

16 U 159/10
2-07 O 33/09 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll am
9. Juni 2011

W. [REDACTED] Justizsekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn F. [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt T. [REDACTED] S. [REDACTED], c/o S. [REDACTED] R. [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die DENIC eG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch Sabine Dolderer, Helga Krüger, Carsten Schiefner und Dr. Jörg Schweiger, Kaiserstraße 75 - 77, 60329 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt M. [REDACTED] H. [REDACTED], c/o Rechtsanwälte T. [REDACTED] W. [REDACTED], [REDACTED]
[REDACTED]

1) F. B., c/o P. G.,

2) P. G.,

Streithelfer der Beklagten,

Prozessbevollmächtigter zu 1, 2:

Rechtsanwalt Dr. M. B.,

hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch
Richter am Oberlandesgericht J. als Vorsitzender,
Richterin am Oberlandesgericht H.-W. und
Richterin am Oberlandesgericht G.
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2011

für Recht e r k a n n t:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am
Main vom 27. Juli 2010 teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, die Domain „gewinn.de“ mit ihren technischen
Daten zu Gunsten des Klägers in die Nameserver der Beklagten aufzu-
nehmen und darin für die Dauer des Domainvertrags zu belassen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zu-
rückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte mit Ausnahme der Kosten
der Streithelfer, die diese selber tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung
durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,- € abwenden, wenn nicht der
Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

A.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Wiedereintragung als Inhaber der Domain *gewinn.de*.

Die Beklagte ist die im Dezember 1996 von Internet Service Providern (ISP) als Genossenschaft gegründete Registrierungsstelle für die länderbezogene Top Level Domain „.de“ und in dieser Funktion zuständig für die Registrierung und den Betrieb von Second Level Domains (zukünftig: Domains) unter „.de“. Eine Domainregistrierung erfolgt, indem die Domain mitsamt den erforderlichen Daten in die Registrierungsdatenbank eingetragen wird. Über die WHOIS-Abfrage der Beklagten kann jedermann insbesondere den Inhaber der Domain in Erfahrung bringen. Domainaufträge können entweder über ein Mitglied der Beklagten oder über den Service DENICdirect unmittelbar an die Beklagte gerichtet werden. Die Mitglieder der Beklagten haben über eine elektronische Schnittstelle unmittelbaren Zugriff auf die Datenbank der Beklagten mit der Folge einer vollautomatischen Bearbeitung der Aufträge.

Vorläufer der Beklagten war der „Interessenverbund Deutsches Network Information Center“ (IV-DENIC), das den Betrieb des Nameserver-Dienstes zunächst ab 1994 dem Rechenzentrum der Universität Karlsruhe übertrug.

Mit Schreiben vom 24. Juli 1996 (vgl. Anlage K 3 = Bl. 150 d.A.) beauftragte der Kläger unter „N [REDACTED] die N [REDACTED] T [REDACTED] G [REDACTED]- Geschäftsbereich X [REDACTED]“, bei der es sich um einen Internet Service Provider und ein Mitglied der Beklagten-Vorgängerin handelte, mit der Reservierung der streitgegenständlichen Domain *gewinn.de*; sie wurde am 6. August 1996 für folgenden Inhaber registriert: N [REDACTED], P [REDACTED], D – [REDACTED]

Am 4. Mai 2004 erfolgte hinsichtlich des die Domain verwaltenden Providers ein Wechsel zu dem Provider K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] (im Tatbestand des angefochtenen Urteils als Denic [REDACTED] bezeichnet), ebenfalls ein Mitglied der Beklagten; dabei will

sich der Kläger zwecks Verwaltung seiner Domain lediglich an die p [REDACTED] G [REDACTED] gewandt haben, bei der es sich nicht um ein Mitglied der Beklagten handelt.

Im Jahre 2005 fand ein weiterer Providerwechsel auf die S [REDACTED] & P [REDACTED] statt, der ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Mail-Ausdrucke wie folgt ablief (vgl. Bl. 378 d.A.): Der neue Provider S [REDACTED] & P [REDACTED] leitete der Beklagten einen elektronischen Providerwechselantrag betreffend die Domain *gewinn.de* zu. Die Beklagte ihrerseits unterrichtete den alten Provider – die K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] – elektronisch zweimal über den Providerwechselantrag mit der Aufforderung zu antworten und mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass das Schweigen auf die Anfrage als Zustimmung gewertet werde; der Kläger bestreitet insoweit, dass die K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] die Mails erhalten habe. Nachdem die K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] nicht reagierte, teilte die Beklagte dieser mit, dass die mangelnde Reaktion als Zustimmung gewertet werde. Der Providerwechsel wurde am 2. Juni 2005 vollzogen. Noch am selben Tag löschte die S [REDACTED] & P [REDACTED] die Domain *gewinn.de* für den Inhaber „N [REDACTED]“ und registrierte sie zunächst für einen Herrn H [REDACTED] P [REDACTED] aus M [REDACTED], dessen Existenz streitig ist. Ausweislich der von dem Kläger vorgelegten *History* der Beklagten (vgl. Anlage K 1 = Bl. 7 ff. d.A.) wurde am 31. Januar 2006 ein Herr D [REDACTED] S [REDACTED] und nach einem weiteren Wechsel am 15. Februar 2006 die Streithelferin zu 2 als Domaininhaber eingetragen. Derzeit weist eine WHOIS-Abfrage den Streithelfer zu 1 als Domaininhaber aus.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe mit der Beklagten einen Domain-Registrierungsvertrag geschlossen und sei Inhaber der streitgegenständlichen Domain. Der Domainvertrag sei nicht wirksam gekündigt worden. Der von ihm nicht veranlasste Wechsel des Providers zur S [REDACTED] & P [REDACTED] sei nicht wirksam; diese sei auch nicht beauftragt gewesen, die Domain für ihn zu löschen und einen Herrn H [REDACTED] P [REDACTED] einzutragen. Bei dem als Anlage K 5 (= Bl. 180 d.A.) vorgelegten Antrag auf Provider- und Domaininhaberwechsel handele es sich um eine Fälschung.

Die Beklagte, die die Aktivlegitimation des Klägers bestritten hat, hat sich insbesondere darauf berufen, dass der Providerwechsel entsprechend ihren Richtlinien

wirksam erfolgt sei. Der Kläger müsse sich zudem – unabhängig von einem Auftrag gemäß Anlage K 5 - sämtliche Handlungen des neuen Providers S [REDACTED] & P [REDACTED] und damit auch die Kündigung seiner Inhaberschaft durch Löschung der Domainregistrierung zurechnen lassen.

Der Kläger hat in einem Parallelprozess vor dem Landgericht Potsdam von der Streithelferin zu 2 verlangt, einer Änderung der Registrierung der Domain *gewinn.de* zu seinen Gunsten zuzustimmen, da er der ursprüngliche Inhaber der Domain sei und der Domainvertrag mit der Beklagten unverändert fortbestehe. Die Klage ist in zweiter Instanz von dem Brandenburgischen Oberlandesgericht u.a. mit der Begründung abgewiesen worden, das Nutzungsrecht an einer Internet-Domain stelle kein nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes absolutes Recht und auch keinen Bereicherungsgegenstand im Sinne des Kondiktionsrechts dar (vgl. Urteil vom 15. September 2010 Anlage B 26 = Bl. 617 d.A.). Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Eintragung der Domain *gewinn.de* auf seine Person scheidet bereits deshalb aus, weil sich der Kläger ein Handeln seines Providers schlund zurechnen lassen müsse, der eine Übertragung der Domain auf andere Personen veranlasst habe.

Der Kläger habe sich bei seiner Anmeldung gegenüber der Beklagten eines Vertreters bedient und müsse sich sämtliches Wissen dieses Vertreters zurechnen lassen; dazu gehörten auch die Registrierungsrichtlinien und –bedingungen der Beklagten, die folglich in den Registrierungsvertrag zwischen den Parteien einbezogen worden seien.

Der Providerwechsel von der K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] zu S [REDACTED] sei aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt verbindlich geltenden DENIC-Vertragsrichtlinien wirksam erfolgt; insbesondere sei das Schweigen der Fa. K [REDACTED] S [REDACTED] als Zustimmung zu dem Providerwechsel zu werten. Das Bestreiten des Klägers dieser Umstände sei unsubstantiiert.

Der Kläger habe sich auch das Handeln seines weiteren, nunmehr als sein Vertreter zuständigen Providers S [REDACTED] zurechnen zu lassen; die S [REDACTED] habe ent-

sprechende Verfügungen über die Domain getroffen und diese gegenüber der Beklagten zugunsten eines H [REDACTED] P [REDACTED] umschreiben lassen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 434 bis 443 d.A.) Bezug genommen.

Gegen dieses ihm am 29. Juli 2010 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem erst am 8. September 2010 vollständig eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz Berufung eingelegt. Mit Beschluss des Senats vom 19. November 2010 ist dem Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Berufungsfrist gewährt worden. Der Kläger hat die Berufung mit einem am 29. September 2010 eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz begründet.

Der Kläger tritt dem Urteil mit folgender Argumentation entgegen:

Der zwischen ihm und der Beklagten bestehende Registrierungsvertrag sei zu keinem Zeitpunkt wirksam gekündigt worden. Die Beklagte habe nicht einmal schlüssig dargelegt, wie der Registrierungsvertrag gekündigt worden sein soll. Selbst wenn die Kündigung von einem Mitarbeiter der S [REDACTED] & P [REDACTED] [REDACTED] irgendwann erklärt worden sei, wäre sie der Beklagten niemals zugegangen; die Beklagte habe jedenfalls das Kündigungsschreiben nicht vorzulegen vermocht.

Falls die S [REDACTED] & P [REDACTED] [REDACTED] den Registrierungsvertrag zwischen den Parteien beendet habe, hätte sie dies zumindest nicht in Vertretung des Klägers getan. Das Urteil lasse auch offen, wie die S [REDACTED] & P [REDACTED] [REDACTED] überhaupt Vertreterin des Klägers geworden sei.

Tatsächlich sei nicht einmal die K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] Vertreterin des Klägers gewesen. Der Kläger habe seinerzeit lediglich die p [REDACTED] G [REDACTED] mit der Verwaltung – nicht aber mit der Freigabe - seiner Domain beauftragt.

Der Kläger weist ergänzend darauf hin, dass die Beklagte erst Ende 1996 und somit nach erfolgter Registrierung der streitgegenständlichen Domain für den Kläger gegründet wurde. Das Landgericht habe zu Unrecht ohne Weiteres unterstellt, dass die DENIC-Mitglieder stets ausreichend über die aktuellen DENIC-Richtlinien

informiert gewesen seien. Maßgeblich sei zudem allenfalls, welche Domainbedingungen Bestandteil des seinerzeit zwischen den Parteien geschlossenen Registrierungsvertrags geworden seien.

Nicht einmal der Providerwechsel sei dem Kläger zuzurechnen. Die K S G habe einen Providerwechselantrag nie erhalten. Mehr könne der Kläger dazu nicht vortragen. Aus einem Schweigen der K S G folge keine Zustimmung zu dem Providerwechsel. Einen Providervertrag habe der Kläger unstreitig nur mit der p G geschlossen; folglich habe die K S G dem Übergang eines mit ihr gar nicht geschlossenen Vertrags nicht zustimmen können.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, ihn in die WHOIS-Datenbank der Beklagten und als Inhaber und administrativen Ansprechpartner (admin-c) der Domain „gewinn.de“ einzutragen;

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, die Domain „gewinn.de“ mit ihren technischen Daten zu Gunsten des Klägers in die Nameserver der Beklagten aufzunehmen und darin für die Dauer des Domainvertrags zu belassen;

äußerst hilfsweise,

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entstanden ist und noch entstehen wird, dass die Beklagte zur Domain „gewinn.de“ einen neuen Registrierungsvertrag geschlossen und den Kläger hierdurch von der Nutzung der Domain ausgeschlossen hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Der Provider S [REDACTED] & P [REDACTED] habe die Domain *gewinn.de* für den Domaininhaber „N [REDACTED]“ in der Registrierungsdatenbank der Beklagten gelöscht und damit den Domainvertrag zumindest konkludent gekündigt. Der Domaininhaber „N [REDACTED]“ müsse sich die Erklärungen des Providers S [REDACTED] & P [REDACTED] zurechnen lassen; wer einem Provider Aufgaben übertrage, deren Erfüllung nach der Verkehrsauffassung eine bestimmte Vollmacht voraussetze, müsse diesen als bevollmächtigt gelten lassen, auch wenn er tatsächlich keine oder eine zu geringe Vollmacht erteilt habe.

Die S [REDACTED] & P [REDACTED] sei auch im Zeitpunkt der Löschung der Domain für die Verwaltung der Domain zuständig gewesen, da der Providerwechsel entsprechend den Domainbedingungen und den Providerwechselregelungen vorgenommen worden sei.

Im Übrigen beruft sich die Beklagte auf subjektive Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, da sie mit der Registrierung des Streithelfers zu 1 mit diesem einen Domainvertrag über die streitgegenständliche Domain geschlossen habe und die Registrierung nicht ohne seine Zustimmung rückgängig machen könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlage Bezug genommen.

B.

Auf den Rubrumsberichtigungsantrag der Beklagten war das Rubrum wie ersichtlich zu berichtigen.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und hinsichtlich des ersten Hilfsantrags auch begründet.

I. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch darauf, als Inhaber und administrativer Ansprechpartner der Domain *gewinn.de* „in die WHOIS-Datenbank“ der Beklagten eingetragen zu werden, da es eine solche Datenbank nicht gibt. Wie die Beklagte bereits in erster Instanz vorgetragen hat und sich auch ihrer Internetpräsenz entnehmen lässt, handelt es sich bei „WHOIS“ lediglich um ein Auskunftssystem, das sich aus der eigentlichen Registrierungsdatenbank - die weitere, über WHOIS nicht ersichtliche Daten enthält - gespeist wird; dies wird von dem Kläger letztlich auch nicht in Abrede gestellt. Eine Eintragung kann deshalb allenfalls in das DENIC-Register und die Nameserver erfolgen (vgl. bereits BGH, Beschluss vom 5. Juli 2005, VII ZB 5/05 = NJW 2005, 3353).

II. Der Kläger hat gegen die Beklagte aber einen Anspruch auf Eintragung der Domain *gewinn.de* zu seinen Gunsten in die Nameserver der Beklagten sowie darauf, die Eintragung für die Dauer des Domainvertrags zu belassen.

Dieser Anspruch folgt als Erfüllungsanspruch aus einem zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten geschlossenen Domainvertrag, der nicht durch eine wirksame Kündigung beendet worden ist.

1. Der Kläger ist aktivlegitimiert. Zwar ist als Inhaber der Domain *gewinn.de* seinerzeit eine N [REDACTED] P [REDACTED] D [REDACTED] M [REDACTED] eingetragen worden. Der Senat ist jedoch davon überzeugt, dass der Kläger den Begriff N [REDACTED] als Unternehmenskennzeichen laufend im geschäftlichen Verkehr verwendet hat. Der Kläger hat erstinstanzlich als Anlage K 2 (= Bl. 29 d.A.) einen Blankobriefbogen mit Datum 22. Juni 2005 zur Akte gereicht, aus dem sich ergibt, dass er unter der Bezeichnung N [REDACTED] auftritt. Auch hat der Kläger als Anlage K 3 (= Bl. 150 d.A.) sein Schreiben vom 24. Juli 1996 vorgelegt, mit dem er die N [REDACTED] T [REDACTED] G [REDACTED] mit der Reservierung der streitgegenständlichen Domain *gewinn.de* beauftragt hat, und dem sich ebenfalls entnehmen lässt, dass der Kläger geschäftlich unter der Bezeichnung M [REDACTED] gehandelt hat. Schließlich hat das Landgericht Potsdam in dem Verfahren 8 O 458/08 am 26. Oktober 2009 eine Beweisaufnahme durchgeführt (vgl. Protokoll Anlage K 9 = Bl. 200 d.A.), in deren Rahmen sowohl die Ehefrau des Klägers als auch ein weiterer Zeuge bekundet haben, dass der Kläger die entsprechende Bezeichnung auf Brie-

fen, Visitenkarten und Rechnungen im Geschäftsverkehr verwendet hat. Die Ehefrau des Klägers hat dabei auch klargestellt, dass sich ihre Aussage, soweit sie die klein geschriebene Bezeichnung „n [REDACTED]“ betrifft, auf das Logo bezieht. Die vorgelegten Schreiben weisen das entsprechende Logo auf.

Da nach Auffassung des Senats die Registrierung der Domain letztlich für den hinter der Bezeichnung N [REDACTED] stehenden Kläger erfolgt ist, ist zwischen ihm und der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der die Eintragung vornehmenden Vorgängerin ein Registrierungs- bzw. Domainvertrag zustande gekommen.

2. Dieser Vertrag zwischen den Parteien ist nicht wirksam durch eine dem Kläger zuzurechnende Kündigung beendet worden.

a) Unzutreffend ist allerdings der Einwand des Klägers, die Beklagte habe niemals schlüssig dargelegt, wie der Registrierungsvertrag gekündigt worden sein soll, und die Beklagte habe „kein Kündigungsschreiben“ vorgelegt.

Die S [REDACTED] & P [REDACTED], die als Mitglied der Beklagten Zugriff auf die Registrierungsdatenbank hatte, hat die Domain in einem ersten Schritt gelöscht und sie anschließend für einen Herrn H [REDACTED] P [REDACTED] neu registriert. Mit dem Löschen des Klägers als Domaininhaber hat sie konkludent gegenüber der Beklagten die Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Domainvertrags erklärt. Eines schriftlichen Kündigungsschreibens bedurfte es angesichts des auch von dem Kläger akzeptierten Vorgehens – Registrierung und Verwaltung der Domain über einen Provider als Mitglied der Beklagten, das über eine Schnittstelle auf die Datenbank der Beklagten Zugriff nehmen kann – nicht.

b) Die S [REDACTED] & P [REDACTED] handelte nach außen hin auch in Vertretung des Klägers. Ohne Erfolg wendet der Kläger ein, die S [REDACTED] & P [REDACTED] habe gar nicht den Willen gehabt, ihn zu vertreten, sondern habe auf der Grundlage des (gefälschten) Providerwechselfauftrags nur einen Herrn H [REDACTED] P [REDACTED] vertreten wollen.

Der Kläger übersieht dabei, dass die S [REDACTED] & P [REDACTED] die streitgegenständliche Domain überhaupt nur im Namen des Klägers kündigen konnte, nicht jedoch im Namen eines lediglich zukünftigen Inhabers.

c) Die von der S [REDACTED] & P [REDACTED] für den Kläger ausgesprochene Kündigung ist jedoch nicht wirksam.

aa) Der Kläger selbst hat die S [REDACTED] & P [REDACTED] nicht mit der Kündigung beauftragt. Der Senat ist davon überzeugt, dass es sich bei dem als Anlage K 5 (Bl. 180 d.A.) vorgelegten angeblichen Auftrag des Klägers vom 7. Mai 2005 zum Providerwechsel und zum Eintrag eines gewissen Herrn H [REDACTED] P [REDACTED] um eine Fälschung handelt. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus einem Vergleich der auf der Kopie des angeblichen Auftrags vorhandenen, unbeholfen wirkenden Unterschrift mit der auf dem klägerischen Schreiben vom 24. Juli 1996 befindlichen Unterschrift und mit der in dem Termin vom 15. Dezember 2009 vor dem Landgericht geleisteten Unterschriftsprobe des Klägers (vgl. Bl. 263 d.A.). Der Einholung eines graphologischen Gutachtens bedurfte es angesichts der Offenkundigkeit der Abweichungen nicht.

bb) Es kann offen bleiben, ob die von der S [REDACTED] & P [REDACTED] im Namen des Klägers abgegebene Kündigungserklärung diesem dann zuzurechnen wäre, wenn es sich bei der S [REDACTED] & P [REDACTED] um den rechtmäßigen Provider des Klägers gehandelt hätte. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat nämlich ein wirksamer Providerwechsel von der p [REDACTED] G [REDACTED] bzw. der K [REDACTED] S [REDACTED] G [REDACTED] auf die S [REDACTED] & P [REDACTED] nicht stattgefunden.

Die Beklagte beruft sich vergeblich darauf, dass der Providerwechsel entsprechend den Domainbedingungen und den im Internet vorgehaltenen Providerwechselregelungen vorgenommen worden sei.

Der Senat hat bereits Bedenken, ob und wenn ja welche Domainbedingungen der Beklagten Inhalt des Domainvertrags geworden sind. Die Beklagte selbst ist erst nach Eintragung der Domain für den Kläger gegründet worden. Dazu, welche Domainbedingungen im Zeitpunkt der Registrierung galten und wie sie in den Vertrag – insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands einer Registrierung über einen Internet Service Provider - einbezogen worden sein sollen, hat die Beklagte keinen Vortrag gehalten. Auch hat die Beklagte nicht dargelegt, wie im Laufe der Zeit erfolgte Änderungen der Domainbedingungen Vertragsinhalt geworden sein

sollen. Allein der Umstand, dass es sich bei der N N T G und später bei der K S G um Mitglieder der Beklagten handelte, dürfte die Annahme der Einbeziehung von Domainbedingungen in den Domainvertrag nicht tragen.

Doch selbst wenn man mit der Beklagten die Domainbedingungen aus dem Jahr 2004 zugrunde legen würde, wäre der Providerwechsel davon nicht gedeckt und damit nicht wirksam.

§ 1 Abs. 4 der Domainbedingungen 2004 lautet auszugweise:

„Der Domaininhaber kann die Verwaltung der Domain ..von einem auf ein anderes DENIC-Mitglied überleiten. Die Überleitung erfolgt, wenn der Domaininhaber über das DENIC-Mitglied, das künftig die Domain verwalten soll, ...einen entsprechenden Auftrag erteilt und das bisher die Domain verwaltende DENIC-Mitglied DENIC davon unterrichtet.“

Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt: weder hat der Kläger als Domaininhaber über den neuen Provider S & P einen entsprechenden Auftrag erteilt noch hat der bisherige Provider K S G bzw. p G die Beklagte von dem Providerwechsel unterrichtet.

Ohne Erfolg verweist die Beklagte insoweit ergänzend auf im Internet auf ihrer homepage unter „Domain – Verwalten – Providerwechsel“ abrufbare Erläuterungen (die Beklagte nennt sie „Bestimmungen“) zum Providerwechsel (vgl. Anlage B 18 = Bl. 376), denen zufolge das Schweigen des alten Providers zur Anfrage hinsichtlich eines Providerwechsels als Zustimmung gewertet wird. Die Beklagte vertritt insoweit die Auffassung, dass es sich um Bestimmungen handele, an die die DENIC-Mitglieder gemäß § 17 Abs. 2 a des Statuts der Beklagten gebunden seien, der da lautet: „ Gleichmaßen entscheiden Vorstand und Aufsichtsrat in folgenden Angelegenheiten des Unternehmensgegenstands (a) Allgemeine Bestimmungen für die Inanspruchnahme von Genossenschaftsleistungen und für die Benutzung von Gemeinschaftseinrichtungen“.

Der Senat vermag bereits nicht zu erkennen, dass es sich bei den Erläuterungen zum Providerwechsel um allgemeine Bestimmungen für die Inanspruchnahme von Genossenschaftsleistungen und für die Benutzung von Gemeinschaftseinrichtungen im Sinne des § 17 Abs. 2 a des Statuts handelt. Selbst wenn aber die Mitglieder der Beklagten daran gebunden wären, folgte daraus nicht automatisch eine rechtliche Wirkung gegenüber den Domaininhabern und insbesondere keine Änderung der anderslautenden Domainbedingungen, so sie denn Vertragsinhalt geworden wären.

Zudem gehen auch die Erläuterungen zum Providerwechsel davon aus, dass tatsächlich ein entsprechender Auftrag des Domaininhabers vorliegt. Die Erläuterungen legen zwar ein standardisiertes Providerwechselverfahren dar, bauen dabei aber – wie die Domainbedingungen – auf dem Vorliegen eines Providerwechselfauftrags des Domaininhabers auf. Dass dieses standardisierte Providerwechselverfahren auch dann zu einem wirksamen Providerwechsel führen würde, wenn überhaupt kein oder lediglich ein gefälschter Auftrag vorliegt, lässt sich auch den Erläuterungen nicht entnehmen.

Mangels wirksamen Providerwechsels konnte die S [REDACTED] & P [REDACTED] keine wirksame Kündigung für den Kläger vornehmen, so dass der Domainvertrag zwischen den Parteien weiter fortbesteht.

3. Ohne Erfolg wendet die Beklagte ein, der Erfüllungsanspruch des Klägers sei aufgrund subjektiver Unmöglichkeit der Erfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Subjektive Unmöglichkeit ist gegeben, wenn der Schuldner aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Leistungshindernisse zur Leistung außerstande ist, sie aber von einem anderen oder unter Mitwirkung eines anderen erbracht werden könnte (Palandt/Grüneberg, 70. A., § 275 BGB Rn. 23 – 25). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

Der Beklagten ist es zunächst tatsächlich bzw. faktisch nicht unmöglich, die streitgegenständliche Domain für den Kläger zu registrieren. Bei der Eintragung einer

Domain in die Registrierungsdatenbank der Beklagten handelt es sich um einen rein technischen Vorgang, der von der Beklagten ohne Hindernisse tatsächlicher Natur ohne Weiteres und jederzeit vorgenommen werden kann, wie auch die Löschung des Klägers (trotz fortbestehenden Domainvertrags) und die Eintragung letztlich des Streithelfers zu 1 zeigt.

Die Beklagte ist aber auch aus rechtlichen Gründen nicht daran gehindert, die Domain *gewinn.de* für den Kläger einzutragen.

Dabei kann offen bleiben, ob die Beklagte entsprechend Ziff. IV ihrer Domainrichtlinien durch die Registrierung des Streithelfers zu 1 mit diesem einen wirksamen Domainvertrag abgeschlossen hat. Selbst wenn man dies annähme, wäre ihr die Erfüllung des klägerischen Anspruchs nicht unmöglich.

Zunächst führt der Umstand, dass sich jemand zwei Gläubigern gegenüber zu einer Leistung verpflichtet, die er nur einmal erbringen kann, nicht zu einem Ausschluss der Leistungspflicht (Löwisch/Caspers, in: Staudinger, Bearb. 2009, § 275 BGB Rn. 65). Ein Erlöschen der Leistungspflicht ist hier im Hinblick auf den mit dem Kläger geschlossenen Registrierungsvertrag auch nicht dadurch eingetreten, dass die Beklagte derzeit ihre möglichen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Streithelfer zu 1 durch die erfolgte Konnektierung erfüllt. Soweit die Beklagte auf den Fall einer Doppelvermietung verweist, ist dieser Vergleich vorliegend nicht tragfähig. Unabhängig von der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit von miet- oder pachtrechtlichen Vorschriften auf einen Domainvertrag (vgl. Ernst, MMR 2002, 714, 715) ist einem Schuldner, der im Fall der Doppelvermietung den vermieteten Gegenstand einem Dritten überlassen hat und ihn nicht zurückerhält, die Erfüllung der Gebrauchsüberlassungspflicht gegenüber seinem Vertragspartner bereits *faktisch* nicht möglich. Hier hat die Beklagte aber durch die Eintragung der Domain für den Streithelfer ihre faktische Einflussmöglichkeit – wie bereits oben dargelegt – nicht verloren.

Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass sie die Registrierung des Streithelfers zu 1 ohne dessen Zustimmung nicht rückgängig machen könne und sich bei einer Eintragung der Domain für den Kläger vertragswidrig verhalte. Zum einen liegt kein Fall einer rechtlichen Unmöglichkeit vor, wenn für den Schuldner

ein Konflikt dergestalt besteht, dass er – wenn er die Leistung erbringt – andere Rechtspflichten verletzen muss (Löwisch/Caspers, in: Staudinger, a.a.O. § 275 Rn. 45). Zum anderen stellt die Beklagte durch Eintragung des Klägers einen rechtmäßigen Zustand her, indem sie den zuerst abgeschlossenen Vertrag erfüllt. Die Beklagte ist zwar – ebenfalls unter Hinweis auf das Mietrecht – der Auffassung, dass die „älteren“ Ansprüche keinen Vorrang haben. Insofern ist hier jedoch zu berücksichtigen, dass anders als im Bereich des Mietrechts, bei dem ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der Vertragsfreiheit einen Grundsatz der Priorität des Vertragsschlusses verneint (vgl. MünchKomm/Häublein, 5. A., § 536 BGB Rn. 25 Fn. 7), für die Beklagte angesichts der im öffentlichen Interesse liegenden monopolistischen Aufgabe ein Kontrahierungszwang besteht (Ernst, a.a.O., S. 716) und nach Ziff. III der Domainrichtlinien das Prinzip des „first come, first serve“ gilt. Der Kläger war aber der erste, der mit der Beklagten einen Registrierungsvertrag hinsichtlich der streitgegenständlichen Domain abgeschlossen hat, und diese Position kann er auch gegenüber der Beklagten durchsetzen.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 2, 101 Abs. 1 ZPO, §§ 708 Ziff. 10, 711 S. 1 ZPO.

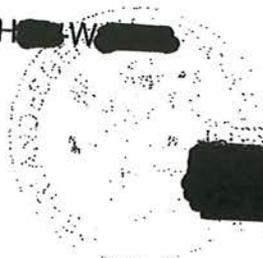
Die Revision wird von dem Senat zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, § 543 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 ZPO. Der Ausgang des Rechtsstreits hängt von der Beantwortung der Frage ab, wem gegenüber die Beklagte als zentrale Registrierungsstelle im Falle des Abschlusses mehrerer Domainverträge Erfüllung schuldet; diese ist bislang ersichtlich noch nicht Gegenstand (ober-) gerichtlicher Entscheidungen gewesen und angesichts des Umfangs der Tätigkeit der Beklagten für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen von Bedeutung.

Der Streitwert für den Rechtsstreit wird auf 25.000 € festgesetzt (§ 3 ZPO i.V.m. §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 1, 45 Abs. 1 S. 3 GKG).

J. [REDACTED]

H. W. [REDACTED]

G. [REDACTED]



Ausgefertigt

9. Juni 2011

[REDACTED]