

JONES DAY

RECHTSANWÄLTE • ATTORNEYS-AT-LAW • PATENTANWÄLTE
NEUER STAHLHOF • BREITE STRASSE 69 • D-40213 DÜSSELDORF
TELEFON: (49) 211-5 40 65-500 • TELEFAX: (49) 211-5 40 65-501

17. August 2018

Vorab per Telefax: [REDACTED]
Per Kurier
Oberlandesgericht Köln
19. Zivilsenat
Reichenspergerplatz 1
50670 Köln

DR. JAKOB GUHN
Büro Düsseldorf
Sekretariat: Frau Salowski
Tel. 0211-5406-5532
Unser Zeichen: 172210-690003 JG

Gehörsrüge

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

der **Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)**

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin-

Verfahrensbevollmächtigte: JONES DAY Rechtsanwälte,
Neuer Stahlhof, Breite Straße 69, 40213 Düsseldorf

gegen

die **EPAG Domainservices GmbH**

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin-

Verfahrensbevollmächtigte: Rickert Rechtsanwaltsgesellschaft mbH / Fieldfischer
(Deutschland) LLP

Az.: 19 W 32/18

erheben wir mit Bezug auf den Beschluss des Senats vom 1. August 2018 (nachfolgend „**Beschluss**“) Gehörsrüge und beantragen:

das sofortige Beschwerdeverfahren gem. § 321a Abs. 5 ZPO fortzuführen;

und

COMMERZBANK MÜNCHEN • KONTO-NR 660601601 • BLZ 700 400 41 • IBAN DE93 7004 0041 0660 6016 01 • BIC COBA DEFFXXX • UST/VAT REG NO DE 112010330

ALKHOBAR • AMSTERDAM • ATLANTA • BEIJING • BOSTON • BRISBANE • BRUSSELS • CHICAGO • CLEVELAND • COLUMBUS • DALLAS • DETROIT
DUBAI • DÜSSELDORF • FRANKFURT • HONG KONG • HOUSTON • IRVINE • JEDDAH • LONDON • LOS ANGELES • MADRID
MEXICO CITY • MIAMI • MILAN • MINNEAPOLIS • MOSCOW • MUNICH • NEW YORK • PARIS • PERTH • PITTSBURGH • RIYADH • SAN DIEGO
SAN FRANCISCO • SÃO PAULO • SHANGHAI • SILICON VALLEY • SINGAPORE • SYDNEY • TAIPEI • TOKYO • WASHINGTON

im Wege der einstweiligen Verfügung, die der besonderen Dringlichkeit wegen ohne vorauslaufende mündliche Verhandlung und durch den Vorsitzenden anstelle des Prozessgerichts erlassen werden soll, es unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00, es der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen,

1. als von der ICANN akkreditierter Registrar in Bezug auf jede generische Top Level Domain, die in Anlage AS 1 aufgeführt ist,

Second Level Domainnamen, anzubieten und/oder zu registrieren, ohne die folgenden Daten des Registrierenden, der einen Second Level Domainnamen über die Antragsgegnerin registrieren will, zu erheben:

Name, Postanschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer und (sofern vorhanden) Faxnummer des technischen Kontakts für den jeweiligen Domainnamen;

und/oder

Name, Postanschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer und (sofern vorhanden) Faxnummer des administrativen Kontakts für den jeweiligen Domainnamen.

Hilfsweise,

2. als von der ICANN akkreditierter Registrar in Bezug auf jede generische Top Level Domain, die in Anlage AS 1 aufgeführt ist,

Second Level Domainnamen, anzubieten und/oder zu registrieren, ohne die folgenden Daten des Registrierenden, der einen Second Level Domainnamen über die Antragsgegnerin registrieren will, zu erheben,

- a) wenn die Daten mit Zustimmung der betroffenen Person zur Verfügung gestellt werden,

und/oder

- b) wenn die Daten keine personenbezogenen Daten darstellen:

Name, Postanschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer und (sofern vorhanden) Faxnummer des technischen Kontakts für den jeweiligen Domainnamen;

und/oder

Name, Postanschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer und (sofern vorhanden) Faxnummer des administrativen Kontakts für den jeweiligen Domainnamen.

BEGRÜNDUNG

Der Senat hat seinen Beschluss auf verfahrensrechtliche Aspekte gestützt. Der Senat stellt fest, dass der Antrag der Antragstellerin auf eine Unterlassungsverfügung tatsächlich ein Antrag auf eine Leistungsverfügung sei. Ein Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung sei nach Auffassung des Senats nicht gegeben.

Die Antragstellerin hat gemäß § 321a Abs. 5 ZPO einen Anspruch darauf, dass das sofortige Beschwerdeverfahren fortgeführt wird. Gegen die Entscheidung des Senats ist kein Rechtsmittel oder anderer Rechtsbehelf gegeben (§ 321a Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und der Senat hat vorliegend den Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt (§ 321a Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Beurteilung der relevanten Fakten und rechtlichen Gesichtspunkte erfordern eine Entscheidung zu Gunsten der Antragstellerin:

A. Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör der Antragstellerin

Mit der Entscheidung, den Antrag der Antragstellerin als Leistungsverfügung auszulegen, hat der Senat seinen Beschluss – überraschend und ohne richterlichen Hinweis an die Antragstellerin (§ 139 ZPO) – auf falsche Tatsachenannahmen und überzogene rechtliche Anforderungen gestützt, die vom Landgericht während des gesamten Verfahrens nicht für erheblich gehalten wurden (siehe Abschnitt A. I. unten). Darüber hinaus hat der Senat weitere, bereits von der Antragstellerin dargelegte wesentliche Tatsachen und rechtliche Erwägungen übergangen, die eine Entscheidung zu Gunsten der Antragstellerin erfordert hätten (vgl. Abschnitt A. II. unten).

I. Das Gericht hat es versäumt, der Antragstellerin einen Hinweis gem. § 139 ZPO zu erteilen

Der Senat stützt seinen Beschluss auf Tatsachenannahmen und rechtliche Gesichtspunkte, die für die Antragstellerin nicht vorhersehbar waren, ohne dass er der Antragstellerin einen gemäß § 139 Abs. 2 ZPO zwingend erforderlichen Hinweis erteilt hat (Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 321a Rn. 10 „Hinweisfälle“).

Der Senat hat den ausdrücklichen Unterlassungsantrag der Antragstellerin in eine Leistungsverfügung umgedeutet:

„Um eine solche Leistungsverfügung geht es der Antragstellerin vorliegend. Der von ihr geltend gemachte Hauptantrag ist - ebenso wie der Hilfsantrag - nur nach seinem Wortlaut, nicht aber nach seinem Inhalt ein Unterlassungsantrag. Denn die Antragstellerin zielt mit ihrem Hauptantrag darauf ab, dass die Antragsgegnerin wieder die Daten des technischen und administrativen Kontaktes erhebt und damit letztlich die aus ihrer Sicht für eine ordnungsgemäße und vollständige Vertragsdurchführung erforderlichen Leistungen erbringt. Gleiches gilt für den Hilfsantrag, da dieser - wenn auch mit Einschränkungen - die gleiche Ausrichtung hat.“

Der Erlass einer solchen auf Befriedigung gerichteten Leistungsverfügung ist an besondere Voraussetzungen geknüpft. Der Antragsteller muss darlegen, dass er auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist und der Erlass der Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile unumgänglich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2004, VI - U (Kart) 35/03); OLG München, Urteil vom 14.09.1995, 29 U 3707/95). Eine Unterlassungsverfügung in Erfüllung des Hauptsacheanspruchs ist nur zulässig, wenn der Verfügungsgrund in einer ansonsten eintretenden irreparablen, eine Notlage verursachenden Schädigung beruht, der keine vergleichbare Schädigung des Antragstellers entspricht und die insbesondere ein späterer Schadensersatzanspruch nicht adäquat auszugleichen vermag (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.02.2004, 19 U 240/03).“ (Beschluss vom 1. August 2018, S. 2-3)

Gemäß § 139 Abs. 2 ZPO dürfen Gerichte ihre Entscheidungen nicht auf Gesichtspunkte stützen, die „eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat“. Dies gilt sowohl für Tatsachen als auch für die rechtliche Begründung, auf die sich das Gericht stützt. Aus dem Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) folgt, dass Gerichte die Parteien entsprechend informieren müssen, sofern sie ihre Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte stützen wollen, mit denen die Parteien nicht rechnen konnten, damit die Parteien Gelegenheit haben, insoweit ihre Argumente vorzubringen (vgl. Zöller, ZPO, 31. Auflage, Vor § 128, Rn. 6a; BVerfGE NJW 1994, 1274; Beschluss vom 28.06.1993 - 1 BvR 42/90). Ein Hinweis an die Parteien ist immer dann erforderlich, wenn das Gericht Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen selbst ein gewissenhafter und kundiger Prozessbevollmächtigter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (BGH NJW 2007, 1455). Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn das vorinstanzliche Gericht den Eindruck erweckt hat, dass bestimmte Aspekte, die das entscheidende Gericht als maßgeblich ansieht, nicht relevant sind (vgl. BGH NJW-RR 94, 566, allgemein: Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 139 Rn. 6). Sogenannte „Überraschungsentscheidungen“ verletzen § 139 Abs. 2 ZPO und Artikel 103 GG (BVerfGE NJW 1994, 1274).

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin ausdrücklich eine Unterlassungsverfügung beantragt, während der Senat stattdessen von einer Leistungsverfügung ausgegangen ist, die in einstweiligen Verfügungsverfahren nur in Fällen außergewöhnlicher Dringlichkeit erlassen wird (Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 940, Rn. 6). Dies war für die Antragstellerin nicht vorhersehbar.

Insbesondere in Anbetracht des bisherigen Verfahrensverlaufs war die Argumentation des Senats für die Antragstellerin nicht vorhersehbar. Denn das Landgericht hat vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts zwei Entscheidungen getroffen, in denen die rechtlichen Gesichtspunkte, auf die sich der Senat nunmehr maßgeblich stützt, überhaupt keine Rolle gespielt haben und somit den Eindruck erweckt, dass es auf diese Gesichtspunkte (d.h. die wesentlich strenger rechtlichen Voraussetzungen einer Leistungsverfügung) nicht ankommt.

Dementsprechend hat die Antragstellerin erstmals in der unanfechtbaren Entscheidung des Beschwerdegerichts von der Argumentation des Senats erfahren, so dass die Antragstellerin weder einen Rechtsbehelf, noch die Möglichkeit hatte, ihre Rechtsposition vorzubringen. Diese Umstände lassen sich ohne weiteres unter die Rechtsprechung zur Gehörsverletzung subsumieren:

„Hat das Gericht erster Instanz das Klagevorbringen als schlüssig angesehen, darf der Kläger darauf vertrauen, daß eine davon abweichende Auffassung des Berufungsgerichts ihm rechtzeitig durch einen Hinweis mitgeteilt wird.“

(BGH NJW-RR 1994, 566 - Leitsatz)

Der Senat kann auch nicht geltend machen, dass das Vorbringen der Antragsgegnerin hinreichend Anlass gegeben hat, mit dieser Entscheidung zu rechnen. Die Antragsgegnerin machte zunächst geltend, dass der vorliegende Fall wegen Vorwegnahme des Hauptsacheverfahrens als unzulässig anzusehen sei (Schutzschrift vom 28. Mai 2018, S. 12). Die Antragstellerin hat jedoch klargestellt, dass sie die Erhebung der streitigen Daten nicht verlangt. Die Antragstellerin hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie vom entscheidenden Gericht nicht verlangt, der Antragsgegnerin aufzugeben Second-Level-Domain-Namen anzubieten und zu verkaufen und dabei Admin-C- und Tech-C-Daten zu erheben, sondern die Antragstellerin hat erklärt, die **„Antragsgegnerin müsste es lediglich vorläufig unterlassen, weitere Domain Registrierungen derart als zertifizierter Registrar der Antragstellerin zu vertreiben“** (Sofortige Beschwerde, S. 35).

Die Antragsgegnerin gestand hiernach auch selbst ein, dass es vorliegend um eine Unterlassungsverfügung geht:

„Hieran ändert auch die erstaunliche Auffassung der Antragstellerin nichts, die Antragsgegnerin könne ja den Vertrieb von Domains vorläufig einstellen (sofortige Beschwerde, S. 35). Selbstverständlich kann man mit einer vollständigen Einstellung des Geschäftsbetriebs nahezu jeder Verbotsverfügung nachkommen. Wäre dies die einzige Möglichkeit, dem verlangten Verbot nachzukommen, so würde die erforderliche Abwägung aber ebenso selbstverständlich zugunsten der Antragsgegnerin ausfallen.“ (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10. Juli 2018, S. 30)

Diese Argumentation der Antragsgegnerin basierte also auf der (wahren) Tatsache, dass die **Antragsgegnerin keine Verpflichtung hat, Domains anzubieten oder zu verkaufen, falls das Gericht die beantragte Verfügung ausspricht.**

Das Landgericht hat daher nicht in Frage gestellt, dass es sich um einen Unterlassungsanspruch handelt. Und der Senat hat überraschenderweise eine andere Auffassung vertreten, die auf falschen tatsächlichen Annahmen beruht. Er argumentiert, dass die Antragstellerin eine Leistungsverfügung anstrebt, obwohl selbst die Antragsgegnerin anerkennt, dass sie im Falle einer einstweiligen Verfügung lediglich den Vertrieb von Domainnamenregistrierungen im Rahmen des RAA einstellen müsste.

Die Argumentation des Senats ist daher neu und beruht offensichtlich auf falschen Tatsachennahmen. Vor diesem Hintergrund war der Senat verpflichtet, der Antragstellerin gemäß § 139 Abs. 2 ZPO einen Hinweis zu erteilen. Erst dann hätte die Antragstellerin Gelegenheit gehabt, dem Senat zu erläutern, warum es sich bei ihrem Antrag lediglich um einen Unterlassungsantrag handelt (siehe hierzu Abschnitt A.II. unten) und warum im vorliegenden Fall die strengen Voraussetzungen für eine einstweilige Verfügung erfüllt sind.

II. Das Beschwerdegericht hat wesentliche Tatsachen und rechtliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt

Der Senat hat auch wesentliche Tatsachen und Argumente der Antragstellerin nicht berücksichtigt und damit die Rechtsauffassung der Antragstellerin grundsätzlich missverstanden (vgl. Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 321a Rn. 11 „Übergehensfälle“).

1. Irrtümliche Annahme eines Antrags auf Erlass einer Leistungsverfügung

Der Senat missversteht den Antrag der Antragstellerin grundsätzlich, wenn er statt eines Antrags auf eine Unterlassungsverfügung einen Antrag auf eine Leistungsverfügung annimmt. Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin aufgefordert, es zu unterlassen, Second-Level-Domain-Namen entgegen der Vorgaben des RAA mit der Antragstellerin anzubieten und/oder zu registrieren. Dieser Verfügungsantrag erfordert von der Antragsgegnerin lediglich, dass sie mit dem, was sie derzeit tut, aufhört: Das ist der Kern eines Unterlassungsanspruchs. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass **die Antragsgegnerin nicht verpflichtet ist, Domainregistrierungen nach dem RAA anzubieten oder zu registrieren**, falls der Senat die beantragte Verfügung ausspricht.

Der Senat geht jedoch von einer Leistungsverfügung aus. Leistungsverfügungen zielen auf eine sofortige Vertragserfüllung ab (Zöller, ZPO, 31. Auflage, Vor § 935 Abs. 2 und § 940 Abs. 2. 6; BeckOK ZPO/Mayer ZPO § 935 Rn. 5, beck-online). So wurden z.B. bei Ansprüchen auf Unterhaltszahlungen, Heilbehandlungskosten oder Räumungen Leistungsverfügungen angenommen (weitere Beispiele siehe: Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 940, Rn. 6). Allen diesen Beispielen ist gemein, dass die jeweiligen Antragsteller dringend eine bestimmte Leistung von dem jeweiligen Antragsgegner verlangten. Wie oben dargestellt, erfordert die von der Antragstellerin beantragte Verfügung jedoch keine Handlung oder Leistung der Antragsgegnerin. Wenn die einstweilige Verfügung gewährt wird, würde sie die Antragsgegnerin lediglich anweisen, die Handlungen als Registrar unter dem RAA einzustellen. Folglich macht der Senat einen offensichtlichen Fehler, wenn er beim Antrag der Antragstellerin fälschlicherweise davon ausgeht, dass es sich bei der beantragten einstweiligen Verfügung um eine Leistungsverfügung handelt.

Das Beschwerdegericht begründet seine Auffassung auch nicht näher, außer dass es darauf verweist, „*die Antragstellerin zielt mit ihrem Hauptantrag darauf ab, dass die Antragsgegnerin wieder die Daten des technischen und administrativen Kontaktes erhebt*“.

und damit letztlich die aus ihrer Sicht für eine ordnungsgemäße und vollständige Vertragsdurchführung erforderlichen Leistungen erbringt“ (Beschluss vom 1. August 2018, S. 2-3). Dies ist weder das Ziel der Antragstellerin, noch was sie beantragt hat. Die Antragstellerin will verhindern, dass die Antragsgegnerin weiterhin Second-Level-Domain-Namen registriert, ohne Admin-C- oder Tech-C-Daten zu erheben. Dieses Ziel wäre erreicht, wenn die Antragsgegnerin überhaupt keine Domains mehr registrieren würde, also wenn sie nichts tut.

Auch die vom Senat zitierte Rechtsprechung vermag diese Argumentation nicht zu stützen. Tatsächlich betreffen sämtliche vom Senat zitierten Entscheidungen verschiedene Sachverhalte, die mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar sind. In allen Fällen hätten die als Unterlassungsansprüche geltend gemachten Anträge der jeweiligen Antragsteller eine Verpflichtung des Antragsgegners zu einer bestimmten vertraglichen Leistung zur Folge gehabt:

- a) In der ersten vom Senat zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 24.03.2004, VI - U (Kart) 35/03) beantragte die dortige Antragstellerin im Wege einer einstweiligen Verfügung (i) die Sperrung bestimmter SIM-Karten zu unterlassen und (ii) die Reaktivierung bereits gesperrter SIM-Karten. Das Gericht stellte fest, dass beide Anträge auf die Erfüllung der bestehenden vertraglichen Verpflichtungen gerichtet sind, d.h. dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller ihr Mobilfunknetz für die Terminierung von Telekommunikationsverbindungen zur Verfügung stellt. Im genannten Fall war die Antragsgegnerin also vertraglich verpflichtet, Telefonate zu terminieren. Der Verzicht auf die Sperrung von SIM-Karten bedeutete daher, dass die Antragsgegnerin ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllen musste. Im vorliegenden Fall ist die Antragsgegnerin jedoch nach dem RAA oder der Temporären Spezifikation nicht verpflichtet, Second-Level-Domain-Namen anzubieten und/oder zu verkaufen. Mit anderen Worten, die Antragsgegnerin könnte die von der Antragstellerin beantragte Verfügung durch einfaches Nichtstun erfüllen, wohingegen der Antragsgegner in der zitierten Entscheidung dem Antragsteller seine Dienste zur Verfügung stellen musste, um der vertraglichen Verpflichtung in Verbindung mit der Verfügung nachzukommen.
- b) In der zweiten zitierten Entscheidung des OLG München (Urteil vom 14.09.1995, 29 U 3707/95) hat die dortige Antragstellerin beantragt, dass die Antragsgegnerin bei der Durchführung von Aufzugsinspektionen auf ein bestimmtes Prüfverfahren verzichtet. Das Gericht betrachtete die beantragte Unterlassungsverfügung tatsächlich als einen Antrag auf Erlass einer Leistungsverfügung, da sie zu der Verpflichtung der Antragsgegnerin zu einer bestimmten vertraglichen Leistung geführt hätte, d.h. die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, die Prüfungen durchzuführen, ohne jedoch das umstrittene Prüfverfahren anzuwenden. Auch in diesem Fall

konnte die Antragsgegnerin der beantragten Verfügung nicht einfach durch Nichtstun nachkommen, sondern musste ihre vertragliche Verpflichtungen erfüllen. Da es für die Antragsgegnerin keine vertragliche Verpflichtung unter dem RAA oder der Temporären Spezifikation gibt, Second-Level-Domain-Namen anzubieten und/oder zu verkaufen, könnte der Antragsgegnerin die beantragte Verfügung vorliegend jedoch durch einfaches Nichtstun erfüllen.

- c) In der dritten zitierten Entscheidung (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.02.2004, 19 U 240/03) hatte sich die Beklagte an einer Ausschreibung für bestimmte Geräte beteiligt. Gemäß dem Angebot war der Beklagte verpflichtet, diese Geräte an den Ausschreibenden zu liefern. Die Verfügungsklägerin hatte das Gericht aufgefordert, der Beklagten zu untersagen, Komponenten zu verwenden, die nicht von der Verfügungsklägerin geliefert wurden. Um ihren Verpflichtungen aus dem Angebot nachzukommen, hätte die Beklagte daher die Komponenten von der Verfügungsklägerin beziehen müssen, wenn die einstweilige Verfügung angeordnet worden wäre. Die Verfügungsbeklagte konnte die Anordnung also nur erfüllen, indem sie ihre vertraglichen Verpflichtungen mit Produkten der Verfügungsklägerin erfüllte. Auch dieser Fall ist damit mit der vorliegenden Situation nicht vergleichbar. Die Antragsgegnerin kann vorliegend der Verpflichtung aus dem von der Antragstellerin beantragten Unterlassungsgebot nachkommen, indem sie einfach nichts unternimmt.

In all diesen Entscheidungen waren die jeweiligen Antragsgegner vertraglich zu einer bestimmten Leistung verpflichtet. Die von den jeweiligen Antragstellern beantragten Verfügungen hatten dann das Ziel, diese Leistungen in einer bestimmten Art und Weise zu gewährleisten. Wie oben erläutert, ist dies vorliegend nicht der Fall, da das RAA die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, Second-Level-Domain-Namen anzubieten oder zu vertreiben. Ferner verpflichtet die beantragte Verfügung die Antragsgegnerin nicht zur Erhebung von Admin-C- oder Tech-C-Daten: Die Antragsgegnerin könnte auch nichts tun und der Verfügung trotzdem nachkommen, wie bereits in der Sofortigen Beschwerde erläutert wurde:

„Die Antragsgegnerin müsste es lediglich vorläufig unterlassen, weitere Domain Registrierungen derart als zertifizierter Registrar der Antragstellerin zu vertreiben.“ (siehe Sofortige Beschwerde, S. 35)

Die Antragstellerin macht damit einen vertraglichen Unterlassungsanspruch geltend, um fortlaufenden Verstöße durch die Antragsgegnerin gegen bestehende vertragliche Verpflichtungen zu unterbinden. Dieser Unterlassungsanspruch wird vom Bundesgerichtshof (BGH) anerkannt, wenn gegen die vertraglichen Verpflichtungen einer bestehenden Vereinbarung verstoßen wird, und weitere Schäden aus solchen Vertragsverletzungen noch verhindert werden können (BGH NJW 1995, 1284 und BGH NJW 2009, 1504).

Der Senat hat den entsprechenden Vortrag der Antragstellerin bei seiner Entscheidungsfindung übergangen.

2. Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Daten zu einem späteren Zeitpunkt noch erhoben werden können, ist falsch

Der Senat geht weiterhin fälschlicherweise davon aus, dass die Admin-C- und Tech-C-Daten zu einem späteren Zeitpunkt noch erhoben werden können. Dies ist überraschend, da nicht einmal die Antragsgegnerin dies behauptet hatte. Der Senat berücksichtigt insoweit auch nicht die Ausführungen der Antragstellerin, mit denen sie darlegt, dass es nicht realisierbar ist, Admin-C- und Tech-C-Daten zu einem späteren Zeitpunkt zu erheben, da der Registrant bis auf Weiteres darin gehindert ist, ein Admin-C und Tech-C zu benennen (siehe Sofortige Beschwerde, S. 34).

Die beiden folgenden Aussagen des Beschwerdegerichts zur späteren Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten sind zudem nicht richtig:

"Denn es ist nicht ersichtlich und wird auch von der Antragstellerin nicht geltend gemacht, dass diese technische Umstellung [dahingehend, dass die Domaininhaber keine Admin-C und Tech-C Daten mehr zur Verfügung stellen können] unumkehrbar ist."

[...]

[EPAG] könnte diese Daten im Nachhinein noch bei dem jeweiligen Domaininhaber durch einfache Nachfrage erheben." (Beschluss vom 1. August 2018, S. 3)

Wie es sich aus den Ausführungen der Antragstellerin ergibt, führt tatsächlich die Nichterhebung von Tech-C- und Admin-C-Daten zu einem irreversiblen Verlust dieser Daten: Wenn und soweit die Antragsgegnerin bei der Registrierung einer Domain nicht die Möglichkeit bietet, beim Registrierungsprozess einen Admin-C und Tech-C zu benennen, haben die Registranten keine andere Möglichkeit als darauf zu verzichten. Jeder Registrant, sei es die Großmutter, die eine kleine Website betreibt, oder der CEO eines multinationalen Unternehmens, das über eine Vielzahl von Second-Level-Domain-Namen verfügt, hätte keine andere Wahl, als die Kommunikation über seine eigenen Registranten-Kontaktdaten zu verwalten.

Daher würden Admin-C- und Tech-C-Daten in Bezug auf diese Domain-Namen-Registrierungen gar nicht erst existieren. Und selbst wenn eine endgültige Entscheidung eines Gerichts in dieser Angelegenheit getroffen wird, würden die jeweiligen Domain-Namen-Registrierungen keine Admin-C- und Tech-C-Daten enthalten. Jeder Registrant müsste von der Antragstellerin kontaktiert und aufgefordert werden, Admin-C- und Tech-C-Daten (die des Registranten selbst oder eine dritte Person) anzugeben. Und der Registrant

müsste neu entscheiden, wie die Kommunikation in Bezug auf die durch die Antragsgegnerin registrierten Domainnamen zu strukturieren ist. Dabei wäre nicht gewährleistet, dass auch alle Registranten der Aufforderung zur Übermittlung von Daten nachkommen würden. Sofern Registranten eine Domain nur für ein Jahr registriert haben, könnten die Informationen des Registranten für immer verloren gehen.

So würde es auf Jahre keine Admin-C und Tech-C-Daten geben. Und es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass viele Registranten zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt keine Admin-C- und Tech-C-Daten mehr zur Verfügung stellen würden. Selbst die Antragsgegnerin räumt ein, dass mehr als 50% der bestehenden Domain-Namen-Registrierungen Admin-C- und Tech-C-Daten enthalten. So könnten nach Jahren Millionen von Domain-Namen-Registrierungen betroffen sein.

Das Beschwerdegericht hat daher die unmittelbaren tatsächlichen Folgen seiner Entscheidung nicht hinreichend gewürdigt.

3. Das Beschwerdegericht vermutete fälschlicherweise „nur eine abstrakte Gefahr“

Das Beschwerdegericht hat die (zu Unrecht angenommene) Leistungsverfügung aufgrund eines Kriteriums zurückgewiesen, welches so nicht existiert und damit als willkürlich zu erachten ist. Das Gericht hat entschieden:

„Unabhängig davon, dass alleine die abstrakte Gefahr von Verzögerungen bei einer im Missbrauchsfall erforderlichen Kontaktaufnahme nicht den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung rechtfertigen kann, hat die Antragsgegnerin zudem insoweit auch von der Antragstellerin unbestritten vorgetragen, dass bisherige Praxiserfahrungen dies nicht bestätigen würden“
(Beschluss vom 1. August 2018, S. 4)

Erstens geht die Annahme des Beschwerdegerichts fehl, dass abstrakte Gefahren eine einstweilige Verfügung nicht rechtfertigen könnten. Wenn ein Registrant nicht mehr in der Lage ist, einen Admin-C oder Tech-C erkennbar zu benennen, gibt es per Definition keinen Admin-C oder Tech-C, der in einer Situation kontaktiert werden könnte, in der sofortige Maßnahmen erforderlich sind. Zudem erfordert die verfahrensrechtliche Dringlichkeit keine konkrete Gefahr. Insbesondere die rechtlich geschützten Interessen bei missbräuchlichen Praktiken im vorliegenden Fall sind von so hoher Bedeutung, dass auch abstrakte Gefahren eine einstweilige Verfügung rechtfertigen.

Die Antragstellerin hat ferner die Bedeutung von Admin-C und Tech-C ausführlich erläutert, insbesondere für die Information von Betroffenen im Falle einer missbräuchlichen Beeinträchtigung ihrer Website (siehe Antrag auf einstweilige Verfügung, S. 6 ff.), für die mit der Bekämpfung von Cyberkriminalität oder DNS Missbrauch befassten Stellen, die so die Möglichkeit erhalten, schnell an Informationen zu gelangen oder Gegenmaßnahmen zu bewirken (vgl. Sofortige Beschwerde, S. 21) oder um sicherzustellen,

dass der Admin-C sofort auf Aufforderungen zu möglichen Verletzungen des geistigen Eigentums Dritter reagiert, die beispielsweise Markenrechtsinhaber geltend machen (vgl. Sofortige Beschwerde, S. 21, 30).

Dies ist unbestritten. Die knappe Beschreibung der angeblichen „praktischen Erfahrungen“ der Antragsgegnerin während eines kurzen Zeitraums seit dem 25. Mai 2018, auf die sich das Beschwerdegericht stützt, hat in diesem Zusammenhang keine Aussagekraft. Die hierzu vorgelegte eidesstattliche Versicherung behandelt Verfahren nach UDRP-Regeln und Beschwerden über Phishing gegenüber EPAG. Mit anderen Worten, sowohl die eidesstattliche Versicherung als auch der Vortrag der Antragsgegnerin verhält sich nicht zu Situationen, in denen Dritte versuchen, den Registranten und/oder Admin-C und/oder Tech-C zu kontaktieren. Eine solche eidesstattliche Versicherung macht also nicht glaubhaft, dass das Fehlen von Admin-C- und Tech-C-Daten nicht zu konkreten Verzögerungen bei der Behandlung missbräuchlicher Praktiken und damit zu einer potenziellen Verschärfung der Auswirkungen solcher Praktiken führen kann.

B. Die Fehler des Beschwerdegerichts waren entscheidungserheblich

Die dargelegten Verstöße gegen das Recht der Antragstellerin auf rechtliches Gehör waren für den Beschluss des Beschwerdegerichts offensichtlich entscheidungserheblich. Entscheidend waren auch die oben beschriebenen falschen Annahmen des Beschwerdegerichts.

Eine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör ist immer dann entscheidungserheblich, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht eine andere Entscheidung getroffen hätte, wenn das Recht auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden wäre (Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 321a, Rn. 12).

Zum einen war das Fehlen eines Hinweises nach § 139 Abs. 2 ZPO offensichtlich ausschlaggebend für die Entscheidung des Beschwerdegerichts: Hätte das Beschwerdegericht einen solchen Hinweis gegeben und die Antragstellerin zu diesen Gesichtspunkten gehört, hätte das Beschwerdegericht zu Gunsten der Antragstellerin entschieden. Die Antragstellerin hätte insbesondere die Möglichkeit gehabt, im Voraus zu klären, dass ihr Antrag nicht auf eine Leistungsverfügung gerichtet ist.

Zum anderen ist die irrtümliche Annahme eines Antrags auf Erlass einer Leistungsverfügung ebenfalls entscheidungserheblich für die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Eine Unterlassungsverfügung ähnelt einer Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) und ihre Voraussetzungen sind weniger streng (vgl. Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 940, Rn. 1). Insbesondere sind die Anforderungen an das Vorliegen des Verfügungsgrundes bei einer einfachen Unterlassungsverfügung weniger streng als bei der Leistungsverfügung. Wie das Beschwerdegericht feststellt, ist eine Leistungsverfügung nur zulässig, um „wesentliche Nachteile“ oder „irreparable, eine Notlage verursachende Schädigung“ abzuwenden. Im Falle einer Unterlassungsverfügung ist der Verfügungsgrund dagegen bereits gegeben, wenn eine Änderung der bestehenden Situation die

Verwirklichung der Rechte des Antragstellers behindern oder erheblich erschweren könnte (Zöller, ZPO, 31. Auflage, § 935, Rn. 10).

Die fehlerhafte Anwendung der viel strengeren Voraussetzungen der Leistungsverfügung war offensichtlich ausschlaggebend für die Entscheidung des Beschwerdegerichts, da die gesamte Begründung des Beschlusses hierauf beruht.

Bei einer Prüfung der verfahrensrechtlichen und materiellen Voraussetzungen einer Unterlassungsverfügung durch den Senat, ist der Verfügungsantrag jedenfalls begründet:

I. Materieller Unterlassungsanspruch (Verfügungsanspruch)

Zunächst hat die Antragsgegnerin die eindeutige Verpflichtung, Admin-C- und Tech-C-Daten zu erheben. Zumindest im Hinblick auf die Hilfsansprüche (die Möglichkeit, Admin-C- und Tech-C-Daten zu erheben, die keine personenbezogenen Daten sind und/oder mit Zustimmung des Betroffenen erteilt wurden) **wird dies weder vom Landgericht noch vom Senat in Frage gestellt.**

Die Antragsgegnerin verstößt damit offensichtlich gegen diese vertragliche Verpflichtung des RAA. Da dieser Verstoß nicht nach § 242 BGB gerechtfertigt ist, kann die Antragstellerin einen Unterlassungsanspruch geltend machen, um einen weiteren dauerhaften Verstoß gegen solche Verpflichtungen aus dem bestehenden Vertragsverhältnis zu verhindern (BGH NJW 1995, 1284 und BGH NJW 2009, 1504).

Das ist hier der Fall.

II. Dringlichkeit (Verfügungsgrund)

Nach § 935 sind einstweilige Verfügungen möglich, wenn eine Änderung des Status quo die Verwirklichung des Rechts einer Partei behindern oder wesentlich erschweren könnte.

Nach ständiger Rechtsprechung erfüllen Unterlassungsansprüche das Erfordernis der Dringlichkeit bereits, wenn die Antragstellerin ihr Interesse durch die zügige Geltendmachung ihres Unterlassungsanspruchs dargetan hat. Denn mit einer solchen vorläufigen Unterlassungsanordnung ist die Antragstellerin in der Lage, weitere kontinuierliche Verstöße bis zu einer endgültigen Entscheidung nach Jahren zu vermeiden (OLG Köln GRUR-RR 2016, 240; OLG Hamburg WRP 2010, 201).

Aber auch wenn das Gericht von der Antragstellerin verlangt, dass sie glaubhaft erhebliche Konsequenzen darlegt, falls keine Verfügung erlassen wird, hat die Antragstellerin dem Gericht die entsprechenden Tatsachen glaubhaft dargelegt:

- Die Admin-C- und Tech-C-Daten sind wesentlicher Bestandteil des Domain-Systems. Die Tech-C-Position stellt sicher, dass der Registrant einen Ansprechpartner zur Verfügung stellt, der für die Lösung technischer Probleme in Bezug auf den Domainnamen und die entsprechenden Inhalte, die über diese Domainnamenregistrierung bereitgestellt werden, zuständig ist (siehe Antrag auf Einstweilige Verfügung, S. 7). Die Admin-C-Position stellt sicher, dass der Registrant einen Ansprechpartner zur Verfügung stellt, der in der Lage ist, die Zugriffskontrolle zu ändern oder die Domainregistrierung zu übertragen. Die Delegation solcher Aufgaben ermöglicht es dem Registranten auch, die Haftung auszulagern und damit seine eigenen Haftungsrisiken zu begrenzen (siehe Antrag auf Einstweilige Verfügung, S. 8-9). Werden solche angegebenen Daten nicht erhoben, gehen sie verloren (siehe Antrag auf Einstweilige Verfügung, S. 22-23). Der Registrant hätte jahrelang keine Möglichkeit, die Aufgaben an den unmittelbar kontaktierbaren Admin-C und Tech-C zu delegieren. Die vermeintliche Möglichkeit Admin-C und Tech-C Daten später nachträglich einzuholen, nachdem eine endgültige Entscheidung im Hauptsacheverfahren ergangen ist, heilt diesen Verlust nicht. Dies kann zwar die Benennung eines Admin-C und Tech-C für die Zukunft ermöglichen, ändert aber nichts daran, dass die Rolle des Admin-C und Tech-C effektiv abgeschafft wird, bis eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren getroffen wurde.
- Registranten nutzen die Möglichkeit, Admin-C und Tech-C zu benennen, die vom Registranten selbst abweichen. Fast 5 Millionen von 10 Millionen über Tucows Inc., die Muttergesellschaft der Antragsgegnerin, registrierten Domainnamen nennen solche zusätzlichen Admin-C- und/oder Tech-C-Daten. Dies zeigt, dass es in der Praxis notwendig ist, diese Aufgaben an Experten zu delegieren, die für die Kommunikation und die Pflichten im Zusammenhang mit der Registrierung von Domainnamen zuständig sind (Sofortige Beschwerde, S. 7-8 und 28).
- Die Kontakte Admin-C und Tech-C gelten als wichtige Kontaktmöglichkeiten für Dritte. Behörden wie etwa Cyber Crime Abteilungen oder DNS-Missbrauchseinheiten oder Markeninhaber, die eine Verletzung feststellen, können sich direkt an den Admin-C oder Tech-C wenden, der für eine sofortige Reaktion auf ihre Anfrage zuständig ist (Sofortige Beschwerde, S. 21-30).
- Insbesondere in Fällen, in denen der Registrant nicht regelmäßig online ist und somit nicht erreichbar ist, besteht ein starkes Interesse des Registranten, sein Interesse an der Verlängerung der Domainregistrierung zu wahren und im Falle von Ansprüchen Dritter unverzüglich zu reagieren (sofortige Beschwerde S. 30-31).
- Und auch entspricht es allgemeiner Lebenserfahrung, dass es für die Registranten und das Domain-Namen-System im Allgemeinen gefährlicher wird, wenn nicht-kompetente Personen oder nicht verfügbare Personen die Aufgaben eines Admin-C und Tech-C statt Fachleuten oder professionellen Dienstleistern erfüllen müssen.

Diese Rechte und Interessen wären im vorliegenden Fall zumindest für Jahre vereitelt, bis in dieser Sache eine endgültige Entscheidung getroffen wird.

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass andere Unternehmen der Auffassung der Antragsgegnerin folgen, falls keine sofortige Entscheidung über die Frage der Verletzung der DSGVO durch die Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten getroffen wird. Die Antragstellerin hat daher wiederholt die Bedeutung des Falles für die Antragstellerin und das Domain-Namen-System betont.

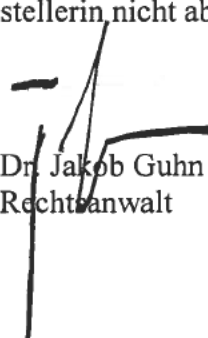
Und auch die Antragsgegnerin räumt ein, dass das Hauptsacheverfahren nicht geeignet wäre, die rechtlichen Fragen bezüglich der DSGVO rasch zu klären und die Vorlage dieser Fragen an den EuGH beantragt (siehe Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. Juli 2018, S. 32-35).

Die Antragsgegnerin kann auch nicht behaupten, dass ein solcher Unterlassungsanspruch ihre Interessen ungerechtfertigt beeinträchtigt. Die Antragsgegnerin hat beschlossen, keine Admin-C und Tech-C zu erheben, obwohl ihre eigenen Rechtsberater ausdrücklich darauf hingewiesen haben, dass die Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten mit Einwilligung rechtlich möglich ist. Und auch nach Erlass einer einstweiligen Verfügung hätte die Antragsgegnerin noch die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie die betreffenden Registrierungen von Second-Level-Domain-Namen vertragsgemäß weiter anbieten bzw. vertreiben möchte oder nicht.

Im Übrigen ist es im Falle einer Unterlassungsverfügung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung dem Schuldner regelmäßig zuzumuten, die Waren nicht weiterzuvertreiben (zuletzt BGH, I ZB 96/176 PharmaR 2018, 135 (138)). Das sollte ebenso für die Registrierung von Domainnamen gelten.

Der Antragsgegnerin ist ferner durch § 945 ZPO geschützt oder kann die Notwendigkeit einer Sicherheitsleistung geltend machen, darf aber die vertraglichen Rechte der Antragstellerin nicht weiter fortlaufend verletzen.

Folglich ist das Dringlichkeitserfordernis erfüllt. Hätte das Beschwerdegericht nicht zu Unrecht strengere Anforderungen an die Dringlichkeit gestellt und angenommen, dass die Admin-C- und Tech-C-Daten zu einem späteren Zeitpunkt erhoben werden können, und hätte es nicht zu Unrecht eine konkrete Gefahr durch den jahrelangen Aufschub der Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten abgelehnt, hätte es die Dringlichkeit des Verfügungsgrunds der Antragstellerin nicht abgelehnt.



Dr. Jakob Guhn
Rechtsanwalt