

Die Vergabe der Domainnamen

Hans Reip
Jena - 10. Februar 2002

Quelle: <http://www.hansreip.de/Projekte/Recht/Domainvergabe.pdf>

The Internet doesn't only belong to the United States; I'm sorry if it's inconvenient.

– Esther Dyson –

The Internet should not be either advantaged or disadvantaged by our laws and their application. The law of the Internet should be no different from the law applicable to our daily lives, and when that condition is achieved, the Internet will have become a truly integral part of our societies.

– Auffret Matsuura – Internet Law –

Neben den Domainnamen an sich birgt auch die eigentliche Vergabe der Domainnamen einige rechtliche Probleme. Im folgenden soll erörtert werden, ob eine Verpflichtung zur staatlichen Vergabe von Domainnamen besteht und woher die einzelnen *Registries* ihr Recht auf Verwaltung der TLD-Datenbanken herleiten können bevor näher auf die Vergaberegeln der für die TLD .de zuständigen DENIC eG eingegangen wird und geprüft wird, ob die DENIC eG kartellrechtlich in Verantwortung gezogen werden kann.

1. Hoheitlicher Belang oder Privatsache

Um die Vergabe der Domainnamen näher zu beleuchten, soll zunächst geklärt werden, ob durch das bisherige Verfahren nicht deutsche Hoheitsbelange verletzt werden. Es ist dabei festzustellen, ob eine Vergabe durch den deutschen Staat technisch möglich ist, bevor eine Verpflichtung zur Vergabe geklärt werden kann.

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Verwaltung des Internetnamensraumes, insbesondere die Vergabe von Domainnamen, durch den deutschen Staat selbst erfolgen kann. Auf Grund der jahrelangen technischen Betreuung durch die *Universität Karlsruhe* ist ersichtlich, daß eine staatliche Einrichtung in der Lage war, diese Aufgabe wahrzunehmen. Andererseits ist der Internetbetrieb in den letzten Jahren rasant angestiegen¹. Geht man von einem weiteren durchschnittlichen jährlichen Wachstum der Domainadressen von 30% aus, so wäre eine Unterabteilung einer Universität bald überfordert. Ebenso müßten kontinuierlich hohe Finanzmittel in eine ausreichende technische Infrastruktur investiert werden. Auf Grund des derzeitigen Finanzmangels an deutschen Universitäten wäre zumindest zeitweise mit Engpässen zu rechnen. Nur eine eigenständige Einrichtung zur Vergabe der Domainnamen ist in der Lage, selbst für Personal und Finanzierung zu sorgen. Staatlicherseits müßten ihr genug finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden, um einen gut laufenden Betrieb zu gewährleisten. Mit den derzeitigen Sparplänen des Bundes ist dies zwar kaum zu vereinbaren, im Hinblick auf die Verwaltung von Patenten und Marken durch staatliche Patent- und Markenämter jedoch keine undenkbare Aufgabe.

Eine Verpflichtung zum staatlichen Eingriff besteht, wenn durch die Vergabep Praxis hoheitliche Belange tangiert werden. Dies könnte in der Verletzung von Normen des öffentlichen Rechts vorliegen. Der Staat ist selber verpflichtet, die Vergabe ganz oder teilweise zu übernehmen, wenn sie hoheitlichen Zwecken dienen würde.

Aus geschichtlicher Sicht erfolgte die Entwicklung und das Betreiben des DNS unter Förderung durch staatliche Stellen, insbesondere durch die Regierung der USA, in Deutschland, wie schon erwähnt, durch die *Universität Karlsruhe*. Die IANA erhielt zum Beispiel über 90% ihres Finanzhaushaltes durch den amerikanischen Staat². Daraus ließe sich ableiten, daß auch die Vergabe der Domainnamen Aufgabe des Staates sei. Die Förderung von neuen Techniken und Verfahren fällt zwar in den staatlichen Aufgabenbereich, ist jedoch nicht zwingend ein hoheitlicher Belang. Ebenso wie viele andere wissenschaftliche Entwicklungen erfolgte der weitere Ausbau des DNS überwiegend im Privatsektor. Insbesondere erfolgt die Verwaltung der Namensräume der dem breiten Publikum zugänglichen internationalen *Top Level Domains* .com, .net und .edu seit Ende 1989 durch private Unternehmen. Aus der Entstehung des DNS im wissenschaftlich-staatlichen Bereich läßt sich kein hoheitlicher Zweck herleiten.

Man könnte den Domainnamensraum selbst als gesellschaftliches Gemeinvermögen ansehen³. Der Staat würde dann als Verwalter auftreten. Eine solche Verwaltung wäre erforderlich, wenn es nur eine begrenzte Anzahl an möglichen Domainnamen geben würde. Für jede praktische Anwendung läßt sich jedoch ein Domainnamen finden, da die Anzahl der

¹ Vgl. aktuelle DNS-Statistik des *Internet Software Consortiums*, Internet Domain Survey, <http://www.isc.org/ds>.

² Vgl. *Gigante*, J. Marshall J. Computer & Info. L. 413, 416 und 423 sowie *Goldfoot*, 84 Va. L. Rev. 909.

³ Vgl. *Gigante*, J. Marshall J. Computer & Info. L. 413, 423.

Domainnamen unbegrenzt ist⁴. Ein Grund zur begrenzten Vergabe besteht nicht. Eine staatliche Verwaltung ist aus diesem Grund nicht notwendig.

Die Notwendigkeit eines einheitlichen DNS-Systems spricht dafür, daß es nur von einer einzigen Organisation betrieben wird. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, daß der Namensraum des Internets nicht in mehrere Teile zerfällt und jeder Rechner im Internet erreicht werden kann. Um eine einheitliche Betreuung zu gewährleisten, spräche es dafür, den Staat als Regulierer oder Verwalter einzusetzen⁵. Um das Risiko einer monopolartigen staatlichen Vergabe zu vermindern, sollte jedoch eine offene privatrechtlich organisierte Gemeinschaft zugelassen werden, deren Mitglieder zwar eine einheitliche Datenbank der Domainnamen verwenden, aber bei der Namensregistrierung im freien marktwirtschaftlichen Wettbewerb stehen.

Würde allerdings der Staat die Vergabeaktivität kontrollieren, so hätte die Öffentlichkeit die Möglichkeit, auf die Politik der Vergabegesellschaft Einfluß zu nehmen, in dem sie in Wahlen für diejenigen Personen stimmt, welche die gewünschten Positionen vertritt. Im Gegensatz dazu, hat die Öffentlichkeit keine formale Möglichkeit auf die Tätigkeiten und Aktionen einer privaten Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Diesem Problem können jedoch verschiedene Punkte entgegengestellt werden. Zum einen muß eine solche Vergabegesellschaft den Internetnormen eines offenen Prozesses und freier Beteiligung unterliegen. Zweitens stehen die einzelnen Mitglieder einer Vergabegesellschaft im marktwirtschaftlichen Wettbewerb zueinander. Um Kunden zu akquirieren, werden sie versuchen, kundenfreundliche und marktkonforme Entscheidungen zu treffen. Schließlich bildet das Kartellrecht eine Grenze, die wettbewerbsbehindernde Absprachen der einzelnen Mitglieder untereinander verhindert.

Ein hoheitlicher Grund zur staatlichen Verwaltung könnte sich jedoch durch die Beteiligung von UN-Organisationen am Weiterentwicklungsprozeß des DNS ergeben. Seit 1998 liefen Verhandlungen zwischen der IANA beziehungsweise jetzigen ICANN und dem Generalsekretariat der *International Telecommunications Union* (ITU) sowie der *World Intellectual Property Organization* (WIPO) über eine Neugestaltung des DNS. Inzwischen wurde ein neues Vergabeverfahren eingeführt, welches einen Wettbewerb bei der Vergabe zuläßt und ebenso einen Streitbeilegungsmechanismus bei Namensstreitigkeiten beinhaltet (die UDRP der WIPO). Auch die *Bundesrepublik Deutschland* gehörte den bei den Verhandlungen beteiligten UN-Organisationen an und war damit indirekt an den Beratungen beteiligt gewesen. Im Unterschied zur UNO-Generalversammlung oder anderen Unterorganisationen (zum Beispiel zur *World Health Organization*) beschäftigen sich diese beiden Organisationen auch mit rein privatrechtlichen Fragen. Eine Aufgabe der ITU ist es zum Beispiel, die Zusammenarbeit im Telefondienst zu fördern und dabei einheitliche Bestimmungen durchzusetzen⁶. Die WIPO bemüht sich um den Schutz von geistigen Eigentum⁷, welches regelmäßig dem privaten Bereich entspringt. Somit läßt sich auch aus einer Teilnahme dieser Organisationen am Beratungsprozeß nicht schließen, daß es sich bei der Verwaltung der Domainnamen um hoheitliche Angelegenheiten handelt⁸.

⁴ Vgl. *NSI*, Enhancing Internet, Kap. The Goals, 3.

⁵ Vgl. *Gordon*, Controlling the Internet, Kap. 2.3.

⁶ Zur ITU siehe deren Informationsseite: *ITU*, About the International Telecommunication Union, 6. März 2000, <http://www.itu.int/aboutitu/>. Siehe auch *Harbecke*, 50 Jahre UNO, S. 83f.

⁷ Vgl. die eigene Kurzdarstellung der WIPO: *WIPO*, About WIPO, <http://www.wipo.org/about-wipo/en/>. Siehe auch *Harbecke*, 50 Jahre UNO, S. 85.

⁸ Ebenso DBT-Dr. 13/7764 vom 27. Mai 97.

Schließlich könnte sich die Verpflichtung zu einer staatlichen Verwaltung der deutschen TLD direkt aus dem Grundgesetz, insbesondere Art. 87f Abs. 1 GG beziehungsweise aus dem korrelierenden TKG ergeben. Gemäß dem im Jahre 1994 eingeführten Art. 87f Abs. 1 GG gewährleistet der Bund im Bereich der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen. Dann müßte der Betrieb des DNS als Teil des Internets zur Telekommunikation zu rechnen sein. Umstritten ist jedoch schon inwieweit die Anbindung an das Internet selbst unter die Telekommunikation zu zählen ist. Das BVerfG hatte schon in seinem „Ersten Rundfunkurteil“ von 1960 unter den Vorgängerbegriff der Telekommunikation, dem Fernmeldewesen nur den sendetechnischen Akt der Übermittlung von Daten, also das Senden und Empfangen, eingeordnet⁹. Das Fernmeldewesen umfasse nach dieser Entscheidung nur die der Übermittlung von Signalen dienenden technischen Vorgänge. Es beginnt erst mit der Übermittlung des fertigen Signals. Zunächst ist hier zwischen dem reinen Übertragungstechnischen Bereich und dem Bereich des Inhaltes zu unterscheiden. Um das Internet betreiben zu können, ist aus technischer Sicht zunächst ein Akt der Datenübertragung im Sinne eines Empfangens und Sendens von digitalen Informationen erforderlich. Die im Schichtenmodell des Internets als Basis dienende Ebene der Hardware, wie die Telefonleitungen oder Glasfaserkabel gehören zweifellos zur Übertragungstechnik. Folglich wird die technische Seite der Übertragung von Daten im Internet vom Telekommunikationsbegriff des Art. 87f Abs. 1 GG erfaßt¹⁰. In diesen Bereich fällt die Ermöglichung eines Netzzuganges, wie die Verbindung des heimischen Computers zu einem Internetprovider. Diese Grundvoraussetzungen für den Heimgebrauch des Internets lassen sich heutzutage über die ebenfalls dem Art. 87f Abs. 1 GG unterfallende Telefonkommunikation gewährleisten. Es besteht damit eine gewisse Parallelität zwischen der Verpflichtung einer Grundversorgung mit Sprachtelefonie und der technischen Internetanbindung¹¹. Erfasst vom Begriff der Telekommunikation wird jedoch nicht die inhaltliche Seite der übertragenen Daten. Nach Art. 87f Abs. 1 GG ist der Bund nicht verpflichtet, ein bestimmtes inhaltliches Angebot im Internet zu gewährleisten¹².

Schwieriger unter den Telekommunikationsbegriff einzuordnen ist jedoch die dem Internet inhärente Grundstruktur, wie die das Internet charakterisierenden Protokolle TCP/IP oder das der Anwendungsschicht zuzuordnende DNS. Ohne diese Grundstrukturen ist eine Kommunikation im Internet nicht möglich. Insbesondere erfolgt mittels dem TCP/IP sowie dem DNS, die eigentliche Adressierung des Zielobjekts (wie zum Beispiel Mailboxen oder WWW-Seiten). Der Betrieb dieser Grundstrukturen, wie die Zuweisung von IP-Adressen oder Domainnamen ist folglich nicht der eigentlichen Inhaltsanbietung gleichzustellen. Das Routing von Informationen im Internet mittels IP-Adressen und Domainnamen erfolgt nicht auf der Ebene der Hardware, vielmehr entscheidet die zugrundeliegende Software im Einzelfall über das anzuwendende Adressierungsverfahren oder den zu nutzenden Übertragungsweg im Internet. Das System des TCP/IP ist so konstruiert worden, daß es unabhängig von den aktuell benutzten Leitungen agieren kann. So kann ein Datenstrom im Internet bei Ausfall eines Übertragungsweges auf einen anderen umgeleitet werden. Darüber hinaus sind die kommunizierenden Rechner nur soweit zur Einhaltung der Standardspezifikationen des DNS verpflichtet, wie sie fremde Dienste in Anspruch nehmen. Es steht folglich Nutzern offen über das grundgesetzlich gesicherte Telefonnetz ein eigenes internetähnliches Datennetz aufzubauen, welche gegenüber dem herkömmlichen Internet

⁹ BVerfG vom 28. Februar 1991, BVerfGE 12, 205, 226f. Vgl. auch Röger, ZRP 1997, 203, 204.

¹⁰ So auch Röger, ZRP 1997, 203, 205.

¹¹ Zur darüber hinausgehenden Verpflichtung zum Aufbau eines staatlichen Backbone-Netzes siehe Mecklenburg, ZUM 1997, 525, 534f.

¹² Mecklenburg, ZUM 1997, 525, 533.

abweichende Spezifikationen aufweist. Die das Internet charakterisierenden Protokolle und Adressierungsmechanismen unterfallen damit nicht dem Telekommunikationsbegriff des Art. 87f Abs. 1 GG, sondern stellen vielmehr ein zwischen Inhaltsanbietung und Telekommunikation liegende dritte Kategorie dar. Die Verwaltung des DNS wird folglich nicht von der Grundversorgungsverpflichtung des Art. 87f Art. 1 GG erfaßt.

Sollte man die Infrastruktur dennoch der Telekommunikation zuordnen, ist zu bedenken, daß zwar der Staat Adressat des von Art. 87f GG geforderten Grundversorgungsauftrages ist, dieser aber nicht verpflichtet ist, die Grundversorgung selbst durch eigene staatliche Organisationen sicherzustellen. Er darf vielmehr die Adreß- und Namensvergabe nicht selbst bewältigen, sondern muß sich vielmehr nach Art. 87f Abs. 2 GG darauf beschränken, die Dienstleistungen durch private Unternehmen erbringen zu lassen¹³. Ein Eingreifen wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Grundversorgung nicht mehr gewährleistet ist. Sollte man das DNS dem Grundversorgungsauftrag zuordnen, so wäre ein staatliches Eingreifen nur dann möglich, wenn die DENIC eG ihren Service einstellen oder extrem hohe Gebühren verlangen sollte. Auf Grund der Bedeutung von Domainnamen ist derzeit jedoch nicht mit einer Einstellung der deutschen TLD .de zu rechnen. Weiterhin sind die Mitglieder des DENIC eG vorrangig dem Wettbewerbsrecht ausgesetzt. Sollte die DENIC eG unberechtigt ihre Preise in die Höhe treiben, käme zunächst ein Eingreifen staatlicher Behörden gemäß dem GWB in Betracht, ehe der Staat eine eigene Regelungsautorität bezüglich der Domainvergabe an sich ziehen könnte.

Offen bleibt, ob das 1996 eingeführte TKG über die Verfassungsvorgaben hinausgehende Verpflichtungen setzt. Das TKG soll zunächst die Vorgaben des Art. 87f Abs. 1 GG einer Grundversorgung im Bereich der Telekommunikation umsetzen¹⁴. §§ 1 und 18 TKG sehen deshalb die Gewährleistung „angemessener und ausreichender Dienstleistungen“ vor. Eine nähere Begriffsbestimmung erfolgt in § 17 TKG, welcher Universaldienstleistungen im Sinne des TKG als Telekommunikationsdienstleistungen aus den Bereichen des Sprachtelefondienstes und des Betriebes von Übertragungswegen bestimmt, soweit deren Erbringung für die Öffentlichkeit als Grundversorgung unabdingbar geworden ist¹⁵. Darüber hinaus ist die Bundesregierung ermächtigt, mittels einer Verordnung weitere Dienstleistungen als Universaldienstleistungen zu bestimmen, § 17 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 TKG. In der Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV¹⁶) von 1997 werden jedoch neben ISDN-Zusatzleistungen (§ 1 Nr. 1 TUDLV), dem Betreiben von Auskunftsstellen und Telefonzellen (§ 1 Nr. 2 a und c TUDLV) sowie der Herausgabe von Telefonbüchern keine Bestimmungen hinsichtlich des Betriebes des Internets aufgestellt. Damit folgen aus diesem Mindestkatalog hinsichtlich des Internets keine über Art. 87f Abs. 1 GG hinausgehenden Pflichten für den Bund.

Schließlich weißt § 43 Abs. 1 Satz 1 TKG der deutschen RegTP die Aufgabe der Numerierung zu. Sollten sich die IP-Adressen als solche Nummern klassifizieren lassen, so könnte man eine entsprechende Autorität der RegTP auch über das deutsche DNS annehmen. Insbesondere obliegt der RegTP die Strukturierung und Ausgestaltung des Nummernraumes mit dem Ziel, jederzeit den Anforderungen von Nutzern, Betreibern von Telekommunikationsnetzen und Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen zu genügen, § 43 Abs. 1 Satz 2 TKG. Nach § 3 Nr. 10 TKG sind Nummern Zeichenfolgen, die in

¹³ Vgl. Röger, ZRP 1997, 203, 206.

¹⁴ Siehe Kubicek, CR 1997, 1, 8.

¹⁵ Zu § 17 TKG siehe Kubicek, CR 1997, 1, 8 und Mecklenburg, ZUM 1997, 525, 532ff.

¹⁶ Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung, 30. Januar 1997, BGBl. I 1997, 141.

Telekommunikationsnetzen Zwecken der Adressierung dienen. Auch hier ist in Bezug auf Art. 87f Abs. 1 GG auf die zugrundeliegende Technik zur Datenübermittlung abzustellen und nicht auf die in den übermittelten Daten beinhalteten Adreßinformationen des Internets. Nummern im Sinne des § 43 Abs. 1 TKG sind somit nur als die herkömmlichen Rufnummern zur Adressierung der Sprachtelefonie zu verstehen¹⁷. Diese Auslegung wird auch vom historischen Hintergrund des TKG gedeckt. Das TKG sollte zur Entflechtung des ursprünglichen Telefondienstmonopols der *Deutschen Bundespost* und der aus dieser abgespalteten *Telekom AG* beitragen. Diese zwei Unternehmen nahmen zu keinem Zeitpunkt die Vergabe von IP-Adressen beziehungsweise Domainnamen vor¹⁸. Aus historischen Gesichtspunkten ist somit nicht gerechtfertigt, daß nunmehr der Bereich der Internetnumerierung staatlicher Regulation unterfallen soll. Darüber hinaus erscheint es wenig sinnvoll, die IP-Adressierung unter nationalstaatlicher Verwaltung zu stellen, obwohl gerade die IP-Adressen in keinem staatlichen Zusammenhang stehen und nicht wie die Telefonnummern an Ländergrenzen gebunden sind. Der § 43 Abs. 1 TKG weist folglich der RegTP keine Autorität über das IP-System und dem darauf beruhenden DNS zu.

Bei der Reservierung und Verwaltung von Domainnamen im Internet werden damit keinerlei Belange hoheitlicher Art tangiert. Eine Verpflichtung zur staatlichen Vergabe besteht nicht.

¹⁷ So auch *Koenig/Neumann*, K&R 1999, 145, 148ff. Auch die Bundesregierung ist der Ansicht, daß zumindest Domainnamen nicht unter § 3 Nr. 10 TKG fallen, DBT-Dr. 13/7764 vom 27. Mai 97.

¹⁸ Vgl. *Koenig/Neumann*, K&R 1999, 145, 149.

2. Ursprüngliche Autorität der IANA und der *Registries*

Die Registrierung und Verwaltung der einzelnen TLDs erfolgt durch je eine Registrierungsgesellschaft. Diese sind oft privatrechtlich organisiert, ohne staatlichen Verwaltungsorganisationen untergeordnet oder von diesen beauftragt zu sein. Zunächst ist deshalb zu klären, ob diese Gesellschaften ein Recht zur Registrierung besitzen. Da die Verwaltung für die jeweilige TLD konkurrenzlos erfolgt, ist weiter zu klären, ob sie das alleinige Recht auf Vergabe haben, oder ob sie zu einer Marktöffnung verpflichtet sind.

Die IANA hat sich nach dem RFC 1591 vom März 1994 vollständig für die Koordination und das Management des DNS und für die Delegation von Aufgabenbereichen an andere Institutionen verantwortlich gefühlt¹⁹. Das zentrale Internetregister, die DNS-Datenbank, wurde von dem InterNIC geführt. Die Registrierung der öffentlich zugänglichen gTLDs erfolgte ebenfalls durch das InterNIC. Die Verantwortung für die europäischen Ländercodes wurde durch die IANA zunächst an das RIPE NCC übertragen und durch diese Organisation weiter auf die einzelnen Länderregistrierungen.

Da die IANA für die Delegation dieser Aufgaben nur dann zuständig sein konnte, wenn sie selbst ein Recht auf das Management des DNS hatte, muß auf den Ursprung eines solchen Rechtes eingegangen werden. Dazu ist eine historische Betrachtung des Internet DNS notwendig. Weder die WWW-Seite der IANA, noch die WWW-Seite der InterNIC geben näher über die Herkunft des DNS Auskunft. Jedoch ist die Entstehung und der Werdegang des Internets sehr gut aus den mehr als 3200 RFCs ersichtlich.

Den Ursprung des Internets bildete zunächst das 1969 entstandene ARPAnet. Bis 1972 bestand ein loses Geflecht von Computern, welche mit Hilfe des Internet-Protokolls untereinander Daten austauschen konnten, RFC 1²⁰. Das zur Kommunikation erforderliche Internet-Protokoll blieb noch auf wenige Rechner beschränkt. Eine Erweiterung sollte erst 1981 mit dem RFC 790²¹ erfolgen. Auf Grund der geringen Computerzahl hatten die Gründer des Internets die IP-Adressen, welche die einzelnen Computer nutzten, ursprünglich nicht eindeutig zugeteilt. Durch die inzwischen eingetretene Verbreitung des Internetprotokolls, der damit einhergehenden unübersichtlichen Benutzung der IP-Adressen wurden deshalb durch Jon Postel ab 1972 jedem Computer eine spezifische IP-Adresse zugewiesen²². Erst im September 1981 wurde von D. L. Mills im RFC 799²³ die Einführung von Domainnamen vorgeschlagen. Im August 1982 veröffentlichten Zew-Sing Su und Jon Postel im RFC 819²⁴ den Vorschlag einer *Domain Naming Convention for Internet User Applications*, indem „[...] to replace the simple name field, “<host>”, by a composite name field, “<domain>” [...]“. In zwei später folgenden RFCs (RFC 882²⁵ und 883²⁶ vom November 1983) wurde dann von Paul Mockapetris eine ausführliche Darstellung über die Möglichkeiten eines DNS eingebracht. Dieses von ihm dargestellte Verfahren ähnelte schon stark dem später

¹⁹ RFC 1591, Postel: „[...] The Internet Assigned Numbers Authority (IANA) is the overall authority for the IP Addresses, the Domain Names, and many other parameters, used in the Internet.”

²⁰ RFC 1, Crocker.

²¹ RFC 790, Postel.

²² Nähere Ausführungen dazu siehe *Rony/Rony*, Domain Name Handbook, S. 97f. Siehe auch RFC 204, Postel und RFC 349, Postel.

²³ RFC 799, Mills.

²⁴ RFC 819, Su/Postel.

²⁵ RFC 882, Mockapetris.

²⁶ RFC 883, Mockapetris.

eingeführten System. Mit dem RFC 920²⁷ vom Oktober 1984 wird schließlich das heute gültige DNS mit den gTLDs .gov .edu, .com, .mil, .org, .net und .arpa (existierte nur übergangsweise) sowie den zweibuchstabigen Länderkodes²⁸ eingeführt.

Die erwähnten RFCs illustrieren, daß die Entwicklung des DNS hauptsächlich in den Jahren 1983 und 1984 erfolgte. Sie wurde durch Mitarbeiter US-amerikanischer staatlicher Wissenschaftseinrichtungen, besonders durch die am USC-ISI sitzenden Jon Postel und Paul Mockapetris vorangetrieben.

Die Organisationen, welche das DNS betreiben sollten, wurden auch im RFC 920 festgelegt. Die Verwaltung der TLDs .arpa .gov, .edu, .com, .net und .org übernahm ursprünglich die *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA) und die Administration der .mil Domain das *Defense Data Network* (DDN) der *Defense Information Systems Agency* (DISA). Eine Verwaltung für die Länderdomains wurde erst später eingeführt. Die Registrierung neuer Domains sollte durch das an dem *Stanford Research Institute* (SRI) beheimatete *Network Information Center* (NIC) erfolgen. Auch hier übernahm Jon Postel die leitende Rolle²⁹.

Im RFC 1083³⁰ vom Dezember 1988 wird zum ersten Mal erwähnt, daß das USC-ISI unter dem Namen IANA die Hauptverwaltung des Internets vornahm. Mit dem RFC 1174 vom August 1990 erfolgte eine umfassende Erwähnung und die IANA war damit geboren³¹:

RFC 1174

1.2. Introduction

Throughout its entire history, the Internet system has employed a central Internet Assigned Numbers Authority (IANA) for the allocation and assignment of various numeric identifiers needed for the operation of the Internet. The IANA function is performed by USC Information Sciences Institute. The IANA has the discretionary authority to delegate portions of this responsibility and, with respect to numeric network and autonomous system identifiers, has lodged this responsibility with an Internet Registry (IR).

Sie übernahm zunächst nur die Registrierung von Erweiterungen und Verbesserungen der im Internet angewendeten Standards³². Obwohl nach dem RFC 1700³³ erst 1994 offiziell durch die *Internet Society* (ISOC)³⁴ und dem *Federal Network Council* (FNC) gegründet, hatte sich die IANA zu diesem Zeitpunkt schon zur zentralen Organisation des Internets entwickelt³⁵. Es ist jedoch zu beachten, daß trotz Auftretens nach Außen, die IANA keine eigenständige Organisation darstellte, sondern wie Jon Postel bestätigte, ein Arbeitsbereich an der USC-ISI war: „ISI Counsel states for record that IANA is a task performed for the U.S. government“³⁶.

²⁷ RFC 920, Reynolds/Postel.

²⁸ Diese richten sich nach dem „Codes for the Representation of Names of Countries“, ISO 3166, siehe der ISO 3166 Maintenance Agency (ISO 3166/MA) (<http://www.din.de/gremien/nas/nabd/iso3166ma>).

²⁹ RFC 1020, Romano/Stahl.

³⁰ RFC 1083, Postel.

³¹ RFC 1174, Cerf.

³² Siehe auch David H. Crocker, *Evolving the System*, in Lynch & Rose, *Internet System Handbook*, Addison-Wesley, 1993, Seite 53; zitiert in *Rutkowski*, US DOD, ab Kap. „1993“.

³³ RFC 1700, Postel/Reynolds.

³⁴ Zur zweifelhaften Gründung durch die ISOC vgl. auch *Rony/Rony*, *Domain Name Handbook*, S. 122.

³⁵ Siehe dazu *Rony/Rony*, *Domain Name Handbook*, S. 122f.

³⁶ *Rutkowski*, US DOD am Ende.

Diese Einordnung wurde mit dem *High-Performance Computing Act*³⁷ vom 9. Dezember 1991 anerkannt, durch welchen die *National Science Foundation* (NSF), eine Behörde der US-Regierung, die Aufgabe erhielt, die Computer- und Netzwerkstruktur in den USA zu fördern und auszubauen. Dazu gehörte auch die Verantwortung über die Registrierung von Domainnamen³⁸. Die IANA agierte von nun an für und mit Hilfe der NSF³⁹.

Historisch gesehen, hat sich die IANA als Teil der USC-ISI zur verantwortlichen Stelle der DNS-Verwaltung entwickelt. Da das Internet aus einem militärischen Computernetz der USA hervorgegangen ist und die IANA im Auftrag der NSF die weitere technische Überwachung des Internets als Nachfolger der einzelnen Organisationen übernahm, muß sie auch selbst für eine weitere Delegation der Aufgaben des bisherigen DNS zuständig gewesen sein. Aus dem Ursprung des DNS ergibt sich jedoch auch, daß dieses System weiterhin in die Zuständigkeit des US-amerikanischen Staates fällt. Zur späteren Übertragung von Aufgaben an die ICANN war damit ein Vertrag mit der US-amerikanischen Verwaltung notwendig gewesen.

Den Anforderungen an ein internationales Internet wurde die an einer universitären Einrichtung beheimatete IANA jedoch nicht mehr gerecht. Besonders die EU war über die Vorherrschaft des amerikanischen Rechtes in der Registrierung, der Streitschlichtung und dem Markenrecht besorgt⁴⁰. Es wurde sogar überlegt, mögliche Schritte mit Hilfe des Wettbewerbsrechtes gegen die Vormacht der IANA zu unternehmen⁴¹. Viele Bedenken wurden schließlich durch die Gründung der ICANN und der damit einhergehenden Internationalisierung der Internetüberwachung ausgeräumt.

Entsprechend dem RFC 1261⁴² übertrug die NSF am 1. Oktober 1991 die Aufgabe der Registrierung der Domainnamen (unter den gTLDs .gov, .edu, .com, .net und .org) vom SRI-NIC auf die *Government Systems Inc.* (GSI)⁴³. Gleichzeitig erhielt GSI die Berechtigung die IP-Nummern zu verwalten. GSI wiederum gründete 1992 eine Tochterfirma, *Network Solutions Inc.* (NSI)⁴⁴, welche die Verwaltung übernehmen sollte. Um die verschiedenen Aufgaben des Netzwerkmanagements zu erfüllen, gründete NSI mit zwei weiteren Vertragspartnern⁴⁵ das *Internet Network Information Center* (InterNIC)⁴⁶. Nach dem High Performance Computing Act⁴⁷ übertrug die NSF sämtliche Verwaltung des DNS auf das

³⁷ 15 U.S.C. § 5511; 31 U.S.C. § 6305.

³⁸ Siehe *DISC v. NSI*, Complaint, Punkt 12, <http://www.disc.com/complain.html>.

³⁹ Vgl. *Liu*, 74 Ind. LJ. 587, 592 nach dessen Ansicht die IANA ihre Autorität zur Koordination des DNS direkt von der NSF ableiten kann.

⁴⁰ Europäische Kommission, Communication from the Commission to the Council, International Policy Issues Related to Internet Governance, 20. Februar 1998, KOM (1998) 111.

⁴¹ Siehe z.B.: *Europäische Kommission*, Reply to US Green Paper.

⁴² *RFC 1261*, Williamson/Nobile.

⁴³ Siehe auch die chronologischen Informationen, welche in *DISC v. NSI*, Complaint, Punkte 12-20, gegeben werden; siehe Fn. 38; ebenso *Gordon*, Controlling the Internet, Kap. 3.3.

⁴⁴ *Gordon*, Controlling the Internet, Kap. 3.3.; ebenso *DISC v. NSI*, Complaint, Punkt 18, siehe Fn. 38.

⁴⁵ General Atomics und AT&T.

⁴⁶ Siehe *RFC 1400*, Williamson: „As a result of the NREN NIS award by National Science Foundation, non-DDN registration services will soon be transferred from the DDN NIC to the new Internet Registration Service, which is a part of an entity referred to as the InterNIC.“

⁴⁷ 15 U.S.C. § 5511 und 31 U.S.C. § 6305.

InterNIC für die Zeit von fünf Jahren⁴⁸. Dieser Vertrag endete zunächst am 31. März 1998, wurde aber bislang mehrfach verlängert. Der ICANN wurde schließlich durch mehrere Verträge die Verantwortung über die Vergabe von Domainnamen übertragen. Diese schloß wiederum mit den einzelnen *Registries* und *Registrars* für die gTLDs entsprechende Verträge über die Verwaltung des DNS-Namensraumes.

Entsprechend der Einrichtung des InterNIC zur Registrierung von Domainnamen unter die gTLDs wurden über die verschiedenen Jahre hinweg auch regionale *Registries* für die ccTLDs eingerichtet. Diese befanden sich zu Beginn meist noch an wissenschaftlichen Einrichtungen, wurden dann jedoch Schritt für Schritt in private Unternehmen ausgegliedert. Diese Registraturen für die Länderdomains erhielten von der IANA in Form einer Art Franchisevertrag das exklusive Recht, über diese TLDs zu verfügen⁴⁹. Sie können damit auch Unterregistraturen ein Franchiserecht einräumen. Auch heute noch werden durch die ICANN/IANA Verträge mit neuen regionalen *Registries* abgeschlossen. Ein prominentes Beispiel stellt die Einführung der TLD .ps für Palästina dar⁵⁰.

⁴⁸ Siehe *NSI*, Cooperative Agreement, Amendment No. 4,

http://www.networksolutions.com/en_US/legal/internic/cooperative-agreement/amendment4.html.

⁴⁹ Siehe *World Internet Agency*, DNS-Law, Description, 12. Januar 2000, <http://www.wia.org/dns-law/index.html> und *Rony/Rony*, Domain Name Handbook, S.172; ebenso *Bettinger/Freytag*, CR 1999, 28, 29.

⁵⁰ Vgl. *IANA*, IANA Report on Request for Delegation of the .ps Top-Level Domain, <http://www.icann.org/general/ps-report-22mar00.htm>.

3. Vergaberegulation des DENIC eG

In den letzten Jahren hat die DENIC eG einige Mechanismen zur Begrenzung des *Domain Grabblings* in ihre Vergabebedingungen eingeführt. Darüber hinaus bestehen einige weitere Beschränkungen bezüglich der Registrierung von Domainnamen. Im Folgenden soll deshalb auf das Vergabeverfahren der DENIC eG näher eingegangen werden.

Das Verfahren zur Vergabe von Domainnamen richtet sich vor allem nach den DENIC-Registrierungsbedingungen⁵¹ und den DENIC-Registrierungsrichtlinien⁵². Das Hauptprinzip der Vergabe lautet „first come, first served“. Soweit der Domainname noch frei ist, hat der erste Interessent das Recht auf diese Domain. Eine Registration eines Domainnamens unter der TLD .de kann über einen ISP vorgenommen werden, welcher Mitglied der DENIC eG ist oder mit einem solchen Mitglied zusammenarbeitet. Eine Registrierung ist aber auch direkt über die DENIC möglich, jedoch bieten in der Regel die einzelnen Provider die Domainregistrierung und -verwaltung zu erheblich günstigeren Preisen an als die DENIC selbst⁵³. Der Antragsteller muß wie bei jedem Abschluß eines Vertrages voll geschäftsfähig sein. Juristische Personen müssen durch ihre Geschäftsführer beziehungsweise Vorstandsmitglieder vertreten sein. Durch die Registrierung kommt der Registrierungsvertrag zwischen dem künftigen Domaininhaber und der DENIC eG zustande.

Bei Abschluß des Registrierungsvertrages hat der Kunde der DENIC eG zu versichern, daß seine Angaben richtig sind und er zur Nutzung der Domain berechtigt ist, insbesondere, daß die Domain keine Rechte Dritter verletzt und nicht gegen allgemeine Gesetze verstößt⁵⁴. Er hat einen in Deutschland ansässigen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne von §§ 174f. ZPO als administrativen Ansprechpartner mit Zustellanschrift anzugeben, soweit er seinen Sitz nicht in Deutschland hat. Dieser ist als sein Bevollmächtigter berechtigt und verpflichtet ist, sämtliche den Domainnamen betreffende Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden. Er ist damit der Ansprechpartner der DENIC eG. Sollte der Kunde falsche Angaben gemacht haben, zum Beispiel eine unzutreffende Adresse oder einen unkorrekten Namen angegeben haben, berechtigt dies die DENIC eG zur fristlosen Kündigung des Domainregistrierungsvertrags⁵⁵.

Der Kunde hat sicherzustellen, daß die technischen Voraussetzungen zur Konnektierung der Domain im Internet bestehen⁵⁶. Eine Registrierung ohne Nutzung ist seit Februar 1997 ausgeschlossen⁵⁷. Damit soll eine bloße Registrierung, um die Domain gegebenenfalls an Dritte weiterzuverkaufen ausgeschlossen werden. Da es technisch und rechtlich erforderlich ist, werden die Kontaktdaten des Domaininhabers in die öffentliche DENIC-Datenbank (Whois) aufgenommen und im Rahmen des DENIC-Abfrageservice weitergegeben⁵⁸.

⁵¹ Siehe *DENIC eG*, DENIC-Registrierungsbedingungen, 15. August 2000, <http://www.denic.de/doc/DENIC/agb.html>.

⁵² Siehe *DENIC eG*, DENIC-Registrierungsrichtlinien, 15. August 2000, <http://www.denic.de/doc/faq/vergaberichtlinie.html>.

⁵³ Zu den Preisen der DENIC siehe DENICdirect, Preisliste, gültig ab 22. August 2000, <http://www.denic.de/DENICdb/domainreg/DENICdirect/preisliste.html>.

⁵⁴ § 3 (1) DENIC-Registrierungsbedingungen, Fn. 51. Vgl. auch *Hoeren*, Rechtsfragen des Internet, Rdnr. 48.

⁵⁵ § 7 (2) f)-i) DENIC-Registrierungsbedingungen, Fn. 51.

⁵⁶ § 3 (2) DENIC-Registrierungsbedingungen, Fn. 51.

⁵⁷ *Hoeren*, Rechtsfragen des Internet, Rdnr. 49

⁵⁸ Diese Kontaktadressen können dann über die sogenannte Whois-Abfrage ermittelt werden: DENIC-Datenbank / Whois-Suche, <http://www.denic.de/servlet/Whois>.

Domainnamen, welche existierenden TLDs entsprechen (zum Beispiel com, net) können nicht registriert werden. Die DENIC eG verweist hierbei auf technische Probleme. Durch einen Fehler in einer bestimmten und stark verbreiteten DNS-Software bei der Anwahl von Domains des Musters „TLD.TLD“ können technische Schwierigkeiten auftreten⁵⁹. Aus diesem Grund registriert die DENIC eG auch keine ein- und zweistelligen Domains, da besonders hinsichtlich zweistelliger Domainnamen die Verwechslung mit länderbezogenen TLDs besteht und auch hier die eben erwähnten technischen Probleme auftreten können. Da sich der Bestand der ccTLDs regelmäßig ändert, hat sich die DENIC eG nicht nur auf Kürzel von bestehenden ccTLDs beschränkt, sondern sieht eine Sperrung von allen zweistelligen Domainnamen vor. Darüber hinaus befürchtet man bei den einstelligen Domainnamen für die Inhaber einen gegenüber den sonstigen Internetnutzern nicht akzeptablen Wettbewerbsvorteil⁶⁰. Auch eine Registrierung von Domainnamen entsprechend den deutschen Kfz-Kennzeichen ist nicht zugelassen, da sich die DENIC eG eine eventuelle Erweiterung des deutschen DNS durch regionale Unterteilung des Namensraums offenhalten will⁶¹. Schließlich müssen Domainnamen aus technischen Gründen mindestens einen Buchstaben enthalten, da die allein aus Ziffern bestehenden Domainnamen mit IP-Nummern verwechselt werden können. Solche Konfusionen können zu technischen Schwierigkeiten führen, die nicht nur die Erreichbarkeit der Webseite des Domaininhabers gefährden, sondern darüber hinaus auch andere Internet-Nutzer beeinträchtigen würden⁶².

Darüber hinaus bestehen keine Einschränkungen in der Namenswahl. Es existieren keine Beschränkungen gegenüber generischen, ordinären oder beleidigenden Begriffen. Die gewählten Domainnamen müssen nicht in Verbindung mit deren Inhabern stehen. Es besteht keine Limitierung der Anzahl von angemeldeten Domainnamen je Inhaber. Der Inhaber muß weder Deutscher sein, noch seinen Sitz in Deutschland haben. Die fehlenden Einschränkungen ermöglichen es der DENIC eG den Registrierungsprozeß sehr schnell und billig zu gestalten. Die Genossenschaft muß keinen aufwendigen Verwaltungsapparat führen, um rechtliche Implikationen der Domainnamen zu prüfen. Durch die Neutralität der DENIC eG sollen alle Internetnutzer die gleichen Chancen haben und gleichzeitig die Kreativität in der Namenswahl gefördert werden.

Da die DENIC eG nicht selbst entscheiden kann, ob ein Dritter ein besseres Recht auf einen Domainnamen hat, als ihr gegenwärtiger Inhaber, ist dieser Dritte zunächst gehalten, sich selbst mit dem Domaininhaber auseinanderzusetzen und diesen zur Übertragung des Domainnamens auf sich beziehungsweise zur Freigabe zu bewegen. Obgleich die DENIC eG den Domainnamen erst nach einem Gerichtsurteil freigeben oder übertragen kann, kann der Dritte bei der DENIC eG einen sogenannten *Disput-Eintrag* für die streitbefangene Domain beantragen⁶³. Mit einem solchen Eintrag wird vor allem verhindert, daß der Domaininhaber die Domain auf einen weiteren Dritten übertragen kann und sich somit der Auseinandersetzung mit einem eventuellen Anspruchsinhaber entzieht. Außerdem gewährleistet der zu Gunsten eines Dritten eingerichtete *Disput-Eintrag*, daß dieser

⁵⁹ Vgl. die detaillierte Beschreibung des technischen Problems in *RFC 1535*, Gavron.

⁶⁰ Siehe *DENICeG*, FAQs / Domainregistrierung, Warum sind Domains unzulässig, die aus weniger als drei Zeichen bestehen?, 18. September 2001, <http://www.denic.de/doc/recht/faq/domainregistrierung.html#d0006>.

⁶¹ Siehe *DENICeG*, FAQs / Domainregistrierung, Warum sind Domains unzulässig, die deutschen Kfz-Kennzeichen entsprechen?, 18. September 2001, <http://www.denic.de/doc/recht/faq/domainregistrierung.html#d0008>.

⁶² Das *LG Frankfurt a.M.* lehnte deshalb in einer Entscheidung vom 22. März 2000 auch einen Anspruch einer Telefongesellschaft auf die Domain 01051.de ab, MMR 2000, 627.

⁶³ § 2 (3) DENIC-Registrierungsbedingungen, Fn. 51.

automatisch neuer Domaininhaber wird, wenn der bisherige Domaininhaber die Domain freigibt. Mit dieser Regelung wird der Tatsache Rechnung getragen, daß einige Gerichte den bisherigen Domaininhaber nur zur Freigabe verpflichten, jedoch nicht zur Übertragung der streitgegenständlichen Domain verurteilen. Zur Beantragung eines *Disput-Eintrages* muß der eventuelle Anspruchsinhaber, neben der Versicherung, mit dem bisherigen Domaininhaber im rechtlichen Streit um die Domain zu stehen, Unterlagen (zum Beispiel Markenurkunden, Handelsregisterauszüge oder Kopie des Personalausweises) beifügen, aus denen sich ergibt, daß ihm an dem Domainnamen ein Recht zustehen könnte⁶⁴. Mangels Prüfungsmöglichkeit durch die DENIC eG genügen jedoch nur Anhaltspunkte. Ein *Disput-Eintrag* ist auf ein Jahr befristet und wird danach wieder automatisch aufgehoben, kann jedoch verlängert werden, wenn die Auseinandersetzung mit dem Domaininhaber noch andauert. Wenn die Auseinandersetzung zu Ungunsten des dritten Anspruchstellers endet, ist dieser verpflichtet, dies der DENIC eG mitzuteilen und den *Disput-Eintrag* aufheben zu lassen. Das Erstellen sowie die Aufhebung des *Disput-Eintrages* sind derzeit kostenlos.

Schließlich ist für einen Endkunden und Domaininhaber interessant zu wissen, wie er seinen ISP, über welchen er seinen Domainnamen angemeldet hat und welcher die technische Administration seines Domainnamens vornimmt, wechselt. Ein Wunsch zum Wechseln mag entstehen, wenn der Domaininhaber nicht mehr mit dem Service seines bisherigen Providers zufrieden ist oder eine preisgünstigere Alternative für ihn besteht. Um einen Providerwechsel zu erreichen, muß die Domain anstatt durch den alten ISP durch den Neuen gehostet werden. Ein Umzug der Domain ist natürlich nur unter den Voraussetzungen, welche im Vertrag mit dem bisherigen ISP bestimmt sind, möglich. Grundsätzlich muß zunächst der bisherige Provider über den Wechsel informiert und mit dem neuen Provider ein Vertrag über die Verwaltung der Domain geschlossen werden. Sodann sendet der neue ISP an die DENIC eG einen sogenannten KK-Auftrag (KK = Konnektivitätskoordination). Die DENIC eG fragt wiederum beim bisherigen Provider nach, ob der Domaininhaber dem Wechsel zugestimmt hat. Bei Bejahung der Zustimmung werden die technischen Angaben des Domainnamens auf den neuen Provider umgeschrieben. Die Domain ist damit übertragen.

⁶⁴ Näheres zur Beantragung des Dispute-Eintrages siehe DENICeG, FAQs / Ansprüche, Wie bekomme ich einen Dispute-Eintrag (früher WAIT)?, 21. Mai 2001, <http://www.denic.de/doc/recht/faq/ansprueche.html#a0006>.

4. DENIC eG im Wettbewerbsrecht

Aus der Entstehung des DNS ergibt sich, daß für jeweils eine TLD nur eine einzelne Organisation zuständig ist. In Deutschland haben sich verschiedene deutsche Internetprovider zur DENIC eG zusammengeschlossen, um die Registrierung der .de Subdomains zu übernehmen. Die Registrierung erfolgt allein durch diese Gesellschaft und ist von den einzelnen Mitgliedsgesellschaften unabhängig. Für Gesellschaften, welche nicht zur DENIC eG gehören, ist eine Beteiligung an der Vergabe und somit an den Einnahmen, die durch die Verwaltung entstehen, nicht möglich. Obwohl den nationalen Gesellschaften ein Vergaberecht zusteht, und somit auch die deutsche DENIC eG für die Vergabe zuständig ist, stellt sich dennoch die Frage, ob die Genossenschaft für sich das alleinige Recht auf Registrierung und Verwaltung der .de SLDs beanspruchen kann. Dies wäre dann der Fall, wenn eine Vergabe durch eine einzelne Gesellschaft technisch notwendig ist. Auch würde die DENIC eG dann kein Kartell oder kartellähnliche Unternehmensvereinbarung darstellen, wenn sie eine offene Vergabe ermöglicht, an der sich jeder beteiligen kann. Entsprechend soll im Folgenden auf die allgemeinen Rahmenbedingungen eines Betriebs des DNS im Wettbewerb sowie auf die besondere Stellung der DENIC eG unter dem Kartellrecht eingegangen werden.

4.1. Die zentrale Vergabe und Verwaltung im Wettbewerb

Bei den in der DENIC eG formierten Gesellschaften handelt es sich vorrangig um privatrechtliche Unternehmen. Diese sind in das Wirtschaftssystem ihres Herkunftslandes eingebunden und unterliegen damit der in der BRD und Europa bestehenden Marktwirtschaft. Die Marktwirtschaft beruht auf dem freien Wettbewerb von Produkthanbietern und Konsumenten. Wichtige Voraussetzung ist, daß sich Produktionsmittel und Produktionsgüter im privaten Eigentum befinden. Der Wirtschaftsprozeß in der Marktwirtschaft wird im Gegensatz zur Planwirtschaft⁶⁵ nicht zentral gesteuert. Vielmehr paßt sich die Wirtschaft der sich auf den Märkten vollziehenden Preisbildung an⁶⁶. Es wird dort investiert, wo der meiste Gewinn erzielt werden kann. Grenzen dieser wirtschaftlichen Betätigung werden nur durch die allgemeinen Gesetze gezogen. Zu diesen Gesetzen gehört zum Beispiel neben dem Privatrecht auch das unter anderem im GWB und in den Art. 81ff. EGV normierte Wettbewerbsrecht an.

Hauptziel des GWB ist es, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Eine Definition des Wettbewerbs gibt das Gesetz aber nicht vor⁶⁷. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes zum GWB ist Wettbewerb das „Bestreben [...] , durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen“⁶⁸. Grundvoraussetzung ist, daß mehrere unabhängige Unternehmen auf dem Markt Leistungen zum Tausch gegen andere Leistungen anbieten⁶⁹. Um die optimale Gegenleistung für ihr Angebot zu erhalten, stehen die Unternehmen im wirtschaftlichen Wettbewerb⁷⁰ mit der Folge, daß nur diejenigen Unternehmen die höchsten Gewinne erwirtschaften können, welche die erfolgreichsten Produkte auf dem Markt anbieten. Dies

⁶⁵ Zur Planwirtschaft siehe *Weimar/Schimikowski*, Wirtschaftsrechts, Rdnr. 23f. und v. *Arnim*; Volkswirtschaftspolitik, S. 55 und 74ff.

⁶⁶ Siehe *Weimar/Schimikowski*, Wirtschaftsrechts, Rdnr. 26.

⁶⁷ Zu einzelnen Definitionen siehe: *Fikentscher*, WuW 1961, 788, 789; *Knöpfle*, Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 222; *Sandrock*, Grundbegriffe, S. 129f.; *Behrens*, NJW 1958, 481ff.

⁶⁸ Begründung, 1952, S. 31.

⁶⁹ Siehe *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum GWB, Rdnr. 39.

⁷⁰ Ausführlich zu den Funktionen des Wettbewerbs: *Emmerich*, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 3ff.

führt dazu, daß die Unternehmen gezwungen sind, ihre Produktionskosten zu mindern. Sie unterliegen damit einem ständigen Modernisierungszwang und der technische Fortschritt wird kontinuierlich vorangetrieben.

Im Gegensatz zum freien Wettbewerb sind in einem Monopol die Verbraucher dem Preisdiktat des alleinigen Anbieters ausgeliefert. Dieser kann den Preis für sein Produkt bedeutend höher festsetzen, als dies im Wettbewerb möglich wäre. Die Preisgrenze besteht nur dort, wo nicht mehr genug Käufer bereit sind, für diesen Preis das Produkt zu erwerben, damit der Monopolist einen höheren Gewinn, als bei niedrigerem Preis machen kann. Es entfällt jeglicher Anreiz, das Produkt zu verbessern oder die Herstellungskosten zu senken⁷¹. Dementsprechend sind Monopole ökonomisch ineffizient⁷² und der technische Fortschritt wird durch dieses kaum vorangetrieben. Aus gesellschaftlicher Sicht gilt es folglich die Bildung von Monopolen zu verhindern, in dem es Unternehmen untersagt wird, sich zu Monopolen zusammenzuschließen oder in ähnlicher Weise den Wettbewerb zu beschränken. Andererseits erfordern verschiedene technische Systeme eine zentrale Verwaltung um für die optimale Nutzung durch die Endnutzer zu ermöglichen. Im Folgenden soll deshalb kurz auf die Vor- und Nachteile einer zentralen Verwaltung des DNS eingegangen werden und ob das DNS in sich selbst zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, bevor im Speziellen die DENIC eG betrachtet wird.

4.1.1. Vor- und Nachteile einer zentralisierten DNS-Verwaltung

Zunächst spricht die Notwendigkeit eines einheitlichen DNS dafür, daß die Verwaltung nur von einer Institution durchgeführt wird. Würden verschiedene Firmen selbst unabhängige Systeme aufbauen, käme es zu einer Zerstückelung des Namensraumes im Internet⁷³. Emailadressen und Webseiten wären zum Teil nicht mehr zugänglich. Ein effektiver Austausch von Informationen wäre stark erschwert. Es ist somit erforderlich, daß man sich auf ein Verfahren einigt, welches mehreren Registrierungsstellen einen Zugriff auf eine einheitliche Namensdatenbank ermöglicht. Ein solches Verfahren wäre jedoch komplizierter und Fehler könnten sich leichter einschleichen, wie auch die Gefahr von Manipulationen gegeben ist.

Gegen eine monopolistische DNS-Verwaltung sprechen jedoch wirtschaftliche Gründe. Ein Monopol könnte zunächst die Registrierungswilligen mit hohen Gebühren belasten. Ebenso könnte es auch für die Nachfrage bei einem Rootserver Gebühren verlangen. Auf Grund des hohen Wertes eines Domainnamens wären die Gebühren so hoch, daß der Monopolist zu keiner Verbesserung der Effizienz der Verwaltung gezwungen wäre. Dementsprechend würde eine reine monopolistische Verwaltung des DNS zu einer extremen Ineffizienz führen⁷⁴. Der ökonomische Vorteil, im Internet präsent zu sein würde zu einem Teil durch das Monopol abgeschöpft.

Angenommen eine große Zahl von Internetnutzern wäre bereit, zehn DM für einen eigenen Domainnamen monatlich zu zahlen, dann kann man folgende hypothetische Rechnung aufstellen. Bei 4,8 Mio. deutschen Domains⁷⁵ wären dies 48 Mio. DM monatliche Einnahmen.

⁷¹ Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 4.

⁷² Gordon, Controlling the Internet, Kap. 2.2.

⁷³ Gordon, Controlling the Internet, Kap. 2.1. a.E.

⁷⁴ Siehe auch Gordon, Controlling the Internet, Kap. 2.2.

⁷⁵ Nach DENIC-Statistiken, Das Wachstum des Internet, Stand August 2001,

<http://www.denic.de/DENICdb/stats/index.html>. Vergleiche auch RIPE DNS Count, August 2001,

<http://www.ripe.net/ripenc/p-services/stats/hostcount/index.html>.

Demgegenüber ständen die sehr geringen Kosten, die Domainnamen zu registrieren und zu verwalten. Hinzu kämen die Gebühren für die Abfrage von IP-Adressen in den DNS-Datenbanken. Wenn auch auf Grund der Netzstruktur nicht der Endinternetnutzer direkt mit einer solchen Gebühr belastet werden könnte, so könnte ein DNS-Monopol die Endbenutzer indirekt durch Berechnung der Leistungen an die Internetserviceprovider belasten. Würde man hier eine monatliche Gebühr von einer DM ansetzen, käme man bei circa 25 Mio.⁷⁶ deutschen Internetnutzern entsprechend auf 25 Mio. DM zusätzliche Einnahmen. Dies würde zu einer jährlichen Einnahme von 780 Mio. DM führen, welches den Einnahmen großer deutscher Unternehmen entspricht.

Gegen solch hohe Gebühren würden die Internetserviceprovider protestieren und ein alternatives DNS entwickeln. Dies würde wiederum unweigerlich zu einer Fragmentierung des Internets führen. Die Endnutzer, welche nicht bereit wären, die Gebühren für eine Domainadresse zu zahlen, würden auf eine Internetpräsenz verzichten. Das Internet würde an Bedeutung verlieren und der technische Fortschritt würde abgebremst.

Die Folgen, welches ein reines Vergabemonopol für die Gesellschaft hat sprechen in jedem Fall dafür, Strukturen zu schaffen, die eine Registrierung und Verwaltung des DNS unter freiem Wettbewerb ermöglichen.

4.1.2. Konstruktion des DNS als horizontale Wettbewerbsbeschränkung

Das *Domain Name System* für jede TLD besteht aus je einer Datenbank (*Registry*) (zum Beispiel von NSI oder dem DENIC betrieben), auf welche die verschiedenen DNS-Server zugreifen. Über diese DNS-Server erhalten die einzelnen Computer die zu einem Domainnamen zugehörige IP-Adresse. Die Registrierung von Domainnamen erfolgt über die, den einzelnen Datenbanken zugeordneten *Registries*. Darüber hinaus existiert eine zentral von der NSI betriebene Rootdatenbank, welche Verweise auf alle TLD-Datenbanken enthält. Änderungen an dieser Datenbank können nur von der ICANN im Einvernehmen mit dem US-DoC vorgenommen werden. Den *Registries* ist es nicht erlaubt, Änderungen in dieser Datenbank vorzunehmen.

Derzeit greifen fast alle ISPs nur auf die Rootdatenbank der ICANN als Quelle aller generischen TLDs zurück. Da sie auch auf alle nationalen TLD-Datenbanken verweist, bildet sie die wichtigste Quelle des DNS. Alternative Datenbanken, wie zum Beispiel von AlterNIC werden nicht beachtet. Die Ausrichtung auf diese einzige Rootdatenbank ist vorrangig durch die von dem DNS-Protokoll vorgeschriebenen Regeln zur IP-Resolution, begründet. Verweise auf neue TLD-Datenbanken können nicht ohne Erlaubnis der ICANN in diese Rootdatenbank eingefügt werden. Ein potentieller Wettbewerb durch Betreiben vieler verschiedener generischer TLDs ist damit stark gehemmt. Da das derzeitige DNS somit Wettbewerber behindert, selbständig eigene Registrierungen anzubieten, wird zum Teil vertreten, daß das System selbst eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung darstellt und damit insbesondere gegen das amerikanische Kartellrecht verstößt⁷⁷. Da eine technische Institution allein nicht die Verletzung von Wettbewerbsregeln bewirken kann, muß auf das Verhalten der diese Institution benutzenden Personen abgestellt werden. In Frage käme hier einerseits die den *A Root Server* betreibende ICANN in Verbindung mit der Firma NSI, sowie die das DNS beachtenden ISPs in Frage. Es soll zunächst kurz die Stellung der ISPs betrachtet werden.

⁷⁶ Vgl. die letzte Marktanalyse der Gesellschaft für Konsumforschung vom März 2001, GfK Online - Monitor, Ergebnisse der 7. Untersuchungswelle, http://www.gfk.de/produkte/eigene_pdf/online_monitor.pdf.

⁷⁷ Vgl.: *Goldfoot*, 84 Va. L. Rev. 909, 931ff.

ISPs betrachten neben vielen weiteren auch das DNS als Standard des Internets. Deshalb liegt eine Anknüpfung am Standardsetzungsprozeß des Internet nahe. Standardsetzung tritt auf, wenn eine Gruppe von im Wettbewerb stehenden Unternehmen vereinbaren, gewisse Standards bei der Qualität, der Interoperabilität, der Zusammensetzung oder weiterer anderer Faktoren ihrer Produkte einzuhalten. Dies kann zu einer Verringerung der Produktionskosten führen, da zum Beispiel Firmen vor Fehlinvestitionen bewahrt werden können oder leichter auf billigere Zubehöranbieter zurückgreifen können. Standards können aber auch effektive Mittel bieten, horizontale Wettbewerbsbeschränkungen aufzubauen. So enthalten Produktstandards implizit die Aufforderung, nicht Produkte zu produzieren, zu verkaufen oder zu kaufen, die nicht diesen Standards entsprechen⁷⁸. Die Vereinbarung von Standards enthält somit indirekt die Vereinbarung, kollektiv unstandardisierte Produkte nicht zu unterstützen.

Dementsprechend können privatrechtliche Organisationen, welche selektiv und kollektiv bestimmen, daß bestimmte Produkte einem Standard nicht entsprechen und demzufolge nicht mit ihnen gehandelt werden sollte, eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung aufbauen. Durch die Anwendung des DNS-Protokolls als Standard durch die ISPs, könnten sie kollektiv die alternativen Datenbanken von Domainnamen boykottieren und somit den Wettbewerb beschränken. Ein kollektiver Boykott erfordert wie jede weitere gemeinschaftliche Wettbewerbsbeschränkungen das Abschließen einer auf eine Wettbewerbsbeschränkung zielenden Vereinbarung. Die einzelnen Kommunikationsregeln des Internets sind historisch gewachsen. Ein direkter Zwang, die Rootserver der ICANN zu nutzen, besteht nicht. ISPs haben nicht untereinander vereinbart, nur auf die Datenbank der ICANN zuzugreifen. Sie könnten die IP-Resolution ebenso über AlterNIC durchführen. Obwohl AlterNIC durch seinen Verweis auf die Rootserver der ICANN die Umwandlung aller Domainnamen der herkömmlichen TLDs ermöglicht, haben sich nur wenige ISPs für diesen Anbieter von Domainnamen entschieden. Das erweiterte Serviceangebot von AlterNIC hat nicht zu einem Wechsel der ISPs beigetragen. Ein kollektives Verhalten liegt nur insoweit vor, daß sie aus Tradition beim Angebot der ICANN geblieben sind. Eine Vereinbarung zwischen den ISPs liegt nicht vor. Eine solche Vereinbarung wäre auch kaum vorstellbar, da gewöhnlich jeder Betreiber eines ans Internet angeschlossenen Computernetzes seinen, durch IP-Adressen bestimmbaren Rechnern, Domainnamen zugewiesen hat und damit das DNS seinen Nutzern anbietet (durch Anbieten von Internetservices wird er zum ISP). Durch die inzwischen weite Verbreitung des Internets gibt es eine sehr große Anzahl an ISPs. Einer Vereinbarung würden sich kaum alle Internetbetreiber anschließen. Ein kollektiver Gruppenboykott ist somit auszuschließen. Das DNS angewendet durch die ISPs bildet damit keine horizontale Wettbewerbsbeschränkung.

4.2. Kartellverstoß

Die Konstruktion der DENIC eG wirft verschiedene wettbewerbsrechtliche Probleme auf. In der DENIC eG ist eine Reihe von deutschen und internationalen ISPs organisiert. Mittels dieser Genossenschaft nehmen gemeinsam die Verwaltung des IP-Adreßraumes für Deutschland wahr und betreiben die *Registry* für die .de TLD. Dieser Funktionsumfang wird als das DENIC bezeichnet und ist von der Betreibergesellschaft organisatorisch zu trennen. Gegenüber der DENIC eG wurde mehrfach geltend gemacht, sie stelle ein Kartell von ISPs dar. Darüber hinaus würde die DENIC eG ein Monopol auf diskriminierende Weise gegenüber den Endkunden ausnutzen. Schließlich sei sie bei Markenrechtsverstößen als Störer mit heranzuziehen. Im Folgenden soll deshalb auf die einzelnen Vorwürfe eingegangen werden.

⁷⁸ Vgl.: *Goldfoot*, 84 Va. L. Rev. 909, 941.

4.2.1. Anzuwendendes Recht

Um im weiteren Verlauf die Verletzung spezifischen Kartellrechts durch den Zusammenschluß verschiedener ISPs zur DENIC eG zu prüfen, ist zunächst zu klären, welches Recht auf diese Vergabegesellschaft anzuwenden ist. In Frage kommen das deutsche GWB sowie das Recht der EU.

4.2.1.1. Anwendbarkeit des deutschen Rechtes auf die DENIC eG

Nach § 130 Abs. 2 GWB⁷⁹ ist das GWB auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes veranlaßt werden. Diese Norm ist zwingend, das heißt, sie kann nicht vertraglich abgedungen werden⁸⁰. Aus dem Wortlaut ist ersichtlich, daß § 130 Abs. 2 GWB nicht nur die Anwendung des GWB auf ausländische Unternehmen bestimmt. Es beinhaltet auch eine generelle Anwendungsbestimmung auf Wettbewerbsbeschränkungen durch deutsche Unternehmen⁸¹. Für die Anwendbarkeit des GWB ist somit eine Wettbewerbsbeschränkung erforderlich⁸². Der Begriff Wettbewerbsbeschränkung selbst in § 130 Abs. 2 GWB hat keine eigenständige materielle Bedeutung. Er ist vielmehr ein Oberbegriff für die im 1. Teil des GWB geregelten materiellen Tatbestände⁸³.

Es ist demnach zunächst nur zu klären, ob eine Auswirkung der .de Domainvergabe auf das deutsche Inland besteht. Man kann davon ausgehen, daß die meisten Kunden der DENIC eG aus Deutschland kommen, oder Ausländer sind, die eine Homepage für ihren eigenen deutschen Kundenkreis erstellen möchten. Es wird kaum Unternehmen geben, welche sich eine .de Domainadresse zulegen möchten, ohne selbst ein Interesse in Deutschland verwirklichen zu wollen. Von einer Inlandswirkung der .de Domainvergabe ist somit auszugehen. Der räumliche Anwendungsbereich des GWB ist zweifelsfrei eröffnet.

Das GWB enthält Normen, die wichtige Bereiche des Dienstleistungssektors ganz oder teilweise von der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln freistellen, § 28ff. GWB. Danach findet das GWB eingeschränkte Anwendung auf die Landwirtschaft (§ 28 GWB), die Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (§ 30 GWB) oder die gemeinsame Vermarktung von Fernsehrechten von Sportveranstaltungen (§ 31 GWB). Da sich die Dienstleistung der DENIC eG nicht in die aufgelisteten Dienstleistungen einordnen läßt, ist auch der sachliche Anwendungsbereich des GWB eröffnet.

4.2.1.2. Anwendbarkeit des EU-Rechtes

Fraglich bleibt, ob Art. 81 und Art. 82 EGV⁸⁴ auf die .de Domainvergabe anwendbar sind. Es existieren keine direkten sachlichen Einschränkungen der auch für die Bundesrepublik geltenden (Art. 299 Abs. 1 EGV) Wettbewerbsregeln in den Art. 81 bis 85 EGV. Sie gelten für alle Wirtschaftsbereiche und Tätigkeiten, soweit nicht an anderer Stelle im EGV eine

⁷⁹ Die Nummerierung der Paragraphen des GWB entspricht in dieser Arbeit der neuen Fassung des GWB vom 26. August 1998.

⁸⁰ *Immenga/Mestmäcker-Rehbinder*, GWB, § 98 II Rdnr. 7.

⁸¹ Vgl. *BGH* vom 12. Juli 1973, „Ölfeldrohre“, WUW/E BGH 1276, 1277, 1279; *Langen/Bunte-Bunte*, § 98 II Rdnr. 99; *Immenga/Mestmäcker-Rehbinder*, GWB, § 98 II Rdnr. 8.

⁸² *Langen/Bunte-Bunte*, § 98 II Rdnr. 99.

⁸³ Vgl. *BGH* vom 29. Mai 1979, „Organische Pigmente“, WuW/E BGH 1613; KG vom 5. April 1978, „Organische Pigmente“, WuW/E OLG 1995; *Langen/Bunte-Bunte*, § 98 II Rdnr. 103.

⁸⁴ Die Nummerierung der Artikel des EGV entspricht in dieser Arbeit der neuen Fassung des EGV in Form des Amsterdamer Vertrages vom 2. Oktober 1997.

ausdrückliche Ausnahme erfolgt⁸⁵. Die Wettbewerbsregeln gelten damit nicht nur für den Handel mit Waren, sondern sind auch auf den Dienstleistungs- und Kapitalverkehr anzuwenden.

Der EGV mit seinen Wettbewerbsregeln war ursprünglich ein internationaler Vertrag. Um Wirkung auf Privatpersonen entfalten zu können, müssen insbesondere die Art. 81 bis 85 EGV unmittelbare Anwendbarkeit erlangt haben. Schon 1963 hat der EuGH in der Entscheidung „Van Gend & Loos“⁸⁶ festgestellt, daß alle Normen des Gemeinschaftsrechts, die der Sache nach abschließend, vollständig und rechtlich perfekt sind, also nicht von einem innerstaatlichen Rechtssetzungsakt abhängig sind, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den ihrem Recht unterworfenen Personen erzeugen. Die unmittelbare Wirkung einer Norm des EG-Rechts hat zur Folge, daß sie unmittelbar von den nationalen Gerichten anzuwenden ist⁸⁷. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um staatliche Handlungspflichten oder um Unterlassungspflichten des Einzelnen handelt⁸⁸. Um Normen des EGV anzuwenden, müssen sie *self-executing* sein. Sie müssen nach Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut geeignet sein, unmittelbare Wirkungen zwischen der Gemeinschaft und den einzelnen Mitgliedstaaten zu begründen⁸⁹. Der Wortlaut der Wettbewerbsregelungen bestimmt die einzelnen Tatbestände hinreichend genau⁹⁰. Nach Art. 1 Abs. 1 Durchführungs-VO Nr. 17 vom 6.2.1962 gelten die Verbote der Art. 81 und Art. 82 EGV, ohne daß eine vorherige Entscheidung notwendig ist. Demnach sind die Wettbewerbsregelungen des EGV geeignet, zwischen einzelnen Personen und zwischen ihnen und Behörden eine unmittelbare Wirkung zu erzeugen⁹¹. Sie lösen unmittelbare Rechte und Pflichten für den EG-Bürger aus, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben⁹². Die Regelungen des europäischen Rechtes sind somit auf die .de Domainvergabe der DENIC eG anwendbar.

4.2.1.3. Einschränkung des Art. 86 Abs. 2 EGV

Eine Einschränkung der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln könnte nach Art. 86 Abs. 2 EGV bestehen, soweit die DENIC eG mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist und die Wettbewerbsregeln die Erfüllung dieser Ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich hindert. In Genuß dieser Freiklausel sind bislang nur wenige Unternehmen gekommen, obwohl Art. 86 Abs. 2 EGV im Gegensatz zu Art. 86 Abs. 1 EGV für öffentliche, als auch für private Unternehmen gilt⁹³.

⁸⁵ Vgl. *EuGH* vom 30. April 1986, „Asjes“, Slg. 1986, 1425, 1463ff.; *EuGH* vom 27. Januar 1987 „Verband der Sachversicherer“, Slg. 1987, 405, 449; *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 27; *GTE-Schröter*, Vorbem. zu Art. 85-89 Rdnr. 18; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 408.

⁸⁶ *EuGH* vom 5. Februar 1963, Slg. 1963, 1, 24ff.

⁸⁷ *EuGH* vom 15. Juli 1964, „Costa/ENEL“, Slg. 1964, 1251, 1269; *EuGH* vom 9. März 1978, „Simmenthal“, Slg. 1978, 629, 643f.

⁸⁸ *Oppermann*, Europarecht, Rdnr. 536.

⁸⁹ *EuGH* vom 4. Dezember 1974, „van Duyn“, Slg. 1974, 1337, 1348.

⁹⁰ *EuGH* vom 13. Februar 1979, „Hoffmann - La Roche“, Slg. 1979, 461, 553ff.

⁹¹ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 18.

⁹² *EuGH* vom 30. Januar 1974, „BRT I/SABAM“, Slg. 1974, 51, 62; *EuGH* vom 30. April 1974, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, 433; *EuGH* vom 10. Juli 1980, „Estée Lauder“, Slg. 1980, 2481, 2500; *BVerfG* vom 13. Oktober 1970, BVerfGE 29, 198, 210; *BVerfG* vom 9. Juni 1971; BVerfGE 31, 145, 170; *BGH* vom 27. Februar 1969, „Fruchtsäfte“, WuW/E BGH 1000, 1002; *BGH* vom 17. Dezember 1970, „Teerfarben“, BGHZ 55, 10.

⁹³ Ganz h.M.: *EuGH* vom 27. März 1974, „BRT II/SABAM“, Slg. 1974, 313, 318, Rdnr. 19/22; *Langen/Bunte-Jungbluth*, Art. 90 Rdnr. 35; *Emmerich*, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 586; *Grabitz-Pernice*, Art. 90 Rdnr. 8 und 31; *GTE-Kommentar* Art. 90 Rdnr. 46.

Bei der DENIC eG muß es sich um ein Dienstleistungsunternehmen, welches allgemeinen wirtschaftlichen Interessen dient, handeln. Unter den Dienstleistungsbegriff fallen nicht nur Leistungen im Sinne des BGB oder Art. 50 EGV, sondern auch das Bereithalten, Bereitstellen und die Verteilung von Sachleistungen⁹⁴. Die DENIC eG vergibt und verwaltet die deutschen Domainnamen und hält somit den Betrieb der .de TLD für die verschiedensten Internetnutzer aufrecht. Es handelt sich somit um eine Dienstleistung im Sinne Art. 86 Abs. 2 EGV.

Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Tätigkeit der DENIC eG allgemeinen Charakter hat und im öffentlichen Interesse liegt. Art. 86 Abs. 2 EGV ist somit nur auf solche Dienstleistungen anwendbar, die Versorgungsleistungen im weiteren Sinne oder wirtschaftliche Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge enthalten⁹⁵. Einen allgemeinen Charakter erhält sie, wenn sie nicht nur Interessen Einzelner dient. Rein private Interessen sind ausgeschlossen⁹⁶. Es genügt jedoch das Interesse eines Teils der Bevölkerung, daß die spezielle Aufgabe der Daseinsvorsorge durch das Unternehmen ausgeführt wird⁹⁷. Da eine Verwaltung der .de TLD im Interesse aller Internetnutzer des .de Adreßraumes liegt, ist ein allgemeiner Charakter der Tätigkeit der DENIC eG zu bejahen. Damit ist auch das öffentliche Interesse gegeben.

Bei der Tätigkeit der DENIC eG darf es sich auch nicht um eine häufig vorkommende und von anderen des Wirtschaftslebens wenig unterscheidbare Tätigkeit handeln. Es muß ein besonderer Unterschied erkennbar sein⁹⁸. Bei der DENIC eG handelt es sich um die einzige Verwaltungsgesellschaft von Domainnamen in Deutschland. Auf europäischer Ebene gibt es zwar weitere verschiedene Domainregistraturen, diese verwalten jedoch jeweils eine andere TLD. Auf Grund der Einmaligkeit der .de TLD und der Art der damit erforderlichen Verwaltung unterscheidet sich die Tätigkeit der DENIC eG auch vom restlichen Produktions- und Dienstleistungsgewerbe. Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse ist zu bejahen. Bei der DENIC eG handelt es sich um ein Dienstleistungsunternehmen, welches unter Art. 86 Abs. 2 EGV fällt.

Art. 86 Abs. 2 EGV verlangt weiter, daß das entsprechende Dienstleistungsunternehmen mit der Ausführung der fraglichen Dienstleistung betraut worden ist. Da es sich bei Art. 86 Abs. 2 EGV um eine Ausnahmvorschrift handelt, ist diese Voraussetzung eng auszulegen⁹⁹. Das Unternehmen muß eindeutig zu individualisieren sein, um eine Konkretisierung der potentiellen Konflikte zwischen mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik und gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbssystem zu ermöglichen¹⁰⁰. Eine bloße Erlaubnis

⁹⁴ *Langen/Bunte-Jungbluth*, Art. 90 Rdnr. 37; *Emmerich*, Kartellrecht, 7. Aufl., S. 586; *GTE-Hochbaum*, Art. 90 Rdnr. 46.

⁹⁵ *Grabitz-Pernice*, Art. 90 Rdnr. 35.

⁹⁶ *EuGH* vom 27. März 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 318, Rdnr. 23; ebenso *Langen/Bunte-Jungbluth*, Art. 90 Rdnr. 38; *GTE-Hochbaum*, Art. 90 Rdnr. 48.

⁹⁷ *GA Dutheillet de LaMothe* vom 7. Juli 1971, „Hafen von Mertert“, Slg. 1971, 732, 739; *GA Mayras* vom 12. Februar 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 327; *Grabitz-Pernice*, Art. 90 Rdnr. 36; *Deringer*, Art. 90 Rdnr. 73.

⁹⁸ *EuGH* vom 10. Dezember 1991, „Porto di Genova“, Slg. 1991 I, 5889, 5931, Rdnr. 27.

⁹⁹ *EuGH* vom 27. März 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 318, Rdnr. 19/22; *EuGH* vom 14. Juli 1981, „Züchner“, Slg. 1981, 2021, 2030, Rdnr. 7.

¹⁰⁰ *Mestmäcker*, *RabelsZ*, 1988, 526, 562f.

oder Duldung zur Ausführung reicht für Art. 86 Abs. 2 EGV nicht aus¹⁰¹. Nach dem EuGH muß die Betrauung durch einen Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt erfolgt sein¹⁰². Dies wäre zum Beispiel durch Gesetz oder einen Verwaltungsakt möglich¹⁰³. Zum Teil wird zusätzlich verlangt, daß staatliche Aufgaben der Daseinsvorsorge auf privatrechtlich organisierte Unternehmen ausgegliedert wurden¹⁰⁴. Dem Erfordernis eines Hoheitsaktes wird zum Teil im Schrifttum widersprochen. Zum einem läßt man privatrechtliche Verträge als bloße Vereinbarungen und Absprachen genügen¹⁰⁵. Andererseits stellt man darauf ab, daß das Merkmal der Betrauung anhand des Inhalts der Maßnahme und deren wirtschaftlichen Folgen zu bestimmen sei¹⁰⁶.

Das DENIC wurde ursprünglich vom Rechenzentrum der Universität Dortmund betrieben und ging Anfang 1994 an den DENIC-IV (heute DENIC eG) über. Diese Übernahme der Aufgaben erfolgte durch einen Vertrag zwischen der Universität Karlsruhe, der IANA und dem DENIC-IV¹⁰⁷. Da es sich hier nicht um eine einseitige staatliche Maßnahme handelt, sondern um einem Vertrag zwischen einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes, § 58 Abs. 1 HRG¹⁰⁸ und einer privaten Einrichtung handelt, ist es fraglich, ob hier eine Betrauung im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegt.

Das Erfordernis eines Hoheitsaktes kann sich aus einer Analogie zu den Finanzmonopolen ergeben. Für diese Monopole gilt gleichfalls die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EGV. Ihre besondere Rechtsstellung wird durch einen Hoheitsakt begründet¹⁰⁹. Nur ein öffentlich-rechtlicher Hoheitsakt ist auch für Außenstehende erkennbar und kann die entsprechende Rechtssicherheit schaffen. Dieser gewährleistet, daß die Erfüllung der besonderen Aufgabe jederzeit erzwingbar ist¹¹⁰. In den vom EuGH anerkannten Wirtschaftsbereichen des öffentlichen Telefonnetzmonopols¹¹¹ und des Briefpostmonopols¹¹² wurden die einzelnen Firmen durch Gesetz mit den speziellen Aufgaben betraut. Die Firmen waren fest in die Leistungen der staatlichen Daseinsfürsorge eingebunden (in Deutschland, siehe § 8 Abs. 1 Satz 1 PRegG¹¹³). Ein betrauender Hoheitsakt ist somit erforderlich. Für die Verwaltung der Domainnamen fehlt eine entsprechende Vorschrift. Ebenso gehört die Betreibung des Internets und des dafür erforderlichen DNS nicht zur originären staatlichen Daseinsfürsorge. Derzeit erfolgt die Nutzung des Internets zum großen Teil durch die private

¹⁰¹ *Kommission* vom 20. Juni 1971, „GEMA“, Abl.-EG 1971 L 134, 15, 27; *Kommission* vom 29. Oktober 1981, „GVL“, Abl.-EG 1981 L 370, 49, 58; *EuGH* vom 2. März 1983, „GVL“, Slg. 1983, 483, 504, Rdnr. 32; *Deringer*, Art. 90 Rdnr. 81.

¹⁰² *EuGH* vom 27. März 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 318, Rdnr. 19/22; *EuGH* vom 11. April 1989, „Ahmed Saeed“, Slg. 1989, 803, 853, Rdnr. 55; *EuGH* vom 14. Juli 1981, „Züchner“, Slg. 1981, 2021, 2030, Rdnr. 7.

¹⁰³ *Langen/Bunte-Jungbluth* Art. 90 Rdnr. 40.

¹⁰⁴ Mit weiteren Nachweisen *Tettinger*, DVBl. 1995, 88, 90.

¹⁰⁵ Siehe auch *Froemke*, Kreditinstitute, S. 130; *Emmerich*, Öffentliche Unternehmen, S. 446.

¹⁰⁶ *Fesenmair*, Dienstleistungsmonopol, S. 206ff.

¹⁰⁷ Siehe *Bettinger/Freitag*, CR 1999, 28, 29.

¹⁰⁸ Hochschulrahmengesetz, 26. Januar 1976, in der Fassung vom 29. 10 2001, BGBl. I 1976, 185 (2001, 2785).

¹⁰⁹ Dazu siehe *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht; Art. 90 II Rdnr. 31.

¹¹⁰ Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht; Art. 90 II Rdnr. 32; *Wyatt/Dashwood*, ECL, S. 557.

¹¹¹ *EuGH* vom 13. Dezember 1991, „GB-INNO-DM“, Slg. 1991 I, 5941, 5979, Rdnr. 16.

¹¹² *EuGH* vom 19. Mai 1993, „Corbeau“, Slg. 1993 I, 2533, 2568, Rdnr. 15.

¹¹³ Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens vom 14. September 1994, BGBl. I 1994 S. 2371.

Wirtschaft. Der Anteil der universitären und behördlichen Nutzung ist, wenn auch nicht absolut, so doch prozentual zu allen Nutzern, stark gesunken. Die DENIC eG nimmt deshalb bei der Verwaltung des DNS vorrangig private Interessen wahr. Wie der EuGH schon mehrfach festgestellt hat, reicht die Wahrnehmung von privaten Interessen nicht aus¹¹⁴, eine Betrauung zu begründen. Entsprechend ließ der EuGH in diesen Fällen auch nicht gelten, daß die Gründung von Gesellschaften zur Verwertung von Schutzrechten durch die verschiedenen Urheberwahrnehmungsgesetze erlaubt wurde. Der rein durch private Initiative gegründeten Genossenschaft DENIC eG stehen keine gesetzlichen Privilegien zu¹¹⁵. Die Übernahme des DNS von einer universitären Institution reicht ebenso nicht aus, solche Privilegien zu begründen. Eine Betrauung durch den deutschen Staat scheidet somit aus.

Würde man jedoch von einer Betrauung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV ausgehen, so bedeutet dies zunächst nur, daß auch auf dieses Unternehmen die Wettbewerbsregeln anzuwenden sind, solange nicht die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich hindert. Erst dann entfällt die Anwendbarkeit der Art. 81 bis 85 EGV. Bislang hat der EuGH die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EGV vorübergehend nur auf Betreiberunternehmen des öffentlichen Telefonnetzes und der Briefpostbeförderung anerkannt¹¹⁶. Eine bloße Erschwerung oder Behinderung der Aufgabenerfüllung ist dabei nicht ausreichend¹¹⁷. Eine Verhinderung liegt nur vor, wenn es keinen anderen technisch möglichen und wirtschaftlich sowie rechtlich vertretbaren Weg zur Aufgabenerfüllung gibt, als den bisherigen¹¹⁸. Den Beweis muß das jeweilige Unternehmen selbst führen¹¹⁹. Derzeit wird das DENIC von der DENIC eG betreut, welche für diese nach außen auftritt. Ein Blick zu den europäischen Nachbarn und zur derzeitigen Verwaltung der .com TLD zeigt, daß auch andere Möglichkeiten der Verwaltung von Domainnamen bestehen. Zum Beispiel sieht die EG-Verordnung zur Einführung der Domäne oberster Stufe ".eu" ein *Shared Registry System* für die neue europäische TLD vor, in welchem die *Registry* organisatorisch von den *Registrars* getrennt wird. Anstatt eine gemeinsame Organisation zu bilden soll nur bilaterale Verträge zwischen der *Registry* und den einzelnen *Registrars* geschlossen werden können. Die Wettbewerbsregeln der EG verhindern folglich nicht die Verwaltung der .de Domain.

Die DENIC eG kann sich somit nicht auf Art. 86 Abs. 2 EGV berufen. Eine Einschränkung der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln besteht nicht.

4.2.1.4. Verhältnis des EU-Rechtes zum deutschen Recht

Da, wie oben festgestellt (Kapitel 4.2.1.2 oben), das EG-Kartellrecht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt und damit Bestandteil der in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsordnung ist, wären daher das Gemeinschaftsrecht und das nationale Recht gleichzeitig

¹¹⁴ *EuGH* vom 27. März 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 318, Rdnr. 23; *EuGH* vom 2. März 1983, „GVL“, Slg. 1983, 483, 504, Rdnr. 31; *Kommission* vom 20. Juni 1971, „GEMA“, Abl.-EG 1971 L 134, 15, 27.

¹¹⁵ Siehe auch *GA Mayras* vom 12. Februar 1974, „BRT II/ SABAM“, Slg. 1974, 313, 327f.

¹¹⁶ Nachweise in Langen/Bunte-Jungbluth Art. 90 Rdnr. 44; zur Ablehnung des Postmonopols siehe *Basedow*, *EuZW* 1994, 359, 362f.

¹¹⁷ *Kommission* vom 10. Dezember 1982, „British Telecom“, Abl.-EG 1982 L 360, 36, 42; *Kommission* vom 11. Juni 1993, „EBU/ Eurovision“, Abl.-EG 1993 L 179, 23, 36.

¹¹⁸ *Kommission* vom 17. Dezember 1982, „NAVEWA - ANSEAU“, Abl.-EG 1982 L 167, 39, 48; Langen/Bunte-Jungbluth Art. 90 Rdnr. 42; *Emmerich*, *Kartellrecht*, 7. Aufl., S. 589; *Grabitz-Pernice*, Art. 90 Rdnr. 52; *Deringer*, Art. 90 Rdnr. 82.

¹¹⁹ *EuGH* vom 30. April 1974, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, 431, Rdnr. 15; *EuGH* vom 23. April 1991, „Höfner u. Elser“, Slg. 1991 I, 1979, 2017, Rdnr. 24; *EuGH* vom 18. Juni 1991, „ERT“, Slg. 1991 I, 2925, 2962, Rdnr. 33.

anwendbar¹²⁰. Bei den Art. 81 und 82 EGV richtet sich die Anwendbarkeit nach den Auswirkungen des Sachverhaltes auf den zwischenstaatlichen Handel. Im deutschen Recht wird bei demselben Sachverhalt nicht nach diesen Gesichtspunkten entschieden. Auf Grund der verschiedenen Schutzbereiche beider Gesetze führt dies dazu, daß derselbe Tatbestand grundsätzlich Gegenstand paralleler Verfahren sein kann¹²¹. Eine kumulative Anwendung beider Rechtsordnungen führte jedoch auch zur Kumulation der Rechtsfolgen mit der Konsequenz, daß sich das jeweils schärfere Recht durchsetzt (sogenannte Zweischrankentheorie¹²²). Nationale Kartellbehörden konnten auch solche Absprachen nach nationalem Recht verbieten, die Art. 81 Abs. 3 EGV freigestellt waren. Durch diesen Normenkonflikt wäre der Vorrang des Gemeinschaftsrechts verletzt, welcher darauf abzielt, einheitliche Bedingungen für den gesamten Gemeinschaftsmarkt zu schaffen¹²³. Nach dem EuGH dürfen die nationalen Regelungen nur angewendet werden, wenn dieser Grundsatz nicht verletzt wird¹²⁴. Nur dann kann der mit dem generellen Vorrang des Gemeinschaftsrechts bezweckten einheitlichen Geltung innerhalb der EG Rechnung getragen werden¹²⁵. Entsprechend müssen deutsche Behörden im Falle einer Unvereinbarkeit der Entscheidung der Gemeinschaft Vorrang einräumen. Wenn das Verfahren der Kommission noch nicht beendet ist, müssen sie die geeigneten Maßnahmen ergreifen, um einen Konflikt zu vermeiden¹²⁶.

Fraglich bleibt somit, wann ein Konflikt vorliegt. Im Normalfall liegt kein Konflikt vor, wenn Gemeinschaftsrecht und nationales Recht zur gleichen Rechtsfolge gelangen¹²⁷. Nach dem Billigkeitsgedanken müssen nur die in den parallelen Verfahren gefällten Sanktionsentscheidungen durch die letztentscheidende Behörde gegenseitig berücksichtigt werden¹²⁸.

Sollte die Kommission auf die Durchsetzung des Kartellverbotes durch einen sogenannten *comfort letter* verzichtet haben, sind die Mitgliedstaaten nicht gehindert, gegen das betroffene Kartell einzuschreiten und die innerstaatlichen Regelungen durchzusetzen¹²⁹. Entsprechendes gilt auch für ein Negativattest nach Art. 2 VO Nr. 17/62, durch welches die Kommission dem betroffenen Unternehmen mitteilt, daß kein Verstoß gegen die Art. 81 und 82 EGV vorliegt und daß das EG-Kartellrecht auf den bestimmten Sachverhalt nicht anwendbar ist. Aus diesem Grunde kann es zu keinem Anwendungskonflikt kommen und das nationale Recht bleibt anwendbar¹³⁰. Problematisch wäre der Fall, wenn nach Art. 81 Abs. 3 EGV eine Einzel- oder Gruppenfreistellung durch die Kommission erlassen wurde. Da kein Zwang zur Anwendung des Kartells durch eine solche Freistellung begründet wird, kann nicht generell davon ausgegangen werden, daß die Entscheidung der Kommission der Schaffung von einheitlichen Bedingungen auf dem gemeinsamen Markt dienen sollte. Nach dem EuGH

¹²⁰ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum GWB, Rdnr. 56.

¹²¹ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum GWB, Rdnr. 58; *BGH* vom 18. Mai 1993, „Pauschalreisen-Vermittlung II“, GRUR 1993, 846.

¹²² Begründet durch Koch, BB 1959, 241.

¹²³ *EuGH* vom 13. Februar 1969, „Walt Wilhelm“, Slg. 1969, 1, 13ff.; *EuGH* vom 10. Juli 1980, „Guerlain“, Slg. 1980, 2327, 2374ff.; *EuGH* vom 21. Mai 1987, „Berlin Butter II“, Slg. 1987, 2345, 2359.

¹²⁴ Seit *EuGH* vom 13. Februar 1969, „Walt Wilhelm“, Slg. 1969, 1, 13ff.

¹²⁵ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 50.

¹²⁶ *Bunte*, WuW 1989, 7, 16f.

¹²⁷ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 52.

¹²⁸ *EuGH* vom 13. Februar 1969, „Walt Wilhelm“, Slg. 1969, 1, 15; vgl. Art. 90 II EGKSV.

¹²⁹ *EuGH* vom 10. Juli 1980, „Guerlain“, Slg. 1980, 2327, 2374ff.; a.A. *Emmerich*, Kartellrecht, S. 403.

¹³⁰ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 53.

besteht zumindest dann ein Konflikt, mit der Rechtsfolge des Anwendungsvorranges des EG-Rechts, wenn die Freistellung der Kommission den Charakter eines positiven, obgleich mittelbaren Eingriffs¹³¹ zur Förderung einer harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft hat. Damit bleibt umstritten, ob Freistellungen generell einen solchen positiven Eingriff darstellen¹³². Nach Art. 81 Abs. 3 EGV kommt nur solchen Kartellen eine Befreiung zu, welche für die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder für den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt unerlässlich sind. Diese Voraussetzungen bilden selbst schon einen positiven Grund für einen Eingriff. Freistellungen erfüllen somit immer die vom EuGH verlangte Voraussetzung eines positiven Eingriffs¹³³. Freistellungen nach Art. 81 Abs. 3 EGV verdrängen somit immer ein nationales Verbot. Sie gehen damit nationalen Maßnahmen vor¹³⁴.

Schließlich bleibt den Mitgliedstaaten völliger Freiraum bei der Anwendung der nationalen Vorschriften, wenn es sich nicht um unter das Gemeinschaftsrecht fallende Wettbewerbsbeschränkungen handelt¹³⁵.

4.2.2. Zusammenschlusses im Rahmen des GWB

Zu prüfen ist somit, ob die Firmen, welche sich in der DENIC eG zusammengeschlossen haben, gegen das Kartellverbot verstoßen.

Die erste Bestimmung des GWB enthält das grundsätzliche Verbot aller Kartelle. Nach § 1 GWB folgen dann gleich zahlreiche Ausnahmen, §§ 2 bis 8 GWB. Diese primäre Stellung ist ein Hinweis, daß es sich um das wichtigste Verbot des Wettbewerbsrechts handelt. Ein Kartell zeichnet sich dadurch aus, daß mehrere Unternehmen vertraglich den gegenseitigen Wettbewerb auf einem bestimmten Markt ausschließen. Besonders anziehend für Unternehmen sind immer wieder Absprachen über den Preis ihrer Produkte, über die Produktionsmenge sowie das Einzugsgebiet ihrer Kunden. Ein solches Verhalten führt zur Benachteiligung der Marktgegenseite, in dem diese genötigt wird, entweder einen höheren Preis für ein Produkt zu zahlen oder eine geringere Angebotsvielfalt hinzunehmen. Hiergegen greift das Kartellverbot des § 1 GWB ein, um solche Positionsverschlechterungen der Marktgegenseite zu verhindern.

Seit 1. Januar 1999 gilt die sechste Novelle des GWB vom 26. August 1998¹³⁶, welche ein neu geordnetes und gestrafftes Regelwerk aufweist. In Anlehnung an den damaligen Art. 85 Abs. 1 EGV (heute Art. 81 Abs. 1 EGV), ist das Kartellverbot des § 1 GWB als echtes, unmittelbar wirkendes Verbot ausgestaltet. Die zivilrechtliche Unwirksamkeit ergibt sich nun direkt aus § 134 BGB¹³⁷. Schon der Abschluß eines Kartellvertrages ist nach der neuen Novelle mit einem Bußgeld bedroht, § 81 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Die Kartellbehörde darf schon den Abschluß eines nach § 1 GWB unwirksamen Vertrag oder Beschluß untersagen, § 32 GWB. Der Wortlaut des § 1 GWB wurde an den Art. 85 Abs. 1 EGV a.F. angepaßt und

¹³¹ *EuGH* vom 13. Februar 1969, „Walt Wilhelm“, Slg. 1969, 1, 14.

¹³² Vgl. dazu *Wagner*, EWG-Gruppenfreistellung S. 11f.; 57, 62; *Bunte*, WuW 1989, 7, 16f.; *Lieberknecht*, Festschrift für Pfeiffer, S. 597ff.; *Rehbinder*, Festschrift. für Mestmäcker, 711, S. 715; *Wiedemann*, Gruppenfreistellungsverordnung, S. 127ff.

¹³³ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum EG-Kartellrecht, Rdnr. 55.

¹³⁴ Ebenso *Emmerich*, Kartellrecht, S. 404; *EuGH* vom 13. Februar 1969, „Walt Wilhelm“, Slg. 1969, 1, 13ff.

¹³⁵ *Langen/Bunte-Bunte*, Einführung zum GWB, Rdnr. 60.

¹³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 26. August 1998, in der Fassung vom 10. November 2001, BGBl. I 1998, 2521 (2001, 2992).

¹³⁷ *Kahlenberg*, BB 1998, 1593, 1594; *Bechthold*, NJW 1998, 2769, 2770.

das Merkmal des gemeinsamen Zweckes durch die Formulierung „zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen“ ersetzt. Das Verbot der „aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen“ (§ 25 Abs. 1 GWB a.F.) ist in § 1 GWB integriert worden. Das Kartellverbot des § 1 GWB gilt somit für Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

4.2.2.1. Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen

Die einzelnen Mitglieder der DENIC eG müssen Unternehmen im Sinne des GWB sein. Der Unternehmensbegriff des GWB¹³⁸ wird sehr weit ausgelegt. Es genügt jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person in der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen¹³⁹. Dabei kommt es weder auf die Rechtsform noch auf die Gewinnerzielungsabsicht an¹⁴⁰. Eine dauerhafte unternehmerische Tätigkeit ist nicht erforderlich. Die betroffene Person muß vielmehr nur in der fraglichen Beziehung unternehmerisch tätig sein¹⁴¹. Die bisherige Definition würde auch unselbständig handelnde Personen oder Unternehmensteile mit einbeziehen. Jedoch können nur selbständige, autonome Marktteilnehmer im gegenseitigen Wettbewerb stehen¹⁴². Folglich muß der Unternehmensbegriff durch das Merkmal der Selbständigkeit eingeschränkt werden¹⁴³.

Die DENIC eG inkorporierte Ende Juli 2001 150 einzelne Gesellschaften¹⁴⁴, welche größtenteils Personengesellschaften oder juristische Personen sind (GmbHs, AGs oder OHGs). Nach der Satzung der Genossenschaft müssen diese Dritten gewerblich den Zugang zum Internet, einschließlich sämtlicher Basisdienste, anbieten und unterhalten¹⁴⁵ und, daß ein einzelnes Mitglied nicht Firmenbestandteil eines anderen Mitgliedes ist¹⁴⁶.

Das gewerbliche Anbieten von Internetzugängen durch die Mitglieder der DENIC eG stellt eine gewerbliche Leistung im Sinne des GWB dar. Weiterhin sind die Mitglieder unabhängig und somit selbständige Einheiten. Sie bilden damit Unternehmen im Sinne des GWB. Ihre

¹³⁸ Es ist von einem einheitlichen Begriff für das gesamte GWB auszugehen, h.M. *Langen/Bunte-Bunte*, § 1 Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen.

¹³⁹ Stete Rspr. seit *BGH* vom 18. November 1955, BGHZ 19, 72, 79f. Siehe auch *BGH* vom 26. Oktober 1961, BGHZ 36, 91, 102ff.; vom 4. April 1975, BGHZ 64, 232, 234f. sowie vom 17. Dezember 1997, BGHZ 137, 297, 304.

¹⁴⁰ Grundlegend *BGH* vom 17. Dezember 1997, BGHZ 137, 297, 311; siehe auch *Emmerich*, Kartellrecht, S. 17; *Langen/Bunte-Bunte*, § 1 Rdnr. 8.

¹⁴¹ *Emmerich*, Kartellrecht, S. 18; *Immenga/Mestmäcker-Immenga*, GWB, § 1 Rdnr. 44.

¹⁴² *Immenga/Mestmäcker-Immenga*, GWB, § 1 Rdnr. 46.

¹⁴³ *Immenga/Mestmäcker-Immenga*, GWB, § 1 Rdnr. 46; *Langen/Bunte-Bunte*, § 1 Rdnr. 9; *BGH* vom 5. Mai 1981, „Ganser-Dahlke“, WuW/E BGH 1841, 1842.

¹⁴⁴ Siehe die jeweils aktuellen Übersichten unter *DENICeG*, Mitgliederübersicht, <http://www.denic.de/doc/DENIC/mitglieder.shtml> und Entwicklung der Mitgliedszahlen der *DENIC eG*, <http://www.denic.de/doc/DENIC/mitgliedszahlen.html>.

¹⁴⁵ § 3 (I) (a) (aa) des Statutes der DENIC eG Domain Verwaltungs- und Betriebsgesellschaft eG, vom 27. März 1997, zuletzt geändert am 25. April 2001, <http://www.denic.de/doc/DENIC/statuten.html>.

¹⁴⁶ § 3 (I) (a) (bb) des Statutes der DENIC eG, Fn. 145.

juristische Gestaltung als Personengesellschaften oder juristische Personen führt gleichfalls zur Bejahung der Unternehmensmerkmale¹⁴⁷

4.2.2.2. Vereinbarungen

Seit der 6. Novelle des Wettbewerbsrechts richtet sich § 1 GWB im Anschluß an Art. 81 Abs. 1 EGV gegen Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Es erfolgte damit eine Erweiterung gegenüber der ursprünglichen Fassung, welche Verträge von Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen erfaßte. Da hier zunächst nur der Zusammenschluß der einzelnen Internetserviceprovider zur DENIC eG betrachtet werden soll, stellt sich die Frage, was unter Vereinbarungen zu verstehen ist. Der Wortlaut legt zunächst eine weite Auslegung nahe. Auf Grund der Übernahme aus dem EG-Recht bietet sich die Definition des EuG und der Kommission an. Zu Vereinbarungen zählt danach jede Verständigung von Unternehmen über eine wettbewerbsbeschränkende Praxis in Form von Willensübereinstimmungen zwischen Unternehmen über ein gemeinsames Auftreten am Markt¹⁴⁸. Verträge werden von dem Begriff Vereinbarungen gänzlich erfaßt. An einen solchen Vertrag werden keine besonderen Anforderungen, wie zum Beispiel Art des Zustandekommens, Gegenstand, Zweck oder Motive, gestellt¹⁴⁹. Umstritten ist, ob die Vereinbarung rechtlich verbindlich sein muß. Aus der Anordnung der Nichtigkeit der Vereinbarung durch Art. 81 Abs. 2 EGV ließe sich im Umkehrschluß ein solches Erfordernis herleiten¹⁵⁰. Es müssen jedoch auch *gentleman's agreements* erfaßt sein, da sonst ein Entzug aus der Reichweite der kartellrechtlichen Verbote durch Verzicht auf die rechtliche Bindung möglich wäre¹⁵¹.

Für den Zusammenschluß zu einer e.G. ist nach § 5 GenG¹⁵² eine schriftliche Satzung erforderlich, welche die in den §§ 6 und 7 GenG festgelegten Bestimmungen enthalten muß. Eine Genossenschaft kann ohne Satzung nicht gegründet werden. Die Satzung als wesentlicher Teil des Gründungsvorganges spiegelt dabei den übereinstimmenden Willen der Gründungsmitglieder wieder. Sie legt die Tätigkeit der Genossenschaft und deren Struktur fest¹⁵³. Die Rechtsnatur einer solchen Satzung ist somit ein Vertrag auf Errichtung der Genossenschaft unter Festlegung der Normen für ihre körperliche Verfassung¹⁵⁴. Die §§ 133

¹⁴⁷ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, § 1 Rdnr. 10; *Rittner*, Wettbewerbsrecht, S. 138; vgl. auch *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 69, Rdnr. 102.

¹⁴⁸ *EuG* vom 10. Juli 1991, „Atochem“, Slg. 1991 II, 1180, 1244; *EuG* vom 24. Oktober 1991, „Petrofina“, Slg. II 1991, 1091, 1155ff.; *EuG* vom 10. März 1992, „Chemie Linz“, Slg. 1992 II, 1275, 1377f.; *Kommission* vom 15. Dezember 1990, „Soda“, Abl.-EG 1991 Nr. L 152, 16, 18f.; vom 18. März 1992, „Newitt“, Abl.-EG 92 L 131, 32, 40ff.; vom 27. Juli 1994, „PVC“, Abl.-EG 1994 Nr. L 239, 14, 24ff.; vom 13. Juli 1994, „Karton“, Abl.-EG 1994 Nr. L 243, 1, 40ff.

¹⁴⁹ *EuG* vom 18. Februar 1971, „Sirena“, Slg. 1971, 69, 82f.; *EuG* vom 7. Juli 1994, „Dunlop“, Slg. 1994 II, 441, 470f.

¹⁵⁰ So z.B.: *GTE-Schröter*, Art. 85 Rdnr. 38 und 42.

¹⁵¹ *EuG* vom 6. April 1995, „Tréfileurope“, Slg. 1995 II, 791, 830f.; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 72 fordert eine gewisse faktische Bindungswirkung.

¹⁵² Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, in der Fassung vom 10. Dezember 2001, RGBl. 1889, 55 RGBl. 1898, 369, 810 und BGBl. I 2001, 3414.

¹⁵³ *Lang/Weidmüller-Metz*, § 5 Rdnr. 1; *Hettrich/Pöhlmann*, § 5 Rdnr. 1.

¹⁵⁴ Vgl. *BGH* vom 27. Februar 1954, BGHZ 13, 5, 11 und vom 4. Oktober 1956, BGHZ 21, 370, 374; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, § 6 Rdnr. 1; *Müller*, Genossenschaftsgesetz, § 5 Rdnr. 1; *Lang/Weidmüller-Metz*, Genossenschaftsgesetz, § 5 Rdnr. 2.

und 157 BGB sind für die Auslegung der Satzung anwendbar¹⁵⁵, soweit die Auslegung nach Vertragsrecht nicht im Einzelfall durch die Satzung ausgeschlossen ist¹⁵⁶.

Ungeachtet, der Frage, ob Satzungen von Genossenschaften Wettbewerbsbeschränkungen enthalten können, stellen sie als Verträge Vereinbarungen im Sinne § 1 GWB dar¹⁵⁷. Die Mitglieder der DENIC eG sind somit eine entsprechende Vereinbarung eingegangen.

4.2.2.3. Inhalt der Vereinbarung

Mit Abschluß des Genossenschaftsvertrages haben sich die Mitglieder der DENIC eG in § 2 des Statutes¹⁵⁸ auf einen bestimmten Zweck und Gegenstand der Genossenschaft geeinigt. Danach verwalten und betreiben sie gemeinschaftlich die TLD .de. Weiterhin haben sie vereinbart, daß die einzelnen Mitglieder die Einrichtungen zur Vergabe und Verwaltung nutzen können.

Um den Inhalt der Vereinbarung genauer zu untersuchen, ist zunächst zwischen der Verwaltung der TLD .de und der Vergabe und Registrierung einzelner neuer Domainnamen zu unterscheiden. Die Verwaltung der TLD .de beinhaltet die Führung der Datenbank der Domainnamen mit Angaben der Namensinhaber sowie dessen Kontaktadresse. Als weitere wichtige Aufgabe gehört zur Verwaltung das Betreiben des *Root Name Servers* für die TLD .de, ohne das diese TLD im Internet nicht genutzt werden könnte. Die Verwaltung muß zusätzlich die angefallenen Kosten über Gebühren gegenüber den Namensinhabern abrechnen. Die Vergabe von neuen Domainnamen erfordert zunächst die Überprüfung, ob die beantragte Domain noch unbelegt ist. Ist der gewünschte Domainname noch frei, muß er mit allen notwendigen Informationen¹⁵⁹ auf den zukünftigen Namensinhaber in die Datenbank der Domainnamen eingetragen werden. Schließlich sind die entsprechenden Gebühren für die Eintragung abzurechnen. Obwohl diese Unterscheidung für einen Beantragenden eines Domainnamens irrelevant ist, handelt es sich hier um zwei verschiedene Aufgabenbereiche, die von denselben Firmen bearbeitet werden, jedoch auch jeweils unabhängigen Institutionen zugeordnet sein könnten.

Im Statut der DENIC eG sind zwar die einzelnen Arbeitspunkte nicht erwähnt, jedoch hat der Vorstand entsprechend § 13 Abs. 4 des Statuts, die Genossenschaft zu leiten, welches den ordnungsgemäßen und notwendigen Betrieb des DENIC umfaßt:

§ 13 Vorstand

(4) Der Vorstand leitet die Genossenschaft in eigener Verantwortung nach Maßgabe der Gesetze und dieses Statuts und hat die ihm obliegenden Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Er hat dabei insbesondere auch die Pflicht, für eine ordnungsmäßige und zuverlässige Erbringung der Leistungen der Genossenschaft an die Mitglieder einschließlich deren Betreuung zu sorgen.

¹⁵⁵ Schon *RG* vom 25. Januar 1921, *RGZ* 101, 246, 247.

¹⁵⁶ *Lang/Weidmüller-Metz*, § 5 Rdnr. 11.

¹⁵⁷ Von der Rechtsprechung und Literatur wird dies vorausgesetzt ohne es einer näheren Prüfung zu unterziehen: z.B.: *BGH* vom 15. April 1986, *NJW-RR* 1986, 1298; vom 17. Mai 1973, „Genossenschaftliche Pflichten“, *BB* 1974, 1221; vom 19. Oktober 1982, *GRUR* 1983, 78 sowie *KG* vom 21. November 1991, *WuW/E OLG* 4907; neuere Literatur z.B.: *Fuchs*, *BB* 1993, 1893ff.; *Veelken*, *ZfG* 1993, 328ff.

¹⁵⁸ Siehe Fn. 145.

¹⁵⁹ Siehe § 2 (1) und (2) DENIC-Registrierungsbedingungen, Fn. 51.

Das Statut der DENIC eG enthält somit die Vereinbarung, daß die einzelnen Mitglieder gemeinschaftlich das DENIC betreiben.

4.2.2.4. Im Wettbewerb stehend

Nach dem neuen Wortlaut des § 1 GWB müssen die fraglichen Unternehmen miteinander im Wettbewerb stehen. Nach den Verfassern des § 1 GWB war dieses Tatbestandselement notwendig, um eine Abgrenzung zu den Vorschriften über vertikale Vereinbarungen zu erlauben¹⁶⁰. Die neue Regelung wurde dabei sprachlich treffender gegenüber dem bisherigen Merkmal des gemeinsamen Zweckes erachtet. Es soll damit der aktuelle, wie auch der potentielle Wettbewerb zwischen Unternehmen erfaßt werden. Die Einführung dieses Tatbestandsmerkmal war in der Literatur stark umstritten, da auf Grund der inzwischen gefestigten Rechtsprechung¹⁶¹ zum Tatbestandsmerkmal „gemeinsamer Zweck“ eine inzwischen gleichfalls zufriedenstellende Formel gefunden war¹⁶². Gleichzeitig sieht man Abgrenzungsprobleme zu den Austauschverträgen des § 16 GWB¹⁶³. Die Auslegung dieses neuen Tatbestandsmerkmals ist bislang jedoch offen geblieben.

Geht man von der unter Kapitel 4.2.1 dargelegten Begründung des Regierungsentwurfes zum GWB aus, müssen die in Betracht kommenden Unternehmen gleiche oder ähnliche Leistungen auf dem gleichen Markt anbieten und ein potentieller Nachfrager die Auswahl zwischen diesen verschiedenen Angeboten haben. Diese angebotene Leistung muß Gegenstand der zwischen diesen Unternehmen geschlossenen Vereinbarung sein. Da auch der potentielle Wettbewerb erfaßt sein soll, muß auch schon die Möglichkeit der Leistungsanbietung durch die einzelnen Unternehmen bestehen. Jedes Unternehmen könnte jedoch theoretisch jegliche Leistungen anbieten. Eine Eingrenzung muß daher dahingehend erfolgen, daß die fragliche Leistung in das Geschäftsfeld der einzelnen Unternehmen fallen und ein Angebot auch im Interesse der Unternehmen stehen muß.

Die Firmen der DENIC eG haben sich zusammengeschlossen, um gemeinschaftlich die Domainverwaltung zu organisieren (siehe Kapitel 4.2.2.3 oben). Um zu klären, ob sie sich auf einem Gebiet zusammengeschlossen haben, in dem im Normalfall Wettbewerb zwischen Ihnen bestehen würde, ist wieder zwischen der Verwaltung der Datenbank der Domainnamen (*Registry-Funktion*) und der Registrierung neuer Namen (*Registrar-Funktion*) zu unterscheiden.

Die Registrierung von Namen wird durch die DENIC eG selbst vorgenommen. Ebenso bieten die meisten Mitglieder der DENIC eG die Möglichkeit der Registratur von neuen Domainnamen für Ihre Kunden an. Die Anbieter treten dabei nicht als Vertreter ihres Mutterverbandes auf, sondern bieten unabhängige Angebote an. Dies zeigt auch ein Vergleich des Angebotes der DENIC eG zu anderen Mitbietern. Während die DENIC eG derzeit die Erstregistrierung für 228 DM anbietet¹⁶⁴, wird der gleiche Service von manchen Mitgliedern ab einer Mark im Monat erbracht¹⁶⁵. Diese Sonderangebote sind jedoch meistens mit der Abnahme weiterer Dienstleistungen gekoppelt, zum Beispiel der Erstellung und Führung

¹⁶⁰ Siehe Gesetzesentwurf der *Bundesregierung* vom 7. November 1997, BR-Drs. 852/97, 31, S. 32.

¹⁶¹ Vgl. *BGH* vom 14. Januar 1997, GRUR 1997, 675; vom 14. Januar 1997, WuW/E BGH 3121 und vom 6. Mai 1997, GRUR 1997, 937.

¹⁶² So z.B. *Baums*, Zip 1998, 233, 235.

¹⁶³ Vgl. *Bechthold*, BB 1997, 1853, 1854; *Bechthold*, NJW 1998, 2769, 2779; *Baums*, Zip 1998, 233, 235; *Kahlenberg*, BB 1998, 1593, 1594; *Bunte*, DB 1998, 1748, 1749.

¹⁶⁴ DENICdirect, Preisliste, Fn. 53.

¹⁶⁵ *Die Welt*, 22. Juni 1999, WebWelt S. 2.

einer eigenen Homepage oder eines Mailserver. Aus dem vielfältigen Angebotsspektrum läßt sich erkennen, daß bei der Registrierung von Domainnamen ein Wettbewerb um Kunden zwischen den einzelnen Mitgliedern der DENIC eG besteht. Dieser beschränkt sich nicht nur auf die einzelnen Internetprovider, sondern dehnt sich auch auf die von ihnen gegründete Genossenschaft aus.

Fraglich ist allerdings, ob auch bei der Führung der *Registry* für .de ein Wettbewerb vorliegt oder möglich wäre. Im Internet existiert nur eine Verwaltungsstelle für die der TLD .de. An deren Datenbestand orientieren sich weitere sekundäre Namensserver. Diese DNS-Datenbank für die TLD .de wird von dem DENIC betrieben und die einzelnen Mitglieder der DENIC eG melden die durch sie registrierten neuen Domainnamen in dieser zugrundeliegenden Datenbank an. Auf Grund der Einmaligkeit der Datenbank der Domainnamen kann kein aktueller Wettbewerb zwischen den einzelnen Mitgliedern der DENIC eG bestehen. Zu prüfen bleibt aber, ob ein potentieller Wettbewerb bei der Verwaltung des deutschen .de Adreßraums möglich wäre, denn § 1 GWB erfaßt auch Vereinbarungen, Verhaltensabstimmungen und Beschlüsse, durch die ein jederzeit möglicher Wettbewerb beschränkt wird¹⁶⁶. Dieses Tatbestandsmerkmal wurde in Anlehnung an das EG-Recht, Art. 81 Abs. 1 EGV in § 1 GWB übernommen und wird dort in steter Rechtsprechung angewandt¹⁶⁷. Ein vollständiger Schutz des redlichen Wettbewerbs erfordert, daß die Möglichkeit des Marktzuganges gleichermaßen, wie ein bereits vorhandener Wettbewerb, geschützt wird¹⁶⁸. Jedem Unternehmen muß es möglich sein, in den Markt einzutreten. Dabei kann nicht jeder mögliche Wettbewerb unter den Schutz von § 1 GWB fallen. Die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen sind dann potentielle Konkurrenten, wenn deren Tätigkeiten eine gewisse sachliche und räumliche Nähe zu dem relevanten Markt haben und die Ressourcen der Unternehmen einen Markteintritt innerhalb angemessener Zeit ermöglichen würden¹⁶⁹. Anhaltspunkte für eine sachliche Nähe kann zum Beispiel eine vergleichbare oder komplementäre Produktpalette geben, ob Erfahrungen in der Herstellung verwandter Produkte beziehungsweise allgemeine technische Befähigungen bestehen oder eine umfangreiche Arbeit bei der Entwicklung eines solchen Produktes bislang geleistet wurde.

Theoretisch wäre es möglich, daß einzelne Mitglieder der DENIC eG jeweils eine eigene Datenbank zur Registrierung von Domainnamen betreiben würden. Da es sich bei allen Mitgliedern um Internetserviceprovider handelt, kann man ein gewisses technisches Vorverständnis voraussetzen. Schwieriger und nur mit Blick auf die einzelnen Firmen ist die Frage zu klären, ob sie auch technisch und materiell dazu in der Lage wären. Die Betreuung mehrerer Datenbanken würde jedoch dem Prinzip des *Domain Name Systems* eklatant widersprechen. Wie oben festgestellt wurde, ist gerade die Einmaligkeit einer solchen Datenbank Grundvoraussetzung eines einheitlichen DNS. Bei mehreren Datenbanken würden unterschiedliche und zum Teil konträre Namensräume entstehen und viele Adressen wären für

¹⁶⁶ *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85, Abs 1 Rdnr. 172.

¹⁶⁷ Siehe z.B. *EuGH* vom 21. Februar 1973 „Continetal Can“, Slg. 1973, 215, 249f.; *EuGH* vom 27. Oktober 94, „Fiatagari“, Slg. 1994 II, 905, 950f.; Dieses Merkmal verdeutlicht auch besser das von dem BGH herausgearbeitete Merkmal, daß die Vereinbarung nach den Zielen der Parteien dazu dienen muß, zwischen ihnen bestehenden aktuellen oder potentiellen Wettbewerb zu beschränken (zuletzt: *BGH* vom 13. Januar 1998, „Carpartner“, WuW/E DE-R 115).

¹⁶⁸ *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rdnr. 49.

¹⁶⁹ *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 Rdnr. 51; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 1 Rdnr. 172, 175; *Ritter/Braun/Rawlinson*, S. 77ff.

die Nutzer des Internets unzugänglich. Die gemeinsame Führung einer einzigen Datenbank für die .de TLD durch die Mitglieder der DENIC eG ist somit unentbehrlich.

Ein potentieller Wettbewerb zwischen den Mitgliedern der DENIC eG scheidet somit faktisch aus. Die Unternehmen stehen nur bei der Vergabe der Domainnamen in Konkurrenz zu einander.

4.2.2.5. Wettbewerbsbeschränkung

Das Verbot des § 1 GWB tritt nur ein, wenn durch die Vereinbarung der Unternehmen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auftritt. Auch dieses Tatbestandsmerkmal hat der Gesetzgeber in Anschluß an Art. 81 Abs. 1 EGV als konsequentere Formulierung in den Gesetzestext aufgenommen¹⁷⁰. Damit gab der Gesetzgeber das ursprüngliche Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F. auf, welches darauf abstellte, ob der fragliche Vertrag oder Beschluß geeignet ist, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Durch diese Formulierung entstanden erhebliche Probleme, da eine eindeutige Definition des Begriffs Wettbewerbsbeschränkung nicht existierte (siehe Kapitel 4.2.2.4 oben). Ebenso war das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkung zum abgeschlossenen Vertrag umstritten¹⁷¹.

§ 1 GWB zählt drei gleichberechtigte Alternativen der Wettbewerbsbeschränkung auf: Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung. Dabei wird die Verhinderung des Wettbewerbs als besonders schwerwiegende Form der Einschränkung des Wettbewerbs betrachtet¹⁷². Umstritten ist die hierarchisch Einordnung des Begriffes Verfälschung. Zum Teil wird diesem Begriff eine eigenständige Bedeutung zugesprochen¹⁷³. Andererseits sieht man diesen Begriff; unter Rückgriff auf Art. 3 Buchst. g EGV, welcher die Verhinderung der Verfälschung des Wettbewerbs zu den unerläßlichen Zielen der Gemeinschaft zählt, als Oberbegriff an¹⁷⁴. Auf Grund der gesetzestechnischen Gleichstellung ist eine genaue Abgrenzung überflüssig.

Die Verhinderung des Wettbewerbs stellt den totalen Ausschluß eines konkurrierenden Verhaltens dar. Unter Einschränkung wird jegliche spürbare Wettbewerbsbeschränkung verstanden. In den Fällen, in denen sich die Kartellregelung nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf das Marktverhalten bezieht, kommt das Tatbestandsmerkmal Verfälschung zur Anwendung¹⁷⁵. Zur näheren Bestimmung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, hat der EuGH das Selbständigkeitspostulat aufgestellt. Danach soll jedes Unternehmen selbständig bestimmen, welche Politik es auf dem Markt betreibt und welche Mittel es sich zur Durchsetzung dieser Politik bedienen will¹⁷⁶. Mit dieser Fähigkeit zur Selbstbestimmung wäre jede Bindung oder Fremdbestimmung unvereinbar, bei der die bewußte Zusammenarbeit zwischen Unternehmen anstelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt¹⁷⁷. Dabei ist

¹⁷⁰ Siehe Gesetzesentwurf der *Bundesregierung* vom 7. November 1997, BR-Drs. 852/97, 31, S. 32; *Baums*, ZIP 1998, 233.

¹⁷¹ Vgl. *Emmerich* Kartellrecht, 7. Auflage, S. 68-77.

¹⁷² Vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, S. 41; *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 55.

¹⁷³ Siehe *Emmerich*, Kartellrecht, S. 41.

¹⁷⁴ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 55; *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 85 Rdnr. 81; siehe auch EuGH vom 21. Februar 1973 „Continental Can“, Slg. 1973, 215, 244.

¹⁷⁵ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 55.

¹⁷⁶ *EuGH* vom 14. Juli 1981, „Züchner/Bayr.Vereinsbank“ Slg. 1981, 2021, 2031.

¹⁷⁷ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 56.

die fragliche Vereinbarung immer im Gesamtzusammenhang zu betrachten. Vorhandene gleichartige Verträge sind in die Betrachtung mit einzubeziehen¹⁷⁸.

Es ist nicht notwendig, daß die Wettbewerbsbeschränkung selbst Gegenstand des Vertrages ist. Es reicht aus, daß die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, § 1 GWB. Beide Tatbestandmerkmale sind alternativ zu betrachten¹⁷⁹. Obwohl es auf die Absicht nicht ankommt, ist bei Offensichtlichkeit dieser, die Folgeprüfung entbehrlich¹⁸⁰. Ist nicht erkennbar, ob die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt war, so ist die Wirkung der Vereinbarung maßgebend.

Bei der Beurteilung ist auf die Auswirkungen im jeweiligen relevanten Markt abzustellen. Dabei kommt es auf die Wettbewerbssituation an, wie sie ohne die fragliche Vereinbarung bestände¹⁸¹. Der relevante Markt läßt sich in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht bestimmen¹⁸². Der Schwerpunkt der Abgrenzung des relevanten Marktes liegt bei der Prüfung von Fusionen. Da der fragliche Markt mit der Betrachtung der Registrierung der Domainnamen schon eng eingegrenzt wird, soll hier auch nur kurz darauf eingegangen werden.

Der relevante Markt in zeitlicher Hinsicht umfaßt den Zeitraum, für den die Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen sind¹⁸³. Aus der Aufgabe, die derzeitige Vergabe der Domainnamen zu untersuchen, beschränkt sich der zeitliche Horizont entsprechend auch nur auf die derzeitige Wettbewerbslage.

Komplizierter erscheint die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes. Dieser umfaßt das Gebiet, innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in welchem sich die Vereinbarung auswirkt¹⁸⁴. Dieser ist nur dann enger als das Gesamtgebiet, wenn Art und Eigenschaft des Produktes oder der Dienstleistung deren Standortabhängigkeit beeinflußt. Da das Internet und dessen Bestandteil, das DNS, gerade auf seiner Unabhängigkeit von räumlichen Grenzen basiert, kann es selbst nicht einem bestimmten Gebiet zugeordnet werden kann. Ein weltweiter Zugriff besteht auf alle vorhandenen Ressourcen. Es ist nicht erforderlich, daß ein Antragsteller für einen bestimmten Domainnamen in Deutschland seinen Sitz hat, oder dort seinen Internetzugang hat. Damit bestehen keine räumlichen Grenzen. Der relevante Markt umfaßt den gesamten Gemeinschaftsmarkt.

Die sachliche Eingrenzung des relevanten Marktes wird durch das zu prüfende Wettbewerbsverhalten bestimmt. Maßgeblich ist die funktionelle Austauschbarkeit der

¹⁷⁸ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 56.

¹⁷⁹ *EuGH* vom 30. Juni 1966, „Maschinenbau Ulm“, Slg. 1966, 281, 303.

¹⁸⁰ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 57.

¹⁸¹ *EuGH* vom 30. Juni 1966, „Maschinenbau Ulm“, Slg. 1966, 281f.; *EuGH* vom 10. Juli 80, „Lancôme“, Slg. 1980, 2511, 2536f.; *EuG* vom 27. Oktober 1994, „Fiatagri“, Slg. 1994 II, 905, 933.

¹⁸² Dazu vgl. *EuG*, „Fiatagri“, Slg. 1994 II, 905, 933ff.; *EuG* vom 21. Februar 1995, „SPO“, Slg. 1995 II, 289, 317ff.; *EuG* vom 8. Juni 1995, „Lagnese-Iglo“, Slg. 1995 II, 1533, 1560ff.; *EuG* vom 8. Juni 1995, „Schöller“, Slg. 1995 II, 1611, 1630ff.

¹⁸³ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 88; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. I Rdnr. 232.

¹⁸⁴ *Kommission* vom 3. September 1986, „Bagatellbekanntmachung“, Abl.-EG 86 C 231/2 Nr. 13f.; vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 84; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. I Rdnr. 230.

verschiedenen Produkte oder Dienstleistungen zueinander¹⁸⁵. Damit werden alle identischen und gleichwertigen Produkte erfaßt. Relevant ist hierfür nicht die Sicht der Anbieter sondern die der Abnehmer¹⁸⁶. Betrachtet man die Registrierung eines Domainnamens unter der .de TLD nur für sich, handelt es sich um die gleiche Dienstleistung die von den einzelnen Genossen der DENIC eG und dieser selbst erbracht werden. Würde von allen Anbietern die gleiche Registrierungsgebühr verlangt werden, würde es einem Interessenten egal sein, bei welchem Anbieter er seinen Domainnamen registriert. Die gesamte .de Domainnamensregistratur ist somit einem sachlich relevanten Markt zuzuordnen.

Fraglich ist jedoch, ob auch die sonstigen TLDs diesem Markt zuzuordnen sind. Dazu zählen insbesondere die allgemein zugänglichen generischen TLDs: .com, .net, .org und die Landeskennzeichen, wie zum Beispiel .uk, .fr oder .us. Außer Betracht können die nur amerikanischen Institutionen zugänglichen TLDs .edu oder .mil bleiben, da anzunehmen ist, daß kaum ein Interessent einer .de Domain einer amerikanischen Universität oder Militäreinrichtung zuzuordnen ist.

Einige Länder (zum Beispiel Belgien [.be], Niederlande [.nl] oder Luxemburg [.lu]) schränken die Vergabe von Domainnamen auf bestimmte Personengruppen ein, so daß der Antragsteller entweder den Wohnsitz im Land haben muß, oder Unternehmen mindestens eine Niederlassung im Land haben müssen. Da diese TLDs ebenso für Deutsche nicht zugänglich sind, können sie mit der .de TLD keinem gemeinsamen Markt zugeordnet werden.

In Frage käme jedoch ein Großteil der sonstigen länderspezifischen TLDs, wie zum Beispiel .uk oder .fr. Betrachtet man ein alteingesessenes deutsches Unternehmen, wie BMW, so wird es bedacht sein, seine Herkunft durch die entsprechende .de TLD auszudrücken. Die Kunden solcher Unternehmen werden versuchen, den Domainnamen durch Anfügen von .de an den Unternehmensnamen zu erraten, zum Beispiel bmw.de. Besonders bei kleinen regionalen Firmen des Mittelstandes, wie zum Beispiel Leitermann (leitermann.de), kann kaum angenommen werden, daß ein Kunde die Webseiten der Firma unter einer fremdländischen TLD sucht. Dies gilt ebenso für deutsche Bildungseinrichtungen oder Privatpersonen, welche eine eigene Internetadresse besitzen möchten. Vielmehr käme für ein deutsches Unternehmen das zusätzliche Führen von Domainadressen unter einer ausländischen Länderendung in Betracht, um den dort ansässigen Kundenkreis anzusprechen. Andererseits werden ausländische Firmen, zum Beispiel Renault, durch eine Webseite unter der .de TLD, gerade die Nähe zur deutschen Kundschaft zu repräsentieren, zum Beispiel www.renault.de oder www.microsoft.de.

Besonders für große deutsche Unternehmen käme allerdings auch eine Adresse unter der .com TLD in Frage. Ein Blick auf die Praxis zeigt jedoch, daß solche Domainadressen für die Kontaktaufnahme mit der ausländischen Kundschaft gedacht sind. Insbesondere die sehr häufige Ausgestaltung der Webseiten in englischer Sprache zeigt, daß die verschiedenen Firmen die .com Adressen als internationale Plattform verwenden wollen, zum Beispiel www.bmw.com.

Ein Webangebot unter der .net TLD kommt, auf Grund der bisherigen Beschränkung auf netzrelevante Angebote, für viele Firmen und Privatpersonen nicht in Frage. Eine Ausnahme hierzu bildet die ideale Zielgruppe der Internetserviceprovider, welche sehr häufig unter der

¹⁸⁵ *Kommission* vom 3. September 1986, „Bagatellbekanntmachung“, Abl.-EG 86 C 231/2 Nr. 11.

¹⁸⁶ Vgl. *Langen/Bunte-Bunte*, Wettbewerbsrecht, Art. 85 I Rdnr. 84; *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Art. 85 Rdnr. 95.

.net TLD zu finden sind. Diese TLD umfaßt jedoch nur einen kleinen Teil der Internetadressen und kann auf Grund der Beschränkungen nicht als Konkurrenz zur .de TLD betrachtet werden.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß nur in Ausnahmefällen, für die Interessenten von einem .de Domainnamen, eine zumutbare Ausweichmöglichkeit auf eine andere TLD besteht. Sie sind vielmehr gezwungen, unter der TLD .de im Internet aufzutreten, auch wenn sie unter weiteren TLDs Internetangebote zur Verfügung stellen. Aus der Sicht der Kunden der DENIC eG und deren Genossen ist die .de TLD als ein in sich geschlossener relevanter Markt zu betrachten. Weitere TLDs sind diesem nicht zuzurechnen¹⁸⁷.

Durch Abschluß des Vertrages zwischen den einzelnen Genossen der DENIC eG und dem Zusammenschluß zu dieser, könnten die Mitglieder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt haben. Untersucht man den Vertrag (zum Inhalt siehe Kapitel 4.2.2.3 oben), so ergibt sich als primäre Zielsetzung, das DENIC zu betreiben und eine .de TLD zu ermöglichen¹⁸⁸. Interessenten an einem Domainnamen unter der .de TLD können sich zur Registrierung direkt an die DENIC eG wenden. Diese stellt verschiedene Registrierungspakete zur Verfügung und berechnet, gestaffelt nach der Anzahl der Registrierungen, ein Entgelt. Zusätzlich können die Mitglieder der DENIC eG selbst auf die Registrierungsdatenbank zugreifen und eigene Registrierungen vornehmen. Sie haben die Möglichkeit die Leistungen der Genossenschaft hinsichtlich der Verwaltung und des Betriebs von Domainnamen für ihre eigenen Internetdienstleistungen zu nutzen¹⁸⁹. Entsprechend sind sie verpflichtet, ein Eintrittsgeld zu entrichten, einen Geschäftsanteil zu leisten sowie für die Nutzung der Einrichtung der DENIC eG bestimmte Preise und Gebühren zu entrichten¹⁹⁰. Diese innergesellschaftlichen Verpflichtungen wirken sich jedoch nicht direkt auf den nach außen gerichteten Wettbewerb aus.

Eine Wettbewerbsbeschränkung würde jedoch dann bestehen, wenn die Mitglieder sich durch Eintritt in die DENIC eG gebunden hätten, bestimmte Angebote vorzunehmen oder zu unterlassen oder sie durch die Teilnahmebedingungen nicht in der Lage wären, verschiedene Angebote ihrem Kundenkreis zu unterbreiten. Eine Wettbewerbsbeschränkung würde auch dann bestehen, wenn nur bestimmte Unternehmen an der Domainvergabe entsprechend des Statutes der DENIC eG teilnehmen dürften und andere ausgeschlossen wären.

Obwohl die DENIC eG ein eigenes Angebot für die Registrierung von Domainnamen führt, sind die einzelnen Mitglieder und deren Vertriebsgesellschaften durch das Statut nicht an die Preise der DENIC eG gebunden. Sie bieten vielmehr eigene Angebote an, dessen Preise oft nur einen Bruchteil der Gebühren der DENIC eG ausmachen. Diese Angebote sind oftmals mit der Abnahme weiterer Dienstleistungen gekoppelt. Zum Zeitpunkt des Erstellens dieser Arbeit erschien ein Angebot, die Anmeldung ab 39 DM vorzunehmen. Zusätzlich fielen in diesem Angebot 0,60 DM je Monat (7,20 DM jährlich) als laufende Kosten an¹⁹¹. Viele

¹⁸⁷ So auch das *OLG Frankfurt a.M.* vom 14. September 1999, „ambiente.de“, MMR 2000, 36, 38 sowie *Nordemann/Czychowski/Grüter*, NJW 1997, 1897, 1900 und *Bücking*, Domainrecht, Rdnr. 258.

¹⁸⁸ Siehe § 2 Abs. 2 des Statuts der DENIC eG, Fn. 145.

¹⁸⁹ Siehe § 9 Abs. 1 des Statuts der DENIC eG, Fn. 145.

¹⁹⁰ Siehe § 3 (5) und § 10 des Statuts der DENIC eG, Fn. 145.

¹⁹¹ Hier als Beispiel das Angebot der Strato AG vom August 1999; Zum gleichen Zeitpunkt bot z.B. die *com.design GmbH* über <http://www.knallhart.de> die Einrichtung für 48,- DM an mit laufenden Kosten von 1,- DM im Jahr. Im Zusammenhang mit weiteren Dienstleistungen konnte über xlink für 160,- DM im Jahr eine Domainadresse geführt werden.

Angebote schwanken um diese Preise. Oftmals erhalten Kunden Rabatte auf die Domainregistrierung, wenn sie zusätzlich weitere Dienstleistungen des Internetproviders in Anspruch nehmen (zum Beispiel das Mieten von Speicherplatz für eine Homepage). Es existiert damit auf dem Markt eine große Auswahl zwischen verschiedenen einfachen und sehr komplexen Angeboten. Das Zusammenschließen von eigenständigen Unternehmen in Verbänden und Vereinen läßt oftmals vermuten, daß diese Zusammenschlüsse genutzt würden, um Preisabsprachen untereinander zu treffen. Gerade bei Sitzungen und informellen Treffen besteht das Risiko, daß wettbewerbsbeschränkende Absprachen getroffen werden. Schwierig erscheint es jedoch, solche Absprachen in größeren Gremien zu treffen. Bei einer Zahl von über 150 Mitgliedern, wie bei der DENIC eG werden eine Abstimmung und die notwendige Geheimhaltung kaum möglich sein. Auch legen die unterschiedlichen Angebote zur Namensregistrierung nahe, daß eine solche Absprache nicht erfolgt sein kann.

Eine Wettbewerbsbeschränkung könnte sich allerdings aus den Gebühren, welche die DENIC eG ihren Mitgliedern für die Inanspruchnahme ihrer Leistungen berechnet¹⁹², ergeben. Um wirtschaftlich handeln zu können, sind die anbietenden Internetprovider wiederum gezwungen, ihre Preise mindestens in Höhe der Gebühren der DENIC eG zu kalkulieren. Insofern keine Quersubvention durch andere Dienstleistungen erfolgt, kann es keinen Wettbewerb unterhalb diesen Preisen geben. Wie jedoch oben festgestellt wurde, ist daß Erstellen einer einheitlichen Datenbank aller deutschen Domainnamen und das Betreiben des Rootservers unerlässlich für den uneingeschränkten Zugang der Internetnutzer auf die .de TLD. Die zwangsläufig dabei entstehenden Kosten (Kosten der Technik oder des Personals) müssen auf die Nutzer umgelegt werden. Da auf das Betreiben der DENIC nicht verzichtet werden kann, handelt es sich in der Vereinbarung, die Kosten dieser Einrichtung durch Gebühren zu tragen, nicht um eine Wettbewerbsbeschränkung.

Würden jedoch die Gebühren der DENIC eG dazu genutzt einen eigenen Gewinn zu erwirtschaften, welcher als Überschuß an die Mitglieder ausgezahlt wird, so würden die Preise für die Domainregistrierung künstlich in die Höhe gehoben. Unterhalb dieser folglich erhöhten Gebühren der DENIC eG könnte kein Wettbewerb stattfinden. Den Mitgliedern der DENIC eG stände eine zusätzliche Einnahmequelle offen. Da die Mitglieder durch ihren Vorstand es selbst in der Hand hätten, den Umfang dieser weiteren Einnahmequelle auf Kosten des Wettbewerbs zu bestimmen, würde in diesem Falle eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Ein Verstoß gegen § 1 GWB müßte dann bejaht werden.

Würde die DENIC eG sich als geschlossene Gesellschaft betrachten, so stände nur ihren Mitgliedern der direkte Zugang zu den Dienstleistungen der DENIC zur Verfügung. Andere Internetserviceprovider könnten nicht in die DENIC eG eintreten und müßten die Registrierung von Domainnamen für ihre Kunden über Mitglieder der DENIC eG vornehmen. Sie würden somit zu Drittanbietern degradiert. Die Mitglieder der DENIC eG könnten diesen Zwang ausnutzen und den Drittanbietern erhöhte Preise in Rechnung stellen, welche die Drittanbieter an ihre Kunden weitergeben müßten. Auch hier läge eine Beschränkung des Wettbewerbes vor, da die Drittanbieter mit höheren Preisen gegen die Mitglieder der DENIC eG konkurrieren müßten. § 3 Abs. 1 (a) des Statuts der DENIC eG¹⁹³ eröffnet die Mitgliedschaft jedoch jeder natürlichen Person in Ausübung ihres Gewerbebetriebes sowie jeder Personengesellschaft und juristischen Person, welche in der BRD Dritten den technischen Zugang zum Internet anbietet und für diese unterhält. Ausgeschlossen von einer Mitgliedschaft sind somit alle Personen, welche nur am Registrierungsgeschäft teilnehmen

¹⁹² Siehe § 9 (2) des Statuts der DENIC eG, Fn. 145.

¹⁹³ Siehe Fn. 145.

wollen, ohne ihren Kunden den Zugang zum Internet zu ermöglichen. Um den Sinn dieser Einschränkung des potentiellen Mitgliederkreises zu verstehen, müssen notwendigen Angaben, welche zur Registrierung in die Rootdatenbank eingetragen werden und zur Benutzung der Internetadressen notwendig sind, betrachtet werden. Eine Domainadresse kann nur verwendet werden, wenn entsprechend einem Eintrag in der Rootdatenbank, auf einen physischen Rechner im Internet mit einer eigenen IP-Adresse zeigt. Dieser wird entweder von einem Internetserviceprovider betrieben oder hat als Rechner einer Privatperson über einen ISP Zugang zum Internet. In der Datenbank der Domainnamen wird die Adresse des ISP eingetragen, um einen Zugriff auf den zur Domainadresse gehörenden Rechner zu ermöglichen. Da ein Nicht-Internetserviceprovider diesen Zugriff nicht gewährleisten könnte, hat er auch keine Möglichkeit für einen Kunden einen Domainnamen zu registrieren. Er fällt damit automatisch aus dem möglichen Mitgliedschaftskreis der DENIC eG heraus. Bei der Beschränkung des potentiellen Mitgliedschaftskreises handelt es sich damit nicht um eine Wettbewerbsbeschränkung.

Abschließend kann festgestellt werden, daß es sich in der Vereinbarung, die DENIC eG zu bilden, nicht um eine Wettbewerbsbeschränkung handelt. Vielmehr ist diese Kooperation eine Notwendigkeit, um das deutsche DNS zu gewährleisten. Die DENIC eG hat dabei zu beachten, daß sie die Gebühren für die Nutzung ihrer Einrichtung durch ihre Mitglieder so gering wie möglich hält, und keine eigenen Gewinne erwirtschaftet, um nicht unter die Wettbewerbsbeschränkung des § 1 GWB zu fallen.

4.2.3. Kartell nach Art. 81 Abs. 1 EGV

Entsprechend Art. 81 Abs. 1 EGV sind Abreden, welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt nicht vereinbar und damit verboten. Als relevante Abreden sind die schon zu § 1 GWB festgestellten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zu betrachten.

Auch im Sinne des Europarechts handelt es sich bei den einzelnen Mitgliedern der DENIC eG um Unternehmen. Der Vertrag zum Zusammenschluß der einzelnen Internetprovider zur DENIC eG stellt ebenso wie nach § 1 GWB eine Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 1 EGV dar. Es kann deshalb auf die Erörterungen zu § 1 GWB in den Kapiteln 4.2.2.1 bis 4.2.2.3 oben verwiesen werden. Allerdings kommt es aus europarechtlicher Sicht nicht darauf an, ob die einzelnen Unternehmen untereinander im Wettbewerb stehen, da sich Art. 81 Abs. 1 EGV im Gegensatz zu § 1 GWB nicht nur auf horizontale wettbewerbsbeschränkende Abreden zwischen Unternehmen beschränkt, sondern auch vertikale Abreden erfaßt. Das Tatbestandsmerkmal „im Wettbewerb stehend“ fehlt in Art. 81 Abs. 1 EGV.

Die Absprache zwischen den Mitgliedern der DENIC eG muß eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, Art. 81 Abs. 1 EGV. Dabei liegt eine Beschränkung des Wettbewerbs vor, wenn die Handlungsfreiheit der beteiligten Internetserviceprovider oder die wettbewerbsliche Stellung Dritter betroffen ist. Im Gegensatz zu § 1 GWB fordert Art. 81 Abs. 1 EGV darüber hinaus eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten der EG durch die eingegangene Wettbewerbsbeschränkung. Bei der Prüfung einer Wettbewerbsbeschränkung können die im Kapitel 4.2.2.5 oben zu § 1 GWB bereits diskutierten Voraussetzung und Ergebnisse herangezogen werden. Wie dort festgestellt, liegt bei dem Zusammenschluß zur DENIC eG keine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb des relevanten Marktes für Domains unter der TLD .de vor. Aus europarechtlicher

Sicht würde sich nur ein anderes Ergebnis ergeben, wenn der Zutritt in die DENIC eG nur auf deutsche Unternehmen beschränkt wäre, andere europäische Unternehmen somit von einer Vergabe von Domains unter der TLD .de ausgeschlossen wären. § 3 Abs. 1 (a) des Statuts der DENIC eG schränkt die Mitgliedschaft auf Unternehmen ein, welche Dritten in der BRD gewerblich den technischen Zugang zum Internet anbieten. Die DENIC eG ist damit auf in Deutschland agierende ISPs beschränkt.

Durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 81 Abs. 1 EGV soll der Geltungsbereich der EG-Wettbewerbsregeln von dem nationalen Kartellrecht abgegrenzt werden¹⁹⁴. Eine Vereinbarung ist dann geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar den Warenverkehr und den Austausch von Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann¹⁹⁵. Es hängt also davon ab, ob die Beschränkung auf in Deutschland aktive ISPs eine Handelsschranke insbesondere für den Dienstleistungsverkehr innerhalb der Europäischen Gemeinschaft begründet. Eine Einschränkung des zwischenstaatlichen Handels stellt die strittige Regelung jedoch nicht dar. Es sind alle europäischen und wie auch die deutschen Unternehmen von dieser Regel betroffen und gezwungen einen Internetzugang in Deutschland anzubieten. In Deutschland ansässige Unternehmen haben es generell nicht leichter, die Bedingung des § 3 Abs. 1 (a) des Statuts der DENIC eG zu erfüllen, als ausländische Unternehmen. Sie erlangen mit dieser Regelung keinen Marktvorteil gegenüber der außerdeutschen Konkurrenz, da beide Unternehmergruppen erst die notwendige Infrastruktur schaffen müssen, um gegenüber deutschen Kunden als ISPs aufzutreten. Auch sonstige Regelungen in dem Statut der DENIC eG lassen keinen Wettbewerbsvorteil deutscher Unternehmen gegenüber anderen europäischen erkennen. Schließlich ist festzustellen, daß aus europäischer Sicht das gemeinsame Betreiben einer zentralen *Registry* keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Wie schon im obigen Kapitel festgestellt, ist es für den reibungslosen Betrieb des DNS erforderlich, daß nur eine zentrale *Registry* je TLD besteht. So sieht auch die von der Europäischen Gemeinschaft vorgesehene TLD .eu nur eine einzige *Registry* für diese TLD vor. Soweit der Betrieb der *Registry* für die TLD .de durch die DENIC eG ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt¹⁹⁶ und jeder der DENIC eG beitreten kann, wer die allgemeinen in § 3 des Statuts der DENIC eG niedergelegten Bedingungen erfüllt, wird der Wettbewerb auch aus europäischer Sicht nicht beschränkt. Damit liegt auch im Sinne Art. 81 Abs. 1 EGV keine Wettbewerbsbeschränkung in dem Zusammenschluß zur DENIC eG vor. Ein Verstoß gegen die europarechtlichen Wettbewerbsregeln ist zu verneinen.

4.3. Behinderungs- und Diskriminierungsverbot

Da, wie im Kapitel 4.2.2.5 oben festgestellt, die Genossen der DENIC eG nicht ein Kartell im Sinne des § 1 GWB bilden, ist für die DENIC eG der Anwendungsbereich der §§ 20 Abs. 1, 33 GWB eröffnet. Als Unternehmensvereinigung, die den Markt für die deutsche TLD .de

¹⁹⁴ *EuGH* vom 30. Juni 1966, „Maschinenbau Ulm“, Slg. 1966, 281, 313; *EuGH* vom 13. Juli 1966, „Grundig/Consten“, Slg. 1966, 321, 389; *EuGH* vom 31. Mai 1979, „Hugin/Liptons“, Slg. 1979, 1869, 1989.

¹⁹⁵ Zum Warenverkehr: *EuGH* vom 30. Juni 1966, „Maschinenbau Ulm“, Slg. 1966, 281, 313; *EuGH* vom 13. Juli 1966, „Grundig/Consten“, Slg. 1966, 321, 389. Zum Austausch von Dienstleistungen: *EuGH* vom 25. Oktober 1979, „Greenwich/Sacem“, Slg. 1979, 3288.

¹⁹⁶ Zur fehlenden Gewinnerzielungsabsicht der DENIC eG siehe *LG Frankfurt a. M.* vom 24. Oktober 2001, AZ: 2/6 0 268/01, siehe <http://www.denic.de/doc/recht/rspr/comnetworld-LG-eV.pdf>.

beherrscht, fällt die DENIC eG in den Adressatenbereich des § 20 Abs. 1 GWB¹⁹⁷. Unternehmen und Unternehmensvereinigungen im Sinne § 20 GWB sind verpflichtet, sich objektiv sachgemäß und angemessen zu verhalten und willkürliche Handlungen gegenüber anderen Unternehmen zu unterlassen¹⁹⁸. Die DENIC eG hat folglich die Vergabe der Domainnamen nach sachgerechten Kriterien vorzunehmen.

Zur Beurteilung solcher Kriterien sind neben dem GWB auch andere Rechtsvorschriften, insbesondere das Kennzeichen-, Namens- und Wettbewerbsrecht heranzuziehen¹⁹⁹. Allerdings kann es nicht Aufgabe der DENIC eG sein, selbst tiefe rechtliche Prüfungen vorzunehmen. Da die DENIC eG vorrangig eine technische Koordinierungsfunktion wahrnimmt und monatlich über 100.000 Domainnamen registriert, ist es ihr nicht möglich jegliche Rechtsbeziehungen der Domainregistrator zu Dritten zu untersuchen. Die Prüfung, ob Rechte Dritter bei der Reservierung von Domainnamen verletzt sind, liegt grundsätzlich im Geschäftsbereich des Anmelders. Die Entscheidung darüber muß staatlichen Einrichtungen, insbesondere Gerichten vorbehalten bleiben.

Die Notwendigkeit, die Prüfungspflicht an den Nutzer des Domainnamens zuzuweisen, macht auch der folgende Fall deutlich. Da der DENIC eG diskriminierendes Verhalten nach § 20 Abs. 1 GWB verboten ist, könnte sich die Genossenschaft nach § 33 GWB gegenüber dem Nutzer eines Domainnamens haftbar machen, wenn sie diesem in der irrigen und nicht gerichtlich bestätigten Annahme einer Rechtspflicht gegenüber einem dritten Kennzeichen- und Markenrechtsinhaber, diesem die Domain zu Gunsten des Dritten entzieht. Der ursprüngliche Domaininhaber könnte die Genossenschaft dann auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, § 20 Abs. 1, 33 GWB. Die DENIC eG würde sich in jedem Fall wettbewerbsrechtlich zu verantworten haben, müßte sie schon vor einer gerichtlichen Entscheidung über den Bestand von Rechten von Dritten gegen den Domaininhaber, über die Neuweisung beziehungsweise Löschung von Domainnamen entscheiden. Auch ein Freihaltebedürfnis von verschiedenen Marken kann nicht bejaht werden, da sich die DENIC eG auch in diesem Falle einer Haftung nach §§ 20 Abs. 1, 33 GWB aussetzen könnte, falls sie die Reichweite einer Marke falsch einschätzen und deshalb die Reservierung von Domainnamen verweigern würde²⁰⁰.

¹⁹⁷ Dieser Ansicht sind auch sowie *Nordemann/Czychowski/Grüter*, NJW 1997, 1897, 1900f; *Bücking*, Domainrecht, Rdnr. 258f und *Bettinger/Freytag*, CR 1999, 28, 37. Zur Zuordnung von Kartellen im Sinne des § 1 GWB siehe *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 26 Rdnr. 82.

¹⁹⁸ Vgl. u.a. *BGH* vom 13. März 1979, „Vermittlungsprovision für Flugpassagiere II“, WuW/E BGH 1646, 1647; *OLG Frankfurt a.M.* vom 13. April 1989, „Art Frankfurt“, GRUR 1989, 777 oder *OLG Düsseldorf* vom 30. Juli 1987, „Art Cologne“, WuW/E OLG 4173, 4176.

¹⁹⁹ Vgl. *BGH* vom 7. Oktober 1980, „Osnabrücker Zeitung“, WuW/E BGH 1783, 1785.

²⁰⁰ a.A. *Nordemann/Czychowski/Grüter*, NJW 1997, 1897, 1900f und *Bücking*, Domainrecht, Rdnr. 259.