

11 W 66/09 (Kart)

3/10 O 38/09

Landgericht Frankfurt am Main



## OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

### BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

T Ltd., vertreten durch den Director S [REDACTED], F [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],  
[REDACTED],

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt R [REDACTED], B [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

gegen

Denic e.G., vertreten durch die Vorstände Sabine Dolderer, Dr. Jörg Schweiger, Marcus Schäfer und Carsten Schiefner, Kaiserstr. 75 - 77, 60329 Frankfurt am Main,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte T [REDACTED], W [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. W■■■■, den Richter am Oberlandesgericht Dr. N■■■■ und die Richterin am Oberlandesgericht B■■■■

am 05.08.2010

beschlossen:

Die Antragstellerin hat die Kosten des Eilverfahrens zu tragen.

Der Gegenstandswert wird für beide Instanzen auf 25.000 EUR festgesetzt.

### Gründe:

Nachdem die Parteien das einstweilige Verfügungsverfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war über die Kosten des Verfahrens unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden (§ 91 a ZPO). Die Kosten waren der Antragstellerin aufzuerlegen, weil das Landgericht ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Recht zurückgewiesen hat und das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Antragstellerin voraussichtlich keinen Erfolg gehabt hätte (zur Maßgeblichkeit des voraussichtlichen Ausgangs des Rechtsstreits, wenn das Verfahren nicht für erledigt erklärt worden wäre: Hüßtege in Thomas /Putzo, ZPO, 31. Aufl., § 91 a Rn. 47; Zöller / Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 91 a Rn. 24; OLG Frankfurt NJW – RR, 2007, 788).

1.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht den Hauptantrag, mit dem die Antragstellerin die Registrierung der Domain „tv.de“ auf sich selbst verlangt hat, zurückgewiesen, weil es sich dabei um eine Vorwegnahme der Hauptsache gehandelt hätte. Dementsprechend hat die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde nur noch die erstinstanzlich bereits gestellten Hilfsanträge weiterverfolgt. Ergän-

zend sei daher nur angemerkt: Eine Leistungsverfügung, die im Ergebnis auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft, ist nur unter besonderen, engen Voraussetzungen möglich. Der Antragsteller muss im Einzelnen darlegen, dass er so dringend auf die sofortige Erfüllung seines Leistungsanspruchs angewiesen ist und sonst so erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden würde, dass ihm ein Zuwarten oder eine Verweisung auf die spätere Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach Wegfall des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs nicht zumutbar ist, wobei eine „existentielle Notlage“ nicht zu verlangen ist (OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.12.2006 VI U (Kart) 39 /06 bei juris; OLG Düsseldorf GRUR – RR 2002, 176; OLG München GRUR – RR 2003, 56; OLG Dresden, GRUR – RR 2002, 85, OLG Köln VersR 2001, 1284; Kessel / Koch, BB 2009, 1032 ff). In die gebotene Abwägung der beiderseitigen Belange der Parteien sind auch die Erfolgsaussichten des Verfügungsanspruchs einzubeziehen. Die Anforderungen an die wirtschaftliche Notlage sind umso höher anzusetzen, als die Rechtslage nicht zugunsten des Antragsstellers zweifelsfrei ist (OLG Düsseldorf a.a.O.).

Diese Anforderungen waren im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die Antragstellerin hat weder dargelegt noch ist ersichtlich, warum sie auf eine sofortige Erfüllung dringend angewiesen sein sollte. Als erheblicher wirtschaftlicher Nachteil kommt der Umstand, dass die Antragstellerin im Fall der Registrierung der Domain für einen Dritten unter Umständen einen jahrelangen Rechtsstreit gegen diesen zur Durchsetzung ihrer Namens- und Kennzeichnungsrechte führen müsste, nicht in Betracht. Dieses Risiko trifft jeden anderen Kennzeicheninhaber infolge der nur eingeschränkten Prüfungspflichten der Antragsgegnerin (BGHZ 148, 13 – Ambiente) ebenso. Entscheidend gegen eine Leistungsverfügung, durch die die Hauptsache vorweggenommen würde, sprach vorliegend aber vor allem, dass – wie die Hilfsanträge der Antragstellerin zeigen – eine vorläufige Sicherung ihrer vermeintlichen Ansprüche ohne Vorwegnahme der Hauptsache möglich gewesen wäre. Auch die Rechtslage war nicht zweifelsfrei zugunsten der Antragstellerin zu beurteilen. Der Antragstellerin stand ein Anspruch auf Eintragung der Domain „tv.de“ weder auf der Grundlage der bis 23.10.2009 geltenden Registrierungsbedingungen der Antragsgegnerin noch unter einem sonstigen rechtlichen Gesichtspunkt zu.

2.

Zutreffend hat das Landgericht daher auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß den Hilfsanträgen abgelehnt. Der Beschwerdevortrag hätte keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung gerechtfertigt.

Die Antragstellerin kann sich für einen – im Wege der einstweiligen Verfügung zu sichernden – Anspruch auf Eintragung der Domain „tv.de“ insbesondere nicht auf die Entscheidung des Senats in Sachen „vw.de“ berufen. Der Senat hat hierzu in einem Urteil vom 18.5.2010, Az.: 11 U 36/09 (Kart) < veröffentlicht bei juris > ausgeführt:

*c) Dass die Beklagte einen Anspruch des Klägers auf Registrierung der Domain „x.de“ auf der Grundlage ihrer bis 23.10.2009 geltenden Vergaberichtlinien abgelehnt hat, ist kartellrechtlich nicht zu beanstanden.*

*(a) Ein Anspruch auf Registrierung der einstelligen Domain ergibt sich entgegen der Auffassung des Klägers insbesondere nicht aus dem Urteil des Senats vom 29.4.2008 („vw.de“ a.a.O.). Aus dieser Entscheidung ergibt sich kein uneingeschränkter und genereller Anspruch auf die Eintragung jeglicher ein- oder zweistelligen Domain. Der Senat ist lediglich aufgrund einer Gesamtabwägung aller im konkreten Fall zu berücksichtigten Interessen zu dem Ergebnis gelangt, dass dem wettbewerblichen Interesse an der Zulassung einer SLD, die aus der gleichen Buchstabenfolge wie die berühmte Marke der dortigen Klägerin besteht, gegenüber dem Interesse der Beklagten an der Vermeidung (eher theoretisch denkbarer) technischer Störungen Vorrang einzuräumen war, solange sich die mögliche Gefahr solcher Störungen nicht konkretisiert. Eine vergleichbare Beeinträchtigung des Klägers im Wettbewerb ist schon deshalb nicht denkbar,*

*weil es sich bei der für ihn eingetragenen Marke „x“ um eine bislang nicht benutzte, jedenfalls aber nicht bekannte oder gar berühmte Marke handelt, so dass auch eine nur annähernd vergleichbare Beeinträchtigung des Klägers im wirtschaftlichen Verkehr bei Verweigerung der Registrierung nicht greifbar ist. Die in der Senatsentscheidung vom 29.4.2008 zu beurteilende Interessenkollision war damit von vornherein völlig anders gelagert.*

*Nur zur Klarstellung sei deshalb erwähnt, dass der Senat technische Probleme keineswegs ausgeschlossen hat, zumal die Einschätzung eines möglichen Restrisikos der Beklagten als verantwortlicher Stelle vorbehalten bleiben muss.*



(b)...

d) Die Weigerung der Beklagten stellt auch keine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 GWB dar. Der Tatbestand der unbilligen Behinderung bezieht sich primär auf das Verhältnis zu Wettbewerbern des angeblich Behindernden (Bechtold, GWB, 5. Aufl., § 20 Rn. 39). Die Beklagte ist nicht Wettbewerber des Klägers. Selbst wenn man von einer Behinderung des Klägers ausgehen wollte, wofür jede für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens nachteilige Maßnahme genügt, wäre sie jedenfalls nicht unbillig. Ob eine Maßnahme unbillig ist, kann nur aufgrund einer Interessenabwägung beurteilt werden, in die die Interessen aller Beteiligten und die auf die Freihaltung des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des Gesetzes einzubeziehen sind (Bechtold a.a.O.; Rn. 41).

Die erforderliche Interessenabwägung hat das Landgericht bereits umfassend und überzeugend dargelegt. Ergänzend sei lediglich darauf hingewiesen, dass das ökonomische Interesse des Klägers an der Eintragung einer seiner Marke „x“ entsprechenden Domain „x.de“ zwar nicht gering zu werten ist. Andererseits hat der Kläger bislang einen entsprechenden Geschäftsbetrieb aber noch nicht eröffnet und kann infolgedessen nicht geltend machen, er werde dadurch im Wettbewerb behindert, dass er eine berühmte Marke nicht unter der entsprechenden Domain bei der Beklagten registrieren lassen könne, wohingegen der Verkehr erwarte, dass sein Geschäftsbetrieb unter dieser Domain im Internet aufzufinden sei. Vor diesem Hintergrund kann der Kläger durchaus etwa auf die Alternative einer generischen Domain verwiesen werden, ohne dass ihm der Zugang zum Internet und die Möglichkeit des Aufbaus einer Geschäftstätigkeit im Internet abgeschnitten wird. Eine spürbare Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs ist mit der Ablehnung der Registrierung der von dem Kläger begehrten Domain ohnedies nicht verbunden. Vor diesem Hintergrund ist das Landgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Interesse der Beklagten an der Freihaltung bestimmter Kürzel zwecks Vervielfältigung der Anzahl zur Verfügung stehender Domains gegenüber dem ökonomischen Interesse des Klägers Vorrang genießt.

e) Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte ihre eigenen restriktiveren Zulassungskriterien ab dem 23.10.2009 aufgegeben hat und seither auch beliebige ein- und zweistellige Domains ohne Beschränkung zulässt. Auch die Änderung der bisherigen Zulassungsmodalitäten unterfällt dem Recht der Beklagten, ihr unternehmerisches Verhalten so auszugestalten, wie sie es für wirtschaftlich richtig und sinnvoll hält, zumal die Beklagte damit die vermeintlichen Konsequenzen aus der Entscheidung „vw.de“ ziehen wollte. Wie sich aus der Pressemitteilung der Beklagten ergab, hat diese sich entschlossen und angekündigt, vor dem 23.10.2009 eingegangene Anträge nach den alten Vergaberichtlinien zu behandeln und für alle Registrierungs-wünsche ab dem 23.10.2009 neue Anträge zu verlangen. Alte unerledigte Anträge sollten danach gerade keine Priorität bei dem neuen Registrierungsverfahren erhalten. Auch diese Regelung ist – wie noch darzulegen sein wird (unten 2.b) – kartellrechtlich unbedenklich. Nach allem hatte der Kläger auf der

Grundlage der bis zum 23.10.2009 geltenden Vergabekriterien der Beklagten keinen Anspruch auf Registrierung der Domain „x.de“.

2.

Der Berufungsvortrag rechtfertigt im Ergebnis keine andere Beurteilung, weil dem Kläger auch aufgrund des ab 23.10.2009 praktizierten Registrierungsverfahrens kein Anspruch zusteht.

a) Die Entscheidung der Beklagten, zu einem bestimmten Stichtag Registrierungsanträge für ein- und zweistellige Domains nach dem Prioritätsprinzip „First come, first served“ zuzulassen, stellt eine Gleichbehandlung aller Antragsteller dar, weil jeder die gleiche Chance hat, der Erste zu sein. Eine Verpflichtung der Beklagten, eine Karenzzeit einzuführen und zunächst vorrangige Ansprüche zu bedienen, besteht aus kartellrechtlicher Sicht nicht, zumal die Beklagte allenfalls eine eingeschränkte Prüfungspflicht trifft und die Registrierung von Domains nicht mit der vorgeschalteten Prüfung kennzeichenrechtlicher Ansprüche belastet werden kann (BGH, Urteil v. 17.5.2001 – I ZR 251/99 – Ambiente.de. zit. nach juris). Eine individuelle Prüfung vorrangiger Registrierungsanträge ist im Hinblick auf das bei der Registrierung erforderliche Massenverfahren nahezu ausgeschlossen. Die Beklagte verfügt hierfür weder über die personellen noch sachlichen Mittel. Das gilt erst recht für das am 23.10.2009 eingeleitete Registrierungsverfahren.

b) Auch die Entscheidung der Beklagten, ein Fortwirken früherer Anträge abzulehnen und im Rahmen des neuen Registrierungsverfahrens neue Anträge zu fordern, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil war die zeitliche Gleichbehandlung aller Anträge naheliegend, da andernfalls Altanträge von vornherein privilegiert gewesen wären. Darüber hinaus kommt eine Fortwirkung des Antrags des Klägers auch deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte ihn – wie dargelegt - zu Recht zurückgewiesen hatte.

c) Der Kläger kann schließlich einen Eintragungsanspruch nicht daraus herleiten, dass die Beklagte sich entschlossen hat, die zweistellige Domain „O2.de“ schon unmittelbar vor Beginn des neuen Registrierungsverfahrens zu registrieren. Eine sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung des Klägers war damit nicht verbunden. Für die Registrierung der Domain O2.de am 23.10.2009 vor dem Startschuss zur Einführung des neuen Registrierungssystems kann sich die Beklagte auf sachliche Gründe berufen. Dabei spielt es hier keine entscheidende Rolle, dass sich die Telefongesellschaft gegen die Ablehnung der Registrierung mit einer Klage gewehrt hat, die noch zum Zeitpunkt des Startschusses des neuen Registrierungssystems rechts-hängig war. Ob dieser Umstand allein eine unterschiedliche Behandlung des Klägers rechtfertigen könnte, erscheint zweifelhaft, weil auch er gegen die Ablehnung der Registrierung geklagt hat.

...

*Jedoch kann sich die Beklagte auf einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung berufen, weil sie nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu ihrer Haftung für kennzeichenverletzende Domains (BGH a.a.O. - ambiente.de) damit rechnen musste, dass sie die Domain O2.de, wäre sie am 23.10.2009 zunächst für einen Dritten registriert worden, möglicherweise wieder hätte löschen und für T [REDACTED] registrieren müssen, weil es sich um eine im geschäftlichen Verkehr in Gebrauch befindliche berühmte Marke handelt. Dass die Beklagte diesen Umweg vermeiden wollte, ist nachvollziehbar und gerechtfertigt. Die Überlegung, einen möglicherweise aussichtslosen Rechtsstreit durch freiwillige Registrierung zu beenden, stellt eine sachliche Rechtfertigung dar, die Domain noch vor dem Startschuss zu registrieren (LG München a.a.O.). Anders liegt der Fall hier. Die Beklagte musste weder damit rechnen, dass ihre Verteidigung gegen die Klage aussichtslos sein könnte. Noch bestand für sie Anlass für die Annahme eines Vorrangs der unbekanntes Marke des Klägers gegenüber anderen gleichlautenden Kennzeichen. Eine Ausnahme von den allgemeinen Regularien des Registrierungsverfahrens war daher – anders als im Fall „O2.de“ nicht geboten.“*

Ebenso liegt der Fall auch hier. Soweit die Antragstellerin gegen das von der Antragsgegnerin ab 23.10.2009 angewandte Registrierungsverfahren grundsätzliche Einwendungen erhebt und dieses wegen der vermeintlichen Bevorzugung der Mitglieder der Antragsgegnerin für kartellrechtswidrig hält, ist schon fraglich, ob die Antragstellerin insoweit ein Rechtsschutzbedürfnis hat, denn sie hat sich an dem ab 23.10.2010 geltenden Registrierungsverfahren nicht mit einem eigenen Antrag beteiligt, sondern möchte dieses Verfahren – bezogen auf die Domain „tv.de“ - umgehen und einen vermeintlichen Anspruch auf Eintragung der Domain gegen die Antragsgegnerin durchsetzen. Hat sich die Antragstellerin aber gar nicht an dem Registrierungsverfahren beteiligt, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie durch angebliche Unzulänglichkeiten dieses Verfahrens einen Nachteil erlitten hätte. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ihr Registrierungsantrag Erfolg gehabt hätte.

Einen unmittelbaren Anspruch auf Registrierung aufgrund der für sie eingetragenen Marke „tv.de“ hatte die Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin jedenfalls nicht. Die Antragstellerin ist nicht Inhaberin einer berühmten Marke, die sich im Registrierungsverfahren zweifelsfrei gegen jede andere gleichlautende Bezeichnung durchsetzen würde. Insofern kann auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des Landgerichts, Seite 5 verwiesen werden. Es bestand für die Antragsgegnerin deshalb weder ein Anlass noch eine Rechtfertigung, von dem Prinzip „first come – first served“ zugunsten der Antragstellerin eine Ausnahme zuzulassen.



Das von der Antragsgegnerin gewählte Verfahren ist auch deshalb unzulässig, weil es andere Registrierungsverfahren gibt, die aus Sicht der Antragstellerin vorzugswürdig erscheinen, wie etwa das von der europäischen Kommission bei der Vergabe der TLD „eu“ praktizierte gestaffelte Verfahren. Denn im Hinblick auf die Vielzahl möglicher Konfliktfälle zwischen Marken-, Namens- und Kennzeichenrechtsinhabern ist es nicht zu beanstanden, wenn es im Allgemeinen mit einer einfach zu handhabenden Grundregel, dem Gerechtigkeitsprinzip der Priorität, sein Bewenden hat (BGHZ 149, 191 –shell.de; BGHZ 148,1 –Mitwohnzentrale.de).

Soweit die Antragstellerin gezielt Bedenken gegen die Ausgestaltung dieses Verfahrens ab 23.10.2009 –namentlich die angebliche Bevorzugung der Mitglieder der Antragsgegnerin bei der Vergabe ein- und zweistelliger Domains – geltend gemacht hat, ist ihr Vortrag pauschal und in keiner Weise glaubhaft gemacht.

Insbesondere hat sie die Behauptung der Antragsgegnerin, jeder Interessierte habe ab dem 23.10.2009 theoretisch die gleiche Chance gehabt, eine Domain entweder über einen Provider oder über DENICdirekt registrieren zu lassen, nicht glaubhaft widerlegt, sondern sich nur auf die geringen Erfolgchancen eines solchen Antrags infolge der Privilegierung der DENIC – Mitglieder berufen. Die Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Erörterung, denn die Antragstellerin könnte selbst bei der behaupteten Kartellwidrigkeit des Verfahrens daraus keinen Anspruch auf Registrierung einer bestimmten Domain auf sich herleiten. Nur um die Sicherung eines solchen Anspruchs ist es der Antragstellerin in dem Eilverfahren aber gegangen.

Hierdurch würde sie nur wieder eine Besserstellung und Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Interessenten erlangen, die ebenfalls ein Interesse an der Domain „tv.de“ haben könnten. Diese Auseinandersetzung ist aber grundsätzlich nicht mit der Antragsgegnerin, sondern mit den Dritten zu führen, die ihrerseits Rechte für sich beanspruchen.

Dr. W [REDACTED]

Dr. N [REDACTED]

B [REDACTED]