

JAN GERD MIETZEL/MARCO HERO

## Sittenwidriger Domainhandel: Gibt es die „Hinterhaltsdomain“?

Mit seiner Entscheidung im Fall „weideglueck.de“ hat das OLG Frankfurt/M. (MMR 2000, 424 f.) als erstes Gericht die Generalklausel des § 826 BGB im Rechtsstreit um eine Internetdomain nutzbar gemacht. Hier wie auch in nachfolgenden Entscheidungen, die einen Lösungsanspruch auf § 826 BGB stützten, existierte das durch die Domain tangierte Kennzeichen schon vor deren Registrierung. Darin unterschied sich der vom LG Düsseldorf im Fall „literaturen.de“ (U. v. 6.7.2001 – 38 O 18/01 = MMR 2002, 126 in diesem Heft) beurteilte Sachverhalt. Hier war die Domain bereits seit acht Monaten registriert, als die (spätere) Klägerin für den mit der Second Level Domain übereinstimmenden Begriff Titelschutz beanspruchte. Trotzdem ge-

währte das LG Düsseldorf in starker Anlehnung an die „Classe E“-Entscheidung des BGH (WRP 2001, 160 ff.) einen auf § 826 BGB gestützten Lösungsanspruch. Die allgemeine Formulierung des Urteils lässt dabei den Schluss zu, das Gericht betrachte den Handel mit Domains grundsätzlich als sittenwidrig. Ausgehend von einer Darstellung der bisherigen Bewertung des Domainhandels (I.), soll der Fall „literaturen.de“ zunächst allgemein unter markenrechtlichen Aspekten betrachtet werden (II.). Anschließend ist zu diskutieren, inwieweit die Grundsätze der „Classe E“-Entscheidung auch im Domainrecht Anwendung finden können (III., IV.).

### I. Rechtmäßigkeit des Domainhandels im Ausgangspunkt

Der Handel mit Domains – i.S.e. auf die Registrierung folgenden Verkauf an einen anderen Interessenten – ist z.Zt. gängige Praxis. Plattformen für einen solchen Handel finden sich im Internet z.B. unter [www.domainhandel.de](http://www.domainhandel.de), [www.domain-markt.de](http://www.domain-markt.de), [www.nicit.de](http://www.nicit.de) oder [www.sedo.de](http://www.sedo.de). Unter letzterer Adresse stehen nach Angaben des Betreibers derzeit etwa 1,6 Mio. Domainnamen zum Verkauf. Abgesehen von Fällen des „Domaingrabbing“, in denen eingetragene und meist allgemein bekannte Marken

als Domain registriert werden, um sie später dem Markeninhaber oder einem Dritten zum Kauf anzubieten, hat der Domainhandel bisher keine Einschränkungen durch die Rechtsprechung erfahren. In der Literatur geht man davon aus, dass er rechtmäßig sei.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. insoweit *Bücking*, Namens- und Kennzeichenrecht im Internet (Domainrecht), 1999, S. 125; *Welzel*, MMR 2001, 321, 322; *Wilmer*, CR 1997, 562, 566.

■ Jan Gerd Mietzel ist freier Mitarbeiter der Kanzlei TIGGES Rechtsanwälte und promoviert bei Prof. Dr. J. Busche (Lehrstuhl für Gewerblichen Rechtsschutz der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) im Bereich des Domainrechts. Marco Hero ist Rechtsanwalt in der Kanzlei TIGGES Rechtsanwälte.

Die Begründung des *LG Düsseldorf* in der Entscheidung „literaturen.de“ ist allgemein gehalten und deutet darauf hin, dass das *Gericht* den Domainhandel – zumindest soweit solche Domains betroffen sind, die allein zum Zweck der späteren Veräußerung registriert wurden – grundsätzlich als sittenwidrig beurteilt. Eine solche Rechtsprechung widerspräche der Bewertung des Domainhandels in Rechtsprechung und Literatur grundlegend. Die derzeitige Praxis des Handels mit Internetdomains, ein zum Teil sehr lukratives Geschäft,<sup>2</sup> wäre überhaupt in Frage gestellt.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, welche Überlegungen zu der Entscheidung „literaturen.de“ geführt haben und ob diese oder alternative Begründungsansätze die im konkreten Fall getroffene Entscheidung tragen. Über den konkreten Fall hinaus wird analysiert, ob eine Notwendigkeit besteht, den Domainhandel unter bestimmten Umständen weiter einzuschränken, als dies bisher getan wurde.

## II. Markenrechtliche Betrachtung

Bevor unter III. die Urteilsbegründung des *LG Düsseldorf* – insbesondere im Hinblick auf ihre Anlehnung an die „Classe E“-Entscheidung des *BGH* – näher betrachtet wird, ist der Fall „literaturen.de“ zunächst einer markenrechtlichen Bewertung zu unterziehen. So soll ein besserer Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage geschaffen werden, welche Notwendigkeit in diesem Fall für die Anwendung des § 826 BGB bestand und wie weit der Domainhandel allgemein als sittenwidrig zu beurteilen sein könnte.

### 1. Vernachlässigung des MarkenG in domainrechtlichen Entscheidungen

Das *LG Düsseldorf* beschränkt seine Ausführungen zum MarkenG im Fall „literaturen.de“ auf die das Urteil abschließende Bemerkung: „Ob das Begehren der Kl. auch aus markenrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein kann, bedarf bei dieser Situation keiner Entscheidung“. Es folgt dabei einer in der Rechtsprechung zu den Domainstreitigkeiten leider oft zu beobachtenden Tendenz, die primären Schutzbestimmungen des MarkenG hinter die Anwendung allgemeinerer Normen, wie beispielsweise des § 12 BGB<sup>3</sup> oder der Generalklausel des § 1 UWG, zurücktreten zu lassen.<sup>4</sup> § 2 MarkenG sieht zwar ausdrücklich vor, dass das MarkenG die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen nicht ausschließt und normiert insofern also eine Anspruchskonkurrenz. Die Anwendung generalklauselartiger Normen verführt allerdings dazu, die grundlegenden kennzeichenrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen zu schnell aus den Augen zu verlieren und die jeweilige Entscheidung auf eine allgemeine Interessenabwägung zu stützen.<sup>5</sup> Für die Anwendung des § 826 BGB dürfte dies sogar in noch stärkerem Maße gelten als für die Anwendung des § 12 BGB, da bei § 826 BGB die Interessenabwägung noch deutlicher im Mittelpunkt der Normanwendung steht. Gerade im Bereich des Domainrechts, einem noch sehr jungen Rechtsgebiet, ist es allerdings wünschenswert, wenn die Gerichte sich verstärkt um eine dogmatische Absicherung ihrer Entscheidungen bemühen.<sup>6</sup> Diese Bewertung dürfte unabhängig davon sein, ob man mit dem *BGH* nur von einer eingeschränkten Anspruchskonkurrenz ausgeht<sup>7</sup> oder einer Meinung in der Literatur<sup>8</sup> folgt, derzufolge § 2 MarkenG eine vollständige Anspruchskonkurrenz normiert. Auch nach der letztgenannten Ansicht darf der Rechtsschutz der Marke bzw. der sonstigen Kennzeichen aus anderen Normen als denen des MarkenG nämlich nicht den Schranken zuwiderlaufen, die dem Kennzeichenschutz durch dieses Gesetz gezogen werden.<sup>9</sup> Die i.R.e. Domainrechtsstreits somit zwangsläufig anzustellenden kennzeichenrechtlichen Erwägungen sollten dementsprechend auch in der jeweiligen Entscheidung offen gehalten werden.<sup>10</sup>

### 2. Die Situation im Fall „literaturen.de“

Im Fall „literaturen.de“ stand den aus einem Werktitel (dem Titel der Zeitschrift *Literaturen*) erwachsenden Kennzeichenrechten eine Domain gegenüber, die acht Monate vor dem Erscheinen der (auf die Zeitschrift bezogenen) Titel-schutzanzeige registriert worden war. Damit stellt sich zunächst die Frage, ob dieser Domain Kennzeichenschutz zustand. In diesem Fall hätte nämlich die Domain entsprechend § 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 MarkenG die prioritätsälteren Rechte genossen, sodass der Herausgeber der Zeitschrift schon insoweit mit seinen Rechten aus dem prioritätsjüngeren Kennzeichen nicht hätte durchdringen können.<sup>11</sup>

Dass auch an einem Domainnamen Kennzeichenrechte bestehen können, dürfte mittlerweile als allgemein anerkannt gelten.<sup>12</sup> Im Fall „literaturen.de“ war ein kennzeichenrechtlicher Schutz der Domain als Werktitel in Betracht zu ziehen.<sup>13</sup> Der Titel „literaturen“ dürfte trotz seiner beschreibenden Natur die für einen Werktitel notwendige Kennzeichnungskraft besitzen. Die Anforderungen, die von der Rechtsprechung an die Kennzeichnungskraft gestellt werden, liegen mittlerweile so niedrig, dass bereits eine noch so geringe Unterscheidungskraft als ausreichend angesehen werden darf.<sup>14</sup> Auch das *LG Düsseldorf*

2) So wurde nach einem Bericht des „Domain-Newsletter“ (<http://www.domain-recht.de/archiv/72.htm>) die Domain „sg.com“ kürzlich für US\$ 2,5 Mio. verkauft. Die Domain „schwule.de“ wechselte für immerhin noch € 20.000 den Besitzer.

3) Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., 1999, § 15 Rdnr. 22 bezeichnet § 12 BGB als die „Generalklausel des gesamten Bezeichnungsrechts“.

4) S. z.B. *OLG Nürnberg* JurPC Web-Dok. 146/2000, Abs. 3 und 8; *OLG Stuttgart* MMR 1998, 543 – steiff.com; *OLG Hamm* MMR 1998, 214 – krupp.de; *LG München I* NJW-RR 1998, 972 – juris.de; *KG* MMR 1998, 56 – concert-concept.de.

5) *Bettinger*, CR 1998, 243; kritisch ggü. dieser Tendenz insofern auch: *Berlit*, MMR 1998, 216 f.; *Hackbarth*, CR 1998, 558 und aus der Rspr. *OLG Frankfurt/M.*, MMR 2000, 486, 488 –alcon.de.

6) *Bettinger* (o. Fußn. 5); *Ernst*, NJW-CoR 1998, 177 spricht diesbzgl. davon, die allein auf die Anwendung von Generalklauseln gestützten Entscheidungen seien „aus praktischen Gründen“ bedauerlich.

7) *BGH* MMR 1998, 620 – MAC Dog; *BGH* GRUR 1999, 252, 253 – Warsteiner II; *BGH* WRP 1999, 931, 935 – Big Pack; *BGH* WRP 1999, 1279, 1283 – SZENE.

8) *Deutsch*, WRP 2000, 854, 856; *Fezer* (o. Fußn. 3), § 2 Rdnr. 2 und 3.

9) Vgl. *Fezer* (o. Fußn. 3), § 2 Rdnr. 2.

10) So stellt das *OLG Frankfurt/M.* in der bereits angeführten Entscheidung „weideglueck.de“ (MMR 2000, 424 f.) diese z.B. an den Anfang seiner rechtlichen Ausführungen.

11) Vgl. zu dieser Konstellation: *LG München I* JurPC Web-Dok. 79/2001 = MMR 2001, 412 (Ls.) – nominator.de. Das *Gericht* erkennt hier einem Domainnamen die besseren Rechte ggü. einer nach der Registrierung der Domain eingetragenen Marke zu. Leider stützt es seine Entscheidung dabei aber (mit zweifelhafter Begründung) allein auf § 12 BGB und vermeidet so eine Auseinandersetzung mit dem Werktitelschutz.

12) Vgl. *OLG München* CR 1999, 778 – tnet.de; *OLG Hamburg* MMR 1999, 159 – emergency.de; *OLG Dresden* CR 1999, 102, 103 = MMR 1999, 51 (Ls.) – dresden-online.de; *LG Düsseldorf* NJW-RR 1999, 629 – jpnw.de; *Bücking* (o. Fußn. 1), S. 70 ff.; *Fezer*, WRP 2000, 669, 671 ff.; *Hackbarth*, CR 1999, 186 f.; *Wiebe*, CR 1998, 157, 161 ff.

13) Für eine Einstufung als Marke oder Unternehmenskennzeichen fehlt es hier schon an der insoweit notwendigen Verkehrsgeltung (im zweiten Fall auch an einem hinter der Domain stehenden Geschäftsbetrieb).

14) Vgl. *BGHZ* 108, 89, 92; *Fezer* (o. Fußn. 3), § 15 Rdnr. 158; *Teplitzky*, AfP 1997, 450, 452.

hat die Voraussetzungen offensichtlich für erfüllt betrachtet. Weitere Voraussetzung für einen markenrechtlichen Schutz der Domain „literaturen.de“ war aber, dass der Domainname ein Werk i.S.d. § 5 Abs. 3 MarkenG bezeichnete. Zumindest dürfte hier die Abrufbarkeit einer individuell gestalteten Homepage unter dem jeweiligen Domainnamen zu fordern sein.<sup>15</sup> Die bloße Konnektierung der Domain kann jedenfalls zur Begründung eines Werktitelschutzes nicht genügen.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall hatte der Bekl. unter der Domain „literaturen.de“ lediglich eine Seite mit einem Hyperlink auf seine persönliche Homepage (familienname.de) ins Internet gestellt. Dies reicht für die Annahme eines titelschutzfähigen Werks nicht aus. Da der (ursprüngliche) Domaininhaber also die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, Kennzeichenrechte an dem Domainnamen zu begründen, nicht genutzt hatte, verfügte die Kl. im Fall des *LG Düsseldorf* demnach über die prioritätsälteren Rechte an dem Titel „Literaturen“.

Damit stellt sich aber die Frage, ob der an dem Zeitschriftentitel „Literaturen“ erworbene Werktitelschutz ausreichende Grundlage für einen Unterlassungs- bzw. Löschungsanspruch gegenüber dem Domaininhaber sein konnte, ob also die gem. § 15 Abs. 2 MarkenG notwendige Verwechslungsgefahr vorlag. Der Schutzzumfang des Werktitelschutzes wird maßgeblich durch den Grad der dem Titel innewohnenden Kennzeichnungskraft bestimmt, die mit dessen Originalität zunimmt.<sup>17</sup> Der Begriff „Literaturen“ ist, wie oben bereits festgestellt wurde, ein beschreibender Begriff. Er ist im Duden<sup>18</sup> als Pluralform des Wortes „Literatur“ aufgeführt und dürfte dementsprechend – auch wenn er selten Verwendung findet – keinen sonderlich weit reichenden Schutz genießen. Das *LG Hamburg* hat in einem vergleichbaren Fall im Hinblick auf den Begriff „bike“ als Titel einer Zeitschrift für Mountainbike-Interessierte festgestellt, dass der Schutzbereich dieses beschreibenden Begriffs ohne Verkehrsdurchsetzung minimal und ohne erhöhte Bekanntheit auf Identverletzungen (d.h. auf die Verletzung durch Kennzeichnung eines identischen Mediums) beschränkt sei.<sup>19</sup> Der Betrieb eines Forums zum Informationsaustausch von Mountainbikern unter der Domain „bike.de“ wurde dementsprechend als zulässig angesehen. Zu einer anderen Bewertung kam das *LG Köln*, das den Kennzeichenschutz der Handelsblattbeilage „Karriere“ schon durch eine Internetpräsenz verletzt ansah, die unter der Adresse „http://www.uni-online.de/karriere/karriere“ Informationen zu diesem Thema anbot.<sup>20</sup> Der Entscheidung des *LG Hamburg* dürfte, wenn man von einer über den unmittelbaren Kreis der Abonnenten nicht weit hinausreichenden Bekanntheit des Zeitschriftentitels ausgeht, eher zuzustimmen sein. Die Annahme einer Verwechslungsgefahr würde voraussetzen, dass der Verkehr unter der begrifflich mit dem Zeitschriftentitel korrespondierenden Domain überwiegend ein Online-Angebot der jeweiligen Zeitschrift erwartet. Dies mag im Hinblick auf solche Zeitschriften gerechtfertigt sein, die auf Grund ihrer längeren Erscheinungsdauer (eine solche war auch im Falle der Handelsblattbeilage Karriere gegeben) und ihres erweiterten Leserkreises als „bekannt“ i.S.d. § 15 Abs. 3 MarkenG eingestuft werden können.<sup>21</sup> Für eine Zeitschrift, die erst kurze Zeit auf dem Markt ist und noch dazu einen eher begrenzten Kreis von Interessenten anspricht, kann eine solche Erwartung des Verkehrs aber kaum angenommen werden. Dies gilt nicht zuletzt deswegen, weil das Internet seit längerer Zeit intensiv gewerblich genutzt wird und damit keinesfalls mehr von der freien Verfügbarkeit jedes Begriffs als einem Domainna-

men ausgegangen werden kann. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass – anders als in den eben referierten Fällen – die Domain „literaturen.de“ nicht im geschäftlichen Verkehr benutzt wurde. Der Domaininhaber hatte vielmehr auch die Möglichkeit einer rein privaten Nutzung (als Plattform für lesebegeisterte Freunde und Bekannte) in den Raum gestellt. Auch insoweit würde sich die Begründung eines Anspruchs aus § 15 Abs. 2 MarkenG zumindest als problematisch darstellen.

Zusammenfassend ist also zunächst festzustellen, dass der Sachverhalt im Fall „literaturen.de“ allein unter markenrechtlichen Gesichtspunkten einen Unterlassungs- bzw. Löschungsanspruch nicht getragen hätte. Hier sind insbesondere der verminderte Schutzbereich des kennzeichnenden Begriffs „literaturen“ und die damit eingeschränkte Verwechslungsgefahr zu beachten, denn sie sollten auch bei einer möglichen Interessenabwägung im Rahmen anderer zum Kennzeichenschutz herangezogener Normen nicht unberücksichtigt bleiben. Die fehlende geschäftliche Nutzung der Domain hingegen spricht zwar gegen eine Anwendung des § 15 Abs. 2 MarkenG, kann aber unter Umständen (so z.B. wenn man das Vorhaben einer privaten Nutzung als bloße Schutzbehauptung bewertet) sogar ein Argument für einen ergänzenden Kennzeichenschutz über andere Normen darstellen.<sup>22</sup>

### III. Die „Hinterhaltsdomain“: „Classe E“ im Domainrecht

Nachfolgend wird untersucht, welche besonderen Umstände das *LG Düsseldorf* im Fall „literaturen.de“ zur Anwendung des § 826 BGB bewogen haben könnten bzw. welche Umstände grundsätzlich geeignet erscheinen, die Anwendung des § 826 BGB auf den Domainhandel zu rechtfertigen.

Das *LG Düsseldorf* stellt fest, dass die Reservierung einer Vielzahl von beschreibenden Begriffen als Domainnamen jedenfalls dann „wettbewerbswidrig und auch i.S.v. § 826 BGB sittenwidrig sei, wenn allein die formalrechtliche Stellung dazu benutzt werden soll, Gewinne zu erzielen, deren Höhe nicht mit irgendeiner Leistung des Rechtsinhabers in Zusammenhang steht, sondern allein von der Bedeutung abhängt, die der ‚Vertragspartner‘ der Sache beimisst.“

Die Möglichkeit, allein auf Grund einer zu einem bestimmten Zeitpunkt erworbenen Rechtsposition nachfol-

15) *Hackbart*, CR 1999, 186, 187; *Völker/Weidert*, WRP 1997, 652, 663. Teilweise wird darüber hinaus die Wiederholung des Titels auf der Homepage gefordert, da der zum Abruf der Homepage einzugebende Domainname neben der Second-Level-Domain auch Angaben zum Übertragungsprotokoll sowie die TLD enthalte und daher nicht ohne weiteres als Werktitel i.S.d. Kennzeichenrechts angesehen werden könne (vgl. *Bücking* (o. Fußn. 1), S. 74; *Fezer*, WRP 2000, 669, 673; *Omsels*, GRUR 1997, 328, 333).

16) Vgl. *OLG Hamburg AfP* 2001, 312, 315 – Sumpfhuhn; *Hackbart* (o. Fußn. 15).

17) Vgl. *Fezer* (o. Fußn. 3), § 15 Rdnr. 171; *Teplitzky*, AfP 1997, 450, 454.

18) Duden, Bd. 5 (Das Fremdwörterbuch), 4. Aufl., 1982.

19) *LG Hamburg MMR* 1998, 46, 47 – bike.de.

20) *LG Köln AfP* 1997, 655 f. – karriere.de.

21) Vgl. zu einer solchen Bewertung *OLG München MMR* 1998, 668 = CR 1998, 556, 557 – freundin.de; *LG Hamburg CR* 1999, 47, 48 = MMR 1998, 448 (Ls.) – eltern.de.

22) So entschied sich das *OLG Frankfurt/M.* im Fall „weideglueck.de“ (o. Fußn. 10), als es darum ging, die Blockierung der betroffenen Domain zu Gunsten des Markeninhabers aufzuheben, gerade deswegen zur Bejahung eines ergänzenden Kennzeichenschutzes über § 826 BGB, weil § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG wegen einer fehlenden geschäftlichen Nutzung der Domain versagte.

gend Gewinne aus dieser Position zu erzielen, die sowohl hinsichtlich ihres grundsätzlichen Eintretens als auch in Bezug auf ihren Umfang unabhängig von einer Leistung des Rechtsinhabers sind, besteht in unserem Wirtschaftssystem aber an vielen Stellen, ohne von der Rechtsordnung missbilligt zu werden. Beispielhaft seien hier nur die Spekulation mit Immobilien oder Bauerwartungsland sowie der Aktien- und Optionsscheinhandel genannt. Der Rechteinhaber erbringt in diesen Fällen außer der einmal getätigten Investition zumeist keine nennenswerten weiteren Leistungen. Sein Gewinn entsteht durch die (positive) Veränderung der Wertschätzung, die der Markt dem jeweiligen Recht entgegenbringt. Es müssen also weitere Aspekte hinzutreten, um für den Fall der hier betrachteten Domainregistrierung zu einer grundsätzlich anderen Bewertung zu gelangen.

Das *LG Düsseldorf* hat seine Überlegungen zur Anwendung des § 826 BGB nicht weiter explizit gemacht. Es erscheint allerdings möglich, wenn nicht sogar nahe liegend, dass das Gericht eine Parallele zum MarkenG gezogen und sich dabei am Normzweck des § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG orientiert hat.<sup>23</sup> Insbesondere käme hier eine Parallele zu der für rechtsmissbräuchlich befundenen Eintragung sog. „Hinterhaltsmarken“<sup>24</sup> in Betracht. Vorbild könnte insoweit die Entscheidung des *BGH* im Fall „Classe E“<sup>25</sup> gewesen sein, denn die dort aufgestellten Kriterien zur Prüfung der Frage, ob die Anmeldung einer solchen Hinterhaltsmarke gegeben sei, weisen deutliche Übereinstimmungen zu den Feststellungen des *LG Düsseldorf* auf.<sup>26</sup> So hat der *BGH* in der angeführten Entscheidung die Feststellung der Missbräuchlichkeit der Markenmeldung maßgeblich darauf gestützt, dass der Bekl. eine Vielzahl von Marken für unterschiedliche Waren und Dienstleistungen gehortet habe, ohne dass ein ernsthafter Benutzungswillen bestanden hätte.<sup>27</sup> Die Anmeldung habe im Wesentlichen dem Zweck gedient, Dritten, die identische oder ähnliche Bezeichnungen verwenden, mit Geldforderungen entgegenzutreten.<sup>28</sup> Auch das *LG Düsseldorf* stellt fest, der Bekl. habe eine Vielzahl von beschreibenden Begriffen als Domainnamen reserviert. Die Unterschiedlichkeit der Domainnamen und die mangelnde Erfahrung des Bekl. auf dem Gebiet der Gestaltung von Webseiten werden dann

als Indizien dafür herangezogen, dass der Bekl. die Domains nicht zur eigenen Benutzung, sondern allein im Hinblick auf einen späteren Verkauf habe registrieren lassen.

Unabhängig davon, dass wohl eine Vielzahl von Domaininhabern, insbesondere im geschäftlichen Bereich, ihre Internetpräsenzen nicht selbst, sondern mit Hilfe einer Werbe- oder Internetagentur eingerichtet haben, stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die Überlegungen, die der *BGH* in der „Classe E“-Entscheidung – bezogen auf das Markenrecht – angestellt hat, ohne weiteres auf den Bereich des Domainrechts übertragen werden können und inwieweit es dementsprechend notwendig erscheint, analog zur „Hinterhaltsmarke“ im Markenrecht auch im Domainrecht eine Rechtsfigur der „Hinterhaltsdomain“ einzuführen.

Schon in Bezug auf das Markenrecht ist festzustellen, dass im Gegensatz zum alten WZG das (neue) MarkenG grundsätzlich von einer Nichtakzessorität der Marke ausgeht, also nicht mehr länger die Bindung derselben an einen Geschäftsbetrieb fordert. Der Wille des Gesetzgebers geht demnach dahin, das Markenrecht zu einem selbstständigen Vermögensgegenstand des Wirtschaftsverkehrs umzugestalten.<sup>29</sup> Dieses Ziel hat seinen Ausdruck in der freien Übertragbarkeit der Marke gem. § 27 MarkenG sowie auch in der Anerkennung eines Markenrechts schon in einem Zeitraum von fünf Jahren vor Benutzungsaufnahme (u.a. § 43 MarkenG) gefunden.<sup>30</sup> Die lediglich zum Zwecke des späteren Verkaufs oder der späteren Lizenzierung erfolgende Anmeldung einer Marke kann damit allein nicht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs rechtfertigen.<sup>31</sup> Die vom *BGH* i.R.d. „Classe E“-Entscheidung gemachte Einschränkung dieses Grundsatzes liegt in den weit reichenden Rechten begründet, die dem Inhaber einer Marke bereits vom Zeitpunkt der Eintragung an gegenüber Dritten eingeräumt werden. Das Arsenal des MarkenG reicht hier vom Auskunfts- über den Unterlassungsanspruch bis zum Anspruch auf Schadensersatz oder Vernichtung von widerrechtlich gekennzeichneten Gegenständen. Dabei ist zu beachten, dass diese Ansprüche nicht nur gegenüber identischen Zeichen Dritter, sondern auch schon gegenüber ähnlichen Zeichen bestehen, hinsichtlich derer eine Verwechslungsgefahr i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG vorliegt.

Für Domains ist im Grundsatz ebenfalls von einer uneingeschränkten Verkehrsfähigkeit auszugehen. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung liegt hier zwar nicht vor, es sind aber keine Gründe ersichtlich, warum die Situation insoweit abweichend vom MarkenG beurteilt werden sollte. Im Hinblick auf mögliche notwendige Einschränkungen dieser Verkehrsfähigkeit ist nun aber zu beachten, dass die bloße Registrierung (und Konnektierung) einer Domain dem Inhaber eben keine Rechte verleiht, die mit denen eines Markeninhabers vergleichbar wären.<sup>32</sup> Der Domaininhaber kann Dritte in diesem Fall lediglich von der Inhaberschaft an der auf seinen Namen registrierten Domain ausschließen.<sup>33</sup> Weitere Rechte gegenüber Dritten stehen ihm auch bezüglich identischer Kennzeichen weder innerhalb<sup>34</sup> noch außerhalb des Internet zu. Eine Möglichkeit, Dritte, die gutgläubig ein identisches oder ähnliches Kennzeichen gewählt haben, wie im Falle der Hinterhaltsmarke, mit Forderungen zu überziehen, existiert damit für den Domaininhaber nicht.

Damit sind aber auch die Anforderungen, die an die Feststellung einer rechtsmissbräuchlichen (Domain-)Regis-

23) Auch das *LG Braunschweig* hat schon einmal § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG i.R.e. domainrechtlichen Entscheidung herangezogen. Die kennzeichenrechtlichen Ansprüche waren in diesem Fall aber schon allein aus § 12 BGB begründet: *LG Braunschweig* NJW 1997, 2687 – braunschweig.de.

24) Unter diesem Begriff versteht man Marken, die ersichtlich zu dem Zweck angemeldet werden, Dritte, die gutgläubig eine identische oder ähnliche Marke wählen, mit Unterlassungs- und Geldforderungen zu überziehen; ausführlich dazu: *Helm*, GRUR 1996, 593, 599.

25) *BGH* WRP 2001, 160 ff.

26) Das *OLG Frankfurt a.M.* hat in der Entscheidung „praline-tv.de“ (MMR 2001, 532, 533) sogar ausdrücklich auf eine Parallele zur „Classe E“-Entscheidung hingewiesen. Hier ging es – im Gegensatz zur Konstellation im Fall „litteraturen.de“ – allerdings auch nur um solche Domains, die zu einem Zeitpunkt angemeldet wurden, als für die von ihnen verletzten Kennzeichen bereits markenrechtlicher Schutz bestand.

27) *BGH* (o. Fußn. 25), S. 163.

28) *BGH* (o. Fußn. 25), S. 163.

29) *Fezer*, in: FS für Vierge, 1995, S. 234 f.; *Starck*, WRP 1994, 698 ff.

30) *Fezer* (o. Fußn. 3), § 50 Rdnr. 30.

31) So auch *BGH* (o. Fußn. 25), S. 163; *Fezer* (o. Fußn. 29), S. 235.

32) Eine andere Situation tritt – wie unter III. 2. dargestellt – ein, wenn unter der Domain eine individuelle Homepage abrufbar ist. Diese Situation wäre aber (da in diesem Fall eine konkrete Benutzung vorliegen würde) mit der der „Classe E“-Entscheidung zu Grunde liegenden Konstellation nicht mehr vergleichbar.

33) Vgl. *OLG Frankfurt/M.* CR 1997, 271, 272 – wirtschaft-online.de.

34) Hier wäre an identische Second-Level-Domains unter anderen TLD zu denken.

trierung gestellt werden müssen, deutlich höher zu setzen als im Falle der Markenmeldung. Die Registrierung einer Vielzahl von beschreibenden Domainnamen kann – auch bei fehlendem Benutzungswillen – für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht ausreichen. Wenn man für Konstellationen, in denen der Domainname vor der Existenz des zu einem späteren Zeitpunkt durch ihn tangierten Kennzeichens registriert wird, überhaupt die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauchs annehmen will, so müssten diese Fälle weit deutlicher an den typischen Fall des „Domaingrabbing“ angenähert sein. Zumindest wäre zu verlangen, dass der Domaininhaber zum Zeitpunkt der Registrierung der Domain genaue Kenntnis von der bevorstehenden Markenmeldung bzw. der vergleichbaren Begründung eines geschützten Kennzeichens hatte. Die bloße Annahme des Registrierenden, die von ihm belegten Domainnamen könnten auf Grund ihrer „besonderen Eignung zur Kennzeichnung von Dienstleistungen oder als Warenoberbegriffe“ eine „erhebliche Anzahl von Interessenten“ anziehen, reicht – mag sie auch durchaus begründet sein – nicht aus, um eine mit dem klassischen „Domaingrabbing“ vergleichbare Situation zu schaffen. Nur ergänzend sei hier noch angemerkt, dass bei einem Domainnamen auch das Fehlen eines ernsthaften Benutzungswillens nicht einfach anhand der fehlenden Einrichtung einer individuellen Homepage festgestellt werden kann, denn denkbar wäre auch der bloße Einsatz einer Domain als Möglichkeit zum E-Mail-Empfang. Wer z.B. bereit wäre, die Domain „literaturen.de“ allein deshalb registriert zu halten, um unter der Adresse „leserate@literaturen.de“ seine E-Mail-Korrespondenz zu empfangen, dem könnte ein Benutzungswille wohl kaum abgesprochen werden.

#### IV. Zusammenfassung und Bewertung

Im Ergebnis ist damit der Rechtsprechung des *LG Düsseldorf* im Fall „literaturen.de“ nicht zu folgen. Der Rechtsfigur einer „Hinterhaltsdomain“ bedarf es im Domainrecht nicht. Die Anwendung des § 826 BGB sollte auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen schon die Registrierung der Domain klar auf die geplante Ausbeutung eines bestimmten Kennzeicheninhabers abzielt, denn nur in diesen Fällen besteht auf Seiten des Kennzeicheninhabers eine hinreichend schützenswerte Rechtsposition. Die Registrierung eines beschreibenden Begriffs als Domainname muss – auch wenn sie in großer Zahl und möglicherweise nur in der Absicht erfolgt, die jeweiligen Domains später zum Verkauf zu stellen – zulässig bleiben. Insoweit wird hier auch keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung, sondern vielmehr eine konsequente Fortsetzung derselben propagiert. Diese hat nämlich eine (analoge) Anwendung des § 8 Abs. 2 MarkenG auf den Bereich der Domainregistrierung bisher stets abgelehnt<sup>35</sup> und ist damit – unter Zustimmung der Literatur<sup>36</sup> – davon ausgegangen, dass ein Freihaltebedürfnis im Bereich der Domainnamen nicht existiert.

Das hier favorisierte Ergebnis schränkt auch die Rechte der Marken- und sonstigen Kennzeicheninhaber nicht in unverhältnismäßiger Weise ein. Existierte das jeweilige Kennzeichen vor der Registrierung der Domain, so erstreckt sich sein Schutz nach den allgemeinen Grundsätzen uneingeschränkt auf den Bereich der Domainnamen. Wer aber eine neue Marke oder ein sonstiges Kennzeichen schaffen will, muss die Einschränkungen durch bisher begründete Rechtspositionen grundsätzlich hinnehmen. Dies gilt auch für den Bereich der Internetdomains. Für

den Schöpfer eines neuen Kennzeichens besteht die Möglichkeit, bereits i.R.d. Entscheidung für bzw. gegen ein bestimmtes Kennzeichen zu überprüfen, ob der jeweilige Begriff bereits als Domain unter einer bestimmten Top-Level-Domain (TLD) registriert ist.<sup>37</sup> Sollte dies der Fall sein, kann er (ohne dass ihm dabei nachvollziehbar beachtliche Kosten entstehen würden) von der Entscheidung für das jeweilige Kennzeichen Abstand nehmen. Entscheidet er sich trotzdem für das Kennzeichen, muss er die bestehende Registrierung akzeptieren. In diesem Fall bleibt ihm die Möglichkeit, die Domain zu erwerben (wobei er auf Grund fehlender bisheriger Investitionen, die bei Scheitern der Verhandlungen zu „sunk costs“ werden würden, eine gute Position haben dürfte) oder auf eine andere TLD auszuweichen. War die Domain, wie im Falle „literaturen.de“, zum Zeitpunkt der Schaffung des neuen Kennzeichens lediglich registriert, kann der Kennzeicheninhaber gegen die spätere Einrichtung eines eine Verwechslungsgefahr begründenden Angebots unter der Domain selbstverständlich unter Rückgriff auf die üblichen markenrechtlichen Normen vorgehen. Er hat ja insoweit die prioritätsälteren Kennzeichenrechte erworben.<sup>38</sup> Die Fehlleitung von E-Mail-Sendungen, wie sie die Kl. im Fall „literaturen.de“ zum Beweis der Behinderung durch den Bekl. angeführt hat, dürfte in der Praxis ein sehr geringes Problem darstellen, da normalerweise die Versendung von E-Mails nicht auf Verdacht an eine vermutete Adresse erfolgt, sondern im allgemeinen (genauso wie im Fall einer postalischen Adresse) damit gerechnet werden darf, dass sich der Versender zunächst vergewissern wird, ob unter der jeweiligen Adresse überhaupt der von ihm intendierte Empfänger zu erreichen ist.<sup>39</sup>

Letztlich dürfte der Markt das beste Instrument darstellen, um etwaige Probleme zu lösen, die im Zusammenhang mit der zu Handelszwecken erfolgenden Registrierung von Domainnamen auftreten. Wie oben beschrieben, werden in Zukunft die Kosten etwaiger notwendiger Domainakquisitionen in die bei der Schaffung neuer Kennzeichen anzustellenden Überlegungen miteinbezogen werden müssen, soweit dies aktuell nicht ohnehin bereits geschieht. Ein Domainhändler, der mit überhöhten Forderungen auftritt, wird am Markt keine Akzeptanz finden und das Risiko laufen, mit den von ihm registrierten Domains, für die neben den Kosten der Registrierung auch laufende Kosten in Form jährlich zu entrichtender „Mietzinsen“ anfallen, einen Verlust zu erwirtschaften. Auf diese Weise sollten sich im Domainhandel realistische Preise bilden, die – so lässt schon ein erster Blick auf die einschlägigen Internetseiten deutlich werden – weit unter der im Fall „literaturen.de“ vom Beklagten erhofften Summe liegen werden. Ein Eingreifen der Rechtsprechung scheint diesbezüglich nicht erforderlich.

35) *OLG Hamm* MMR 2001, 237, 238 – sauna.de; *OLG Braunschweig* MMR 2000, 610 – stahlguss.de; *LG Hamburg* MMR 2000, 763 – lastminute.com; *LG München I* NJW-RR 1998, 978, 979 = MMR 1998, 620 (Ls.) – sat-shop; *OLG Frankfurt/M.* (o. Fußn. 33) – wirtschaft-online.de.

36) *Bettinger* (o. Fußn. 5), S. 274; *Bücking* (o. Fußn. 1), S. 109 f.; *Renck*, WRP 2000, 264, 267; *Schröder*, MMR 2001, 238, 239; *Sosnitza*, K&R 2000, 209, 215; *Ubber*, WRP 1997, 497, 511.

37) Genau diese Möglichkeit besteht für den Markeninhaber i.F.d. klassischen „Domaingrabbing“ nicht. Er gerät hier vielmehr angesichts der bereits in die Marke getätigten Investitionen in eine Situation, in der er durch den „Domaingrabber“ erpressbar wird (vgl. zur strafrechtlichen Beurteilung des Domaingrabbing insoweit *LG München II* CR 2000, 847 f.).

38) Vgl. dazu die Darstellung oben unter III. 2.

39) So auch *LG Köln* MMR 2000, 437, 438 – maxem.de.