

**Oberlandesgericht Köln
-Geschäftsstelle-**



-18- Oberlandesgericht Köln, Reichenspergerplatz 1, 50670 Köln

Rechtsanwälte
Jones Day
Breite Str. 69
40213 Düsseldorf

31.08.2018

Seite 1 von 1

Aktenzeichen

19 W 32/18

bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter

Durchwahl

Ihr Zeichen: 172210-690003 JG

Sehr geehrte Damen und Herren,

in Sachen

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers gegen EPAG
Domainservices GmbH

wird Ihnen anliegende Abschrift zur Kenntnisnahme übersandt.

Mit freundlichen Grüßen

Justizbeschäftigte.

- automatisch erstellt, ohne Unterschrift gültig -





RICKERT.NET

fieldfisher

Rickert Rechtsanwaltsgesellschaft mbH · Kaltenplatz 7-9 · 53113 Bonn

Oberlandesgericht Köln
Reichensperger Platz 1
50670 Köln

Oberlandesgericht
Köln
Eingang am:
30. AUG 2018

.....Anl.....Heft.....Bd.

Rickert Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Rechtsanwalt
Thomas Rickert

Geschäftsführer
Thomas Rickert

HRB 9269
AG Bonn

vorgab per Telefax an: [redacted] (9 Seiten)

Ihr Zeichen:
Unser Zeichen: 310/18/TR

Sachbearbeiter: RA Thomas Rickert
E-Mail: [redacted]

Bonn, den 30.08.2018

In Sachen

ICANN / EPAG Domainservices GmbH

Az. 19 W 32/18

nehmen wir zu der Anhörungsrüge der Antragstellerin vom 17. August 2018 Stellung. Wir beantragen,

die Anhörungsrüge zurückzuweisen.

Die Anhörungsrüge ist unbegründet. Das Recht auf rechtliches Gehör der Antragstellerin wurde durch den angegriffenen Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 1. August 2018 nicht verletzt. Insbesondere war der Senat nicht zu einem gerichtlichen Hinweis verpflichtet. Im Übrigen verkennt die Antragstellerin die Funktion der Anhörungsrüge, denn sie versucht, eine erneute sachrechtliche Prüfung zu erzwingen.



fieldfisher

Im Einzelnen:

1. Keine Verletzung der Hinweispflicht

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts erging in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise. Eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gem. § 139 Abs. 2 ZPO liegt nicht vor. Der Nichtabhilfebeschluss war nicht auf einen Gesichtspunkt gestützt, mit dem die Antragstellerin nicht rechnen konnte. Das Gegenteil ist der Fall: Die Antragstellerin konnte angesichts des wiederholten und ausführlichen Vorbringens der Antragsgegnerin nicht davon überrascht sein, dass der Antrag als Antrag auf Leistung ausgelegt wird, und dass dies erhöhte Anforderungen in Bezug auf die Darlegung der Dringlichkeit zur Folge hat. Die Antragstellerin hat diesen Vortrag auch nicht übersehen, denn sie hat in ihrer Sofortigen Beschwerde darauf reagiert. Es kann damit keine Rede davon sein, dass der Beschluss des Gerichts auf einem rechtlichen Gesichtspunkt beruht, den die Antragstellerin übersehen hatte oder unverschuldet für unerheblich gehalten hat.

1.1 Entbehrlichkeit eines Hinweises

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts obliegt es in erster Linie den Verfahrensbeteiligten, alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht zu ziehen und den eigenen Vortrag darauf einzustellen:

"Auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, muss jedoch ein Verfahrensbeteiligter grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen" (vgl. BVerfGE 86, 133 [144f.]; BVerfGE 98, 218 [263] = NJW 1998, 2515)."

Dies gilt umso mehr, wenn schon der Parteivortrag Anlass bietet, sich mit einer aufgeworfenen Rechtsfrage auseinanderzusetzen. Deshalb ist ein richterlicher Hinweis nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

"entbehrlich, wenn die Partei von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung erhalten hat" (BGH, Beschluss vom 20. 12. 2007 - IX ZR 207/05 = NJW-RR 2008, 581, Rz. 2 f.).



fieldfisher

Gebau dies ist vorliegend der Fall: Vorliegend hat die Antragstellerin zur rechtlichen Einordnung des Antrags sowie zu den daran anknüpfenden rechtlichen Voraussetzungen eingehend vorgetragen:

"Bei der von der Antragstellerin verlangten Verbot, Domains anzubieten, ohne die streitgegenständlichen Daten zu erheben, handelt es sich um eine Leistungsverfügung: Die Antragstellerin fordert die Einhaltung des RAA, mithin die Erhebung der streitgegenständlichen Daten. 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 (siehe hierzu nachstehend) aber ebenso selbstverständlich zugunsten der Antragsgegnerin ausfallen.

Denn eine Leistungsverfügung darf nur unter engen, hier nicht vorliegenden Voraussetzungen ergehen: Erstens muss der Antragsteller die sofortige Erfüllung des Anspruchs dringend benötigen; zweitens ist erforderlich, dass die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens nicht sinnvoll möglich ist, weil die Leistung, soll sie nicht ihren Sinn verlieren, dringend erbracht werden muss, und drittens müssen die dem Gläubiger ohne Erlass des Titels drohenden Nachteile nicht nur schwer wiegen, sondern außer Verhältnis zu den dem Schuldner drohenden Schäden stehen. Entsprechend diesen Grundsätzen ist es jedenfalls erforderlich, dass bei Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Schuldners die Interessen des Gläubigers deutlich überwiegen, weil die Anspruchsdurchsetzung für diesen wegen der Gefahr weiterer Beeinträchtigungen seines Anspruchs besonders dringlich und andererseits das Risiko des Schuldners, im Verfügungsverfahren zu Unrecht verpflichtet zu werden, verhältnismäßig gering ist (BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2017, Az. I ZB 98/16, WM 2018, 332). [...]" (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10. Juli 2018, S. 30 ff.)

Hieran ändert auch der unvollständige Verweis der Antragstellerin auf die Entscheidung des BGH vom 25. Mai 1993 nichts. Denn in den Gründen macht das Gericht deutlich, dass die

**fieldfisher**

Hinweispflicht nur dann greift, wenn nicht bereits der Parteivortrag hinreichenden Anlass zur Befassung mit der Rechtsfrage gibt:

"Das BerGer. hat seine Auffassung, ein Schaden sei nicht schlüssig dargetan, im Übrigen auf Argumente gestützt, die keine der Parteien vorgetragen hat." (BGH, Urteil vom 25. Mai 1993, Az. XI ZR 141/92, NJW-RR 1994, 566, 567).

Völlig neben der Sache liegt die mutwillige Fehlinterpretation der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe "eingestanden", dass es vorliegend um eine Unterlassungsverfügung geht (Gehörsrüge, S. 5). Das Gegenteil ist der Fall: Die Antragsgegnerin hat darauf hingewiesen, dass das Argument der ICANN, die Antragsgegnerin könne dann ja den Verkauf von Domains einstellen, unbehelflich für die Frage der Qualifikation als Leistungsverfügung ist (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10. Juli 2018, S. 30f.). Im Übrigen unterliegt auch eine Unterlassungsverfügung ungeachtet ihrer Gestalt den erhöhten Anforderungen an den Verfügungsgrund, wenn sie auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft und sich nicht lediglich in einer Sicherung erschöpft (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. Februar 2004, BeckRS 2004, 02787; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. Januar 2008, Az. VI U (Kart) 23/07, BeckRS 2008, 11167). Dies ist hier der Fall.

Im Übrigen war der Antragstellerin auch von vornherein bewusst, dass die vollständige Einstellung der Registrierung von Domains keine tatsächliche Option für die Antragsgegnerin ist. So bietet die Antragsgegnerin gerade auch die Möglichkeit für Reseller, Domains über sie zu registrieren und Registrierungen aufrecht zu erhalten. Insoweit muss die Antragsgegnerin Domains von der Antragstellerin beziehen können, weil sie dazu Dritten gegenüber verpflichtet ist. Darüber hinaus ist auch die Erlangung der Akkreditierung als Registrar an erhebliche finanzielle Aufwendungen geknüpft, so dass eine Einstellung des Domainbetriebs zu Schäden bei der Antragsgegnerin führen würde.

1.2 Kenntnis der Antragstellerin

Die Antragstellerin hat die Ausführungen der Antragsgegnerin auch zur Kenntnis genommen. Denn sie schreibt in Ihrer Anhörungsrüge:

"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-

**fieldfisher**

Level-Domains-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)." (Anhörungsrüge, S. 5).

Der Umstand, dass die Antragstellerin offenbar und unzutreffend der Auffassung war, mit dieser Einlassung die Einwendungen der Antragsgegnerin aus der Welt geräumt zu haben, begründet keine Verletzung rechtlichen Gehörs.

Es ist Sache der – von einem erfahrenen Prozessanwalt einer US-Großkanzlei vertretenen – Antragstellerin; sich mit den rechtlichen Gesichtspunkten, die im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Unterlassungs- und Leistungsverfügung eine Rolle spielen, auseinanderzusetzen. Dass diese Auseinandersetzung nur unzureichend erfolgte, ist für die Frage des rechtlichen Gehörs nicht relevant. "Überraschend" war der aufgeworfene rechtliche Aspekt jedenfalls nicht – überraschend war für die Antragstellerin allenfalls, dass das Gericht nicht der Rechtsauffassung der Antragstellerin folgt.

2. Fehlende Berücksichtigung wesentlicher Tatsachen und rechtlicher Gesichtspunkte

Aus dem Beschluss des Senats ergibt sich auch keine Verletzung der Verfahrensrechte der Antragstellerin unter dem Aspekt einer mangelnden Berücksichtigung wesentlicher Tatsachen und rechtlicher Gesichtspunkte. Die Antragstellerin versucht aus der Tatsache, dass der Senat bei der Einordnung ihres Antrags als Leistungsverfügung eine andere Rechtsauffassung als sie vertritt, eine Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehör zu konstruieren. Dieser Versuch ist verfehlt. Es entspricht nicht der Funktion der Anhörungsrüge, die inhaltliche Richtigkeit gerichtlicher Entscheidungen erneut zu prüfen (vgl. BVerfG, GRUR-RR 2009, S. 441, 442; BGH, GRUR 2009, S. 90; BAG, NJW 2012, S. 1164). Der Senat war im Übrigen auch nicht dazu verpflichtet in der Begründung seines Beschlusses zu jeglichem Vortrag der Antragstellerin Stellung zu nehmen (§ 313 ZPO: "kurze Zusammenfassung der Erwägungen").

2.1 Zutreffende Auslegung des Antrags durch den Senat



fieldfisher

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat der Senat den Antrag der Antragstellerin nicht missverstanden, sondern ausgelegt. Das Oberlandesgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung nicht der Wortlaut, sondern der Inhalt entscheidend ist. Es ist ebenso zutreffend davon ausgegangen, dass eigentlicher Begehrt der Antragstellerin die aus Ihrer Sicht ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags und die Erbringung der vertragsgemäßen Leistungen ist. Dies verdeutlicht nicht nur die Antragsfassung, deren Schwerpunkt die Erhebung der Daten ist ("*[...] ohne die folgenden Daten des Registrierenden, der einen Second Level Domainnamen über die Antragsgegnerin registrieren will, zu erheben [...]*"), sondern letztendlich auch der gesamte Vortrag der Antragstellerin, dessen Schwerpunkt auf der Behauptung liegt, dass die Nichterhebung der Daten zu vermeintlich irreparablen (aber dennoch nicht weiter plausibilisierten) Schäden führt.

Eine andere Auslegung des Antrags der Antragstellerin widerspricht dem ausdrücklichen Ziel, das die Antragstellerin mit dem Verfahren verfolgte. Sie erklärt in ihrer Verlautbarung vom 30.06.2018, abrufbar unter <https://www.icann.org/news/announcement-4-2018-06-30-en> folgendes:

"In particular, ICANN requested a clarification from the Court about whether EPAG should be obligated to continue to collect administrative and technical contact information for new domain name registrations, as it is required to do under its Registrar Accreditation Agreement with ICANN."

Es ging damit der Antragstellerin genau darum, die Antragsgegnerin durch das Gericht zur weiteren Datenerhebung verpflichtet zu lassen, nicht um die Unterlassung weiterer Registrierungen. Die Einstellung des Geschäftsbetriebes hätte ICANN mit vertraglichen Sanktionen bis hin zur Vertragskündigung erreichen können. Das war indes nicht gewünscht, sondern die Klärung der Frage, ob die Daten für Admin-C und Tech-C weiter erhoben werden müssen. Entsprechend enttäuscht wurde der General Counsel und Secretary der Antragstellerin, John Jeffrey, in gleicher Veröffentlichung zitiert:

"While ICANN appreciates the prompt attention the Court paid to this matter, the Court's ruling today did not provide the clarity that ICANN was seeking when it initiated the injunction proceedings."



fieldfisher

Die vom Senat vorgenommene Auslegung der Anträge ist im Übrigen einer Überprüfung im Rahmen einer Anhörungsrüge entzogen, da dies eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung darstellen würde. Es ist weder ein Grund ersichtlich, dass das Gericht die Grenzen des Auslegungsspielraums in unvertretbarer Weise überschritten hätte, noch dass das Gericht den Vortrag der Antragstellerin nicht berücksichtigt hätte.

Die inhaltliche Auseinandersetzung der Antragstellerin mit den vom Senat in seinem Beschluss zitierten Urteilen (Anhörungsrüge S. 7) führt nicht weiter. Die Urteile wurden vom Senat angeführt, um die Voraussetzungen für den Erlass einer Leistungsverfügung darzulegen. Für die Einstufung des Antrags als Antrag auf eine Leistungsverfügung spielen die zitierten Urteile keine Rolle. Ein Zusammenhang mit der Qualifikation als Leistungsantrag besteht nicht.

Im Übrigen leitet die Antragstellerin die Auseinandersetzung mit den zitierten Urteilen auch gerade damit ein, dass „die als Unterlassungsansprüche geltend gemachten Anträge der jeweiligen Antragsteller eine Verpflichtung des Antragsgegners zu einer bestimmten vertraglichen Leistung zur Folge“ hatten. Nichts anderes begehrt die Antragstellerin aber mit ihrem Hauptantrag: Sie will die Antragsgegnerin dazu verpflichten, die im RAA vorgesehene Datenerhebung durchzuführen. Bezüglich der datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit dieser Verpflichtung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf unsere bisherigen Ausführungen Bezug genommen.

2.2 Keine unzutreffenden Sachverhaltsannahmen

Es erschließt sich der Antragsgegnerin auch nicht, aus welchem Grund die angegriffenen Aussagen des Senats unzutreffend sein sollen (Anhörungsrüge, S. 9). Der Senat hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die technische Umstellung des Registrierungsverfahrens bei der Antragsgegnerin rückgängig gemacht werden kann. Der Senat geht ebenso zutreffend davon aus, dass die Daten im Falle eines Obsiegens der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren nachträglich erhoben werden können. Dass hierfür die Registranten der entsprechenden Domains angeschrieben werden müssen, ist zwar zutreffend, macht die nachträgliche Erhebung aber nicht unmöglich. „Dauerhaft verloren“ (Anhörungsrüge S. 9 f.) gehen die Daten keinesfalls, und die Antragstellerin setzt sich mit dieser Aussage in Widerspruch zu ihrem eigenen Vortrag: Denn sie hat fortwährend behauptet, dass gerade bei größeren Unternehmen ein zwingendes Bedürfnis für die



fieldfisher

Benennung von Admin-C und Tech-C bestünde. Unterstellt man diesen Vortrag hilfsweise als zutreffend, ist kein Grund ersichtlich, dass die Domaininhaber die nach dem Abschluss eines Hauptsacheverfahrens (wieder) zur Verfügung stehende Möglichkeit nicht mehr nutzen werden. Umgekehrt gilt: Sollten die Domaininhaber auf die Benennung auch dann verzichten, wenn die Möglichkeit dazu besteht, kann der Bedarf nicht so groß gewesen sein, wie von der Antragstellerin behauptet.

Offen bleibt, was der diesbezügliche Vortrag der Antragstellerin mit einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör zu tun haben soll. Die Antragstellerin hat keinen Anspruch darauf, dass der Senat sich zu jedem von der Antragstellerin vorgetragenen Punkt verhält.

Soweit die Antragstellerin auch die Feststellung des Senats rügt, dass alleine eine abstrakte Gefahr von Verzögerungen bei einer im Missbrauchsfall erforderlichen Kontaktaufnahme nicht den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung rechtfertigen kann (Anhörungsrüge, S. 10), begründet dies ebenfalls keinen Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör. Die Aussage des Senats stellt eine materiell-rechtliche Würdigung dar, und ein Zusammenhang mit § 321a ZPO ist nicht ersichtlich. Die Gehörungsrüge dient nicht der sachrechtlichen Überprüfung der Ausgangsentscheidung.

Im Übrigen interpretiert die Antragstellerin den Senat falsch: Der Senat behauptet überhaupt nicht, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung grundsätzlich erfordert, dass das rechtliche Kriterium der "konkreten Gefahr" erfüllt sein muss. Der Senat stellt lediglich fest, dass im konkreten Fall die abstrakte Gefahr möglicher Verzögerungen den Erlass der Verfügung nicht rechtfertigen kann. Es ist der Antragstellerin schlichtweg nicht gelungen (und auch nicht möglich), konkrete negative Auswirkungen darzulegen.

3. Fehlende Entscheidungserheblichkeit

Der fehlende Verfügungsgrund war zudem nicht entscheidungserheblich. Denn das Oberlandesgericht hatte in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Ansprüche auch in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht begründet sind:

**fieldfisher**

"Unabhängig davon, dass bereits angesichts der überzeugenden Ausführungen des Landgerichts in seinen Beschlüssen vom 29.05.2018 und 16.07.2018 das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs zumindest in Bezug auf den Hauptantrag zweifelhaft sein dürfte, scheltet der Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls daran, dass die Antragstellerin einen Verfügungsgrund für die von ihr begehrte Eilentscheidung nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht hat." (Oberlandesgericht, Beschluss vom 1. August 2018, S. 2)

Selbst wenn man eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Antragstellerin annehmen würde, wäre die Anhörungsrüge zurückzuweisen, da der Senat den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. Der Senat betont in seinem Beschluss die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts in seinen Beschlüssen vom 29. Mai 2018 und 16. Juli 2018 zum Nichtvorliegen eines Verfügungsanspruchs, lässt den Erlass der einstweiligen Verfügung sodann jedoch daran scheitern, dass auch bereits kein Verfügungsgrund besteht (Beschluss des OLG Köln vom 1. August 2018, S. 2).

Zum Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen verweisen wir im Übrigen auf unseren bisherigen Vortrag.

Wir bitten um Entscheidung wie beantragt.

Thomas Rickert
Rechtsanwalt
Rickert.Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

pro abs.

Rechtsanwalt
Rickert Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Rechtsanwalt
Fieldfisher (Germany) LLP