solchen Domain anbieten zu können, unter der potenzielle Interessenten dieses Angebot auch erwarten. Ganz im Vordergrund stehen somit in beiden Fällen also Begriffe, die die Art der Ware oder Dienstleistung beschreiben – also etwa die Bezeichnung „Mitwohnzentrale“ für die Serviceleistung einer Kurzzeitvermietung von Wohnraum oder die Bezeichnung „Reisebüro“ für die Vermittlung von Reisen. Zu differenzieren hiervon sind andere beschreibende Begriffe, die nicht die Art eines Angebots, sondern die Qualität, den Wert oder die Menge eines Angebots beschreiben: Angaben wie „marktfrisch“, „wertvoll“ oder „Liter“. Zwar können solche Begriffe im Sinne des Markenrechts beschreibend sein und sind daher markenrechtlich grundsätzlich als freihaltebedürftig einzuordnen. Für das Domainrecht gilt dies jedoch nicht – aus dem einfachen Grund, dass im Internet niemand unter einer beschreibenden Domain wie „wertvoll“ oder „Liter“ eine bestimmte Art von Ware oder Dienstleistung suchen und erwarten würde und daher korrespondierend auch kein Unternehmen ein dringliches Interesse daran geltend machen kann, diese Domain ebenfalls nutzen zu können. Teilhabe verpflichtet sind daher im Ergebnis alle Domains, die eine bestimmte Art von Waren- oder Dienstleistungsangebot charakterisieren und beschreiben. Einen Anspruch auf Teilhabe an einer solchen Domain hat dementsprechend jeder, der ein berechtigtes Interesse an der Nutzung dieser konkreten Domain geltend machen kann, weil eben diese Domain im Verkehr üblicherweise zur Bezeichnung der konkreten Art von Waren oder Dienstleistungen herangezogen wird, wie sie auch der Anspruchsteller anbietet.

Was schließlich den konkreten Inhalt eines Anspruchs auf Teilhabe betrifft, muss dieser so ausgestaltet sein, dass Dritte unter der entsprechenden generischen Domain ebenfalls auf ihr Angebot hinweisen können. Hierfür bietet es sich an, den Inhaber einer generischen Domain zu einer Aufteilung seiner Eingangsseite zu verpflichten. Dieser mag auch weiterhin sein eigenes Leistungsangebot auf dieser Seite präsentieren, er muss daneben aber auch Raum lassen für ein so genanntes „Portal“. Die Funktion dieses Portals lässt sich mit der eines

Telefonbuchs oder Branchenverzeichnisses vergleichen. Dieses Portal muss so benutzerfreundlich kategorisiert und aufgebaut sein, dass der Nutzer mittels weniger Schritte in der Lage ist, auch zu den für ihn interessanten Websites von anderen Anbietern zu gelangen. Ist diese Vorgabe gewahrt, bleibt die nähere Ausgestaltung grundsätzlich dem Inhaber der generischen Domain selbst überlassen. Dabei kommen für die konkrete Funktionsweise eines Portals die verschiedensten Suchoptionen in Betracht, etwa eine alphabetische Suchfunktion, eine Suchfunktion anhand der Postleitzahl oder eine Suche anhand einer genauer zu spezifizierenden Art von Ware oder Dienstleistung. Ob die zur Verfügung gestellte Suchfunktion tatsächlich den Anforderungen an ein effektives Teilhaberecht Genüge tut, ist dabei relativ leicht daran zu ermitteln, wie vieler Zwischenschritte („Mausklicks“) es bedarf, bis der Nutzer zu der für ihn interessanten Website gelangt.

## V. Fazit

Die bislang praktizierte Anerkennung von Ausschließlichkeitsrechten an generischen Domains nach dem Prinzip des „First Come, First Served“ ist abzulehnen. Der Umstand, dass jeder Domain-Name aus netzspezifischen Gründen stets nur einmal vergeben werden kann, ist keine Rechtfertigung dafür, dass mit dieser technisch bedingten Einmaligkeit von Domain-Namen auch eine rechtlich sanktionierte Exklusivität von Domainrechten einhergehen soll. Das Recht muss vielmehr dafür Sorge tragen, dass der immaterialgüterrechtlichen Grundidee einer Anerkennung bestimmter freihaltebedürftiger Allgemeingüter auch bei der Domainvergabe Rechnung getragen wird.

Wenn die derzeitige Praxis der Domainvergabe so gut wie nicht mehr hinterfragt wird, ist dies mit Sicherheit auch darauf zurückzuführen, dass sich die große Zahl bereits registrierter generischer Domains kaum mehr rückgängig machen lässt und dieser Macht des Faktischen offensichtlich niemand mehr etwas entgegensetzen will<sup>40</sup>. Jedoch steht mit dem Modell des Domain-Sharings eine Alternative bereit, die nicht nur den Interessen der Allgemeinheit an einer freien Verfügbarkeit beschreibender Begrifflichkeiten Rechnung trägt, sondern auch den Bestandsschutzinteressen der Inhaber generischer Domains, weil sie nicht zu einem vollständigen Entzug des Rechts an einer generischen Domain, sondern lediglich zu dessen Belastung mit einem Teilhaberecht Dritter führt. De lege lata mag die Begründung eines solchen Teilhabeanspruchs schwierig sein, de lege ferenda ist sie überfällig, weil auch in Zukunft generische Domains im Internet eine zentrale Funktion als Wegweiser und Marketinginstrument einnehmen werden. Der derzeitige Ansturm auf die generischen Domains unter der neuen Top Level Domain .eu zeigt dies mehr als deutlich.

38) Zur – allerdings lauterkeitsrechtlich begründeten – Idee der Teilhabe im Falle generischer Domains s. insb. die Monografie von Jacobs (o. Fußn. 19); s. auch schon Wagner, ZHR 162 (1998), 701 (718 f.); Wendlandt, WRP 2001, 629 (642 ff.).

39) BGH, GRUR 2001, 1061 (1063) – Mitwohnzentrale.de.

40) S. etwa Koos, MMR 2004, 359 (365), der von einer Verkehrsüblichkeit generischer Domains spricht, die „kaum mehr rückgängig gemacht werden kann“. Ähnlich Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI), GRUR Int 2003, 608 (612): Trotz bestehender „Monopolisierungs- und Behinderungseffekte“ wäre eine gesetzliche Regelung analog der markenrechtlichen Eintragungshindernisse im Hinblick auf „die große Zahl der bereits registrierten generischen Domains und die sich daraus ergebenden Fragen des Vertrauensschutzes“ problematisch.