

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

27. Juli 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

EILT! Bitte sofort vorlegen!

In dem sofortigen Beschwerdeverfahren

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

nehmen wir Bezug auf den Beschluss des Landgericht Bonn vom 16. Juli 2018 (nachfolgend „**Nichtabhilfebeschluss**“) und nehmen wie folgt Stellung:

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass der Nichtabhilfebeschluss des Landgerichts nicht gerechtfertigt ist. Der Nichtabhilfebeschluss verkennt den relevanten Sachverhalt und beurteilt die rechtlichen Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) nicht richtig. Die Antragstellerin sieht sich daher veranlasst, die nachfolgenden Aspekte zu den Tatsachen und zur rechtliche Würdigung klarzustellen.

A. Die rechtliche Würdigung des Nichtabhilfebeschlusses basiert nicht auf den relevanten Tatsachen

Die rechtliche Würdigung des Nichtabhilfebeschlusses basiert nicht auf den relevanten Tatsachen. Das Landgericht spricht im Nichtabhilfebeschluss von einer vermeintlich streitigen Tatsache und von Umständen, die angeblich im Registrierungsprozess und in der bisherigen Erfassungspraxis nicht möglich seien. Die Antragstellerin sieht sich diesbezüglich dazu veranlasst, auf die folgenden Tatsachen hinzuweisen:

- I. Das Landgericht meint im Nichtabhilfebeschluss, dass zwischen den Parteien streitig sei, ob derzeit eine freiwillige Angabe von Kontaktdaten des Admin-C und Tech-C durch den Registranten im Registrierungsprozess der Antragsgegnerin überhaupt noch möglich sei:

Der Umstand, dass - was zwischen den Parteien streitig ist - die Möglichkeit der Hinterlegung von Kontaktdaten auch für den sog. Admin-C und Tech-C von der Beklagten technisch gar nicht mehr zur Verfügung gestellt werde, selbst eine freiwillige Angabe des Registranten insoweit also bereits aktuell nicht mehr erfolgen könne, führt nicht zu einer Änderung der Rechtsauffassung der Kammer gemäß dem angefochtenen Beschluss vom 29.05.2018. (Nichtabhilfebeschluss, Seite 2)

Dies ist nicht streitig. Die Antragsgegnerin ist noch in der Lage, die Daten zu erheben, sie ist jedoch dabei, ihr System umzustellen. Jedoch fordert die Antragsgegnerin nicht mehr, dass Admin-C und Tech-C Daten zur Verfügung gestellt werden:

Die Antragsgegnerin hat die DSGVO zum Anlass genommen, ihre gesamten Datenverarbeitungsprozesse zu überprüfen. Die Antragsgegnerin ist im Zuge dieser Überprüfung zu dem Schluss gekommen, dass eine grundlegende Restrukturierung dieser Prozesse erforderlich ist und sie ist derzeit dabei, dies umzusetzen. Die Änderungen betreffen unter anderem auch die Erhebungspraxis der Antragsgegnerin in Bezug auf die hier streitgegenständlichen Daten zu Admin-C und Tech-C, und die Antragsgegnerin hat angekündigt, diese nach erfolgter Umstellung der technischen Systeme nicht mehr zu erheben.

[...]

Der Klarstellung halber weisen wir darauf hin, dass Domaininhaber derzeit noch technisch in der Lage sind, die streitgegenständlichen Daten an die Antragsgegnerin zu übermitteln (dies ist ihn n aber freigestellt, und sie können auch Platzhalter angeben). Eine Ablehnung der Annahme der Daten ist derzeit aus technischen Gründen noch nicht möglich. Soweit diese Daten der Antragsgegnerin noch übermittelt werden, verwendet sie diese allerdings nicht mehr, und Mitarbeiter der Antragsgegnerin erhalten auch intern keinen Zugriff auf diese Daten. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, die Datenerhebung

vollständig einzustellen, sobald die hierfür erforderliche technische Umstellung der Schnittstellen und IT-Systeme abgeschlossen ist." (Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10 Juli 2018, S. 3)

Selbstverständlich kann die Antragsgegnerin diese Daten für den Tech-C und Admin-C weiter erheben. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin dies durch eine Umstellung ihres Registrierungsprozesses ändern möchte, ist ein erneuter Beleg für die Dringlichkeit in dieser Sache. Um zu verhindern, dass Domainnamen ohne Erhebung dieser Daten registriert werden und damit dem Registranten die Möglichkeit genommen wird, einen Dritten als Admin-C und Tech-C zu benennen, strebt die Antragstellerin an, dass die Antragsgegnerin das Angebot und die Registrierung von Domainnamen unterlässt, ohne die Admin-C- und Tech-C-Daten zu erheben.

- II. Ferner führt das Landgericht im Nichtabhilfebeschluss zur Begründung der Nichtabhilfe aus, dass eine „Einwilligungskontrolle“ nicht stattfinden könne:

„[...] Denn eine Einwilligungskontrolle im Hinblick auf die unter den Kategorien Tech-C und Admin-C angegebenen – vom Registranten personenverschiedenen – Dritten und deren tatsächliche Autorisierung der Erfassung ihrer Daten fand nicht statt und konnte technisch im Rahmen des beschriebenen Registrierungsprozesses auch gar nicht stattfinden.“ (Nichtabhilfebeschluss, Seite 2, I., 2. Absatz)

Hier missversteht das Gericht, welche Partei die Verantwortung hat, die Zustimmung - falls erforderlich - einzuholen, wenn es einen als Admin-C oder Tech-C designierten Dritten gibt. Tatsächlich ist die Antragsgegnerin als Registrar für die inhaltliche und technische Ausgestaltung ihres eignen Registrierungsprozesses für Domainnamen verantwortlich ist. Es ist folglich an ihr, die Daten zur Registrierung zu sammeln und hierzu erforderliche Einwilligungserklärungen einzuholen. Wenn der bisherige Registrierungsprozess der Antragsgegnerin, so wie er ausgestaltet ist, eine rechtskonforme Erfassung der Daten nicht gewährleistet hat, muss sie diesen Registrierungsprozess anpassen. Hierzu verweisen wir nochmals auf die Stellungnahme der Prozessbevollmächtigten der Antragsgegnerin in Anlage AS 9 (dort Seite 13) wonach eine Einholung der rechtskonformen Einwilligung des Admin-C und des Tech-C möglich ist. Nichts in der Temporären Spezifikation und dem RAA verbietet oder hindert die Antragsgegnerin daran, ihren Registrierungsprozess an die DSGVO anzupassen. Im Gegenteil, Ziffer 1 des Anhangs C der Temporären Spezifikation (Anlage AS 7) legt fest:

“Each Controller will observe the following principles to govern its Processing of Personal Data contained in Registration Data, except as required by applicable laws or regulations. Personal Data SHALL:

1.1. ***only be Processed lawfully**, fairly, and in a transparent manner in relation to the Registered Name Holders and other data subjects ("lawfulness, fairness, and transparency");*" (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Auf Deutsch:

„Jeder Controller wird die folgenden Grundsätze beachten, um die Verarbeitung personenbezogener Daten, die in den Registrierungsdaten enthalten sind, zu regeln, es sei denn, dies ist durch geltende Gesetze oder Vorschriften vorgeschrieben. Persönliche Daten SOLLEN:

1.1. ***nur rechtmäßig**, fair und in transparenter Weise in Bezug auf die Inhaber eingetragener Namen und andere betroffene Personen verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Fairness und Transparenz“);*" (Hervorhebung durch Unterzeichner)

Erstens muss das Gericht zwischen den Anforderungen an die Einwilligung und der Frage der Einwilligungskontrolle unterscheiden. Zweitens, sowohl die Einwilligung als auch die Einwilligungskontrolle kann von der Antragsgegnerin im Rahmen des Registrierungsprozesses eingeholt bzw. gewährleistet werden. Das Landgericht hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin ihr Registrierungsverfahren und ihre Vertragsbedingungen gegenüber einem Registranten frei gestalten kann, soweit die Antragsgegnerin nicht gegen ihre Verpflichtungen gegenüber der Antragstellerin aus dem RAA und der Temporären Spezifikation verstößt. Beispielfhaft kann die Antragsgegnerin vom Registrant verlangen, eine solche Erklärung – unterschrieben vom Admin-C und Tech-C – der Antragsgegnerin vorzulegen. Oder sie kann sich vom Registranten die erfolgte Einholung einer Einwilligungserklärungen von Admin-C und Tech-C zusichern lassen. Dies ist zwischen den Parteien auch unstrittig. In beiden Fälle wäre eine Einwilligungskontrolle gewährleistet.

- III. Das Landgericht meint ferner fälschlich, dass die Angabe der Daten eines personenverschiedenen Admin-C und/oder eines Tech-C ja optional sei. Dies mache bereits deutlich, dass die Erfassung dieser „optionalen“ Daten nicht notwendig sein könne.

Die Erfassung der Daten ist **notwendig**, sobald die Option vom Registranten gewählt wurde, die Aufgaben des Admin-C und Tech-C zu delegieren. Dies ergibt sich auch aus den weiteren Ausführungen des Landgerichts. Denn es erkennt, dass Admin-C und Tech-C ja sonst gar nicht kontaktiert werden könnten, wenn ihre Daten nicht erfasst würden. Es führt hierzu aus:

„Dass diese Hilfspersonen ihrerseits mangels Erfassung ihrer Kontaktdaten nicht unmittelbar von der Antragsgegnerin als Registrar kontaktiert werden können, berührt die Rechtsstellung des Registranten in keiner Weise. Sein Mehraufwand organisatorischer Art schränkt sich im Bedarfsfall auf die

bloße Weiterleitung an ihn gerichteter Mitteilungen der Antragsgegnerin an die von ihm für den technischen und administrativen Bereich eingesetzten Hilfspersonen.“ (Nichtabhilfebeschluss, S. 3)

Dieser Mehraufwand durch die erforderlichen Weiterleitungen fällt nicht nur bei Anfragen des Registrars an, sondern bei Anfragen jedweder Dritter in Bezug auf den registrierten Domainnamen. Dies würde den Zweck der Delegation der Aufgaben zunichtemachen, da der Registrant die eingehende Korrespondenz weiterhin überwachen und hiernach an die zuständigen Personen weiterleiten müsste. Zudem müsste der Registrant auch die Folgekommunikation immer weiterführen. Und er würde in rechtlicher Hinsicht alleinig für etwaig verspätete Reaktionen haften. Ferner würde diese Konstellation die Arbeit Dritter erschweren, die für die Sicherheit des Systems verantwortlich sind und als solche auf schnelle kompetente Reaktionen angewiesen sind.

Das Landgericht will aber offenbar diesen „Mehraufwand“ nicht bei der Prüfung der Notwendigkeit berücksichtigen. Es verkennt damit, dass die Vermeidung dieses „Mehraufwandes“ durchaus ein legitimes Interesse ist.

Die Parallelen zum Bevollmächtigten im Markenregister ist evident. Der Gesetzgeber hat in den relevanten Vorschriften zum Ausdruck gebracht, dass der Markeninhaber ein legitimes Interesse hat, sich vertreten zu lassen. Es wäre widersprüchlich, es für einen Markeninhaber als legitim zu erachten, bestimmte Verantwortlichkeiten zu delegieren, sich aber gleichzeitig auf den Standpunkt zu stellen, dass dies bei einem Registrant eines Domainnamens nicht der Fall sei. Das berechnete Interesse gewisse Aufgaben zu delegieren wird in den Fällen evident, in denen sich der Registrant nicht mit Domainnamen und mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten auskennt.

- IV. In Bezug auf die Hilfsanträge meint das Landgericht, dass diese Ansprüche dem Grund nach bestehen. Die Anträge seien aber nicht vollstreckungsfähig und damit nicht zulässig.

Das Landgericht hat unzutreffend ausgeführt, dass der Hilfsantrag *„zu unbestimmt [ist], um ihm entnehmen zu können, in welcher Weise eine Einwilligung künftig im Registrierungsprozess sichergestellt bzw. erfasst werden soll, welches konkrete Handeln der Antragstellerin [sic!] mithin begehrt wird“* (Nichtabhilfebeschluss, S. 4). Wie oben dargelegt, ist die Antragsgegnerin für ihren Registrierungsprozess verantwortlich. Wenn der bisherige Registrierungsprozess der Antragsgegnerin keinen rechtskonformen Weg vorgesehen hat, die Einwilligung des personenverschiedenen Admin-C und Tech-C einzuholen, muss sie diesen entsprechend anpassen. Auch muss die Antragsgegnerin einen rechtskonformen Weg in Bezug auf die notwendige Prüfung wählen, ob überhaupt persönliche Daten vorliegen. Das Argument des Landgerichts, dass die Prüfung, ob es sich um personenbezogene Daten handelt, nicht erfolgen kann, da die Daten ja bereits erhoben seien, ist nicht richtig. Jeder Vorgang der Datenerfassung ermöglicht die Prüfung durch

den Verantwortlichen. Die Antragsgegnerin muss den Antrag prüfen und ggf. zurückweisen können, sofern persönliche Daten vorliegen, aber gleichzeitig keine Rechtfertigung für die Verarbeitung (z.B. die Einwilligung der betroffenen Person) gegeben ist.

Die Antragstellerin hält ihren Antrag im Übrigen für hinreichend konkret, weil sie die Rechtsbegriffe der „Einwilligung“ und der „personenbezogenen Daten“ aus der DSGVO verwendet und diese für hinreichend bestimmt hält. In diesem Zusammenhang hatte die Antragstellerin aber bereits die konkrete Fassung des Beschlusses in das Ermessen des Gerichts gestellt, § 938 ZPO. Sofern der Senat hier eine Ergänzung des Hilfsantrags dergestalt für erforderlich erachtet, dass die konkrete Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben beschrieben werden soll, bitten wir höflichst um einen entsprechenden gerichtlichen Hinweis.

B. Der Hauptantrag der Antragstellerin ist begründet

Die Begründung des Nichtabhilfebeschlusses ist rechtsfehlerhaft. Der Verfügungsantrag zu 1.) wurde zu Unrecht zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin kann ihre vertragliche Verpflichtung, Admin-C und Tech-C Daten zu erheben, nicht auf Grund vermeintlicher Verstöße gegen die DSGVO verweigern.

Die Antragsgegnerin ist gemäß Ziffern 3.3.1.7 und 3.3.1.8 RAA vertraglich verpflichtet, Admin-C und Tech-C Daten zu erheben. Das Landgericht zweifelt auch nicht an der Wirksamkeit der vertraglichen Verpflichtung der Antragsgegnerin. Das Landgericht scheint jedoch seine Ansicht aufrechtzuerhalten, dass die Antragsgegnerin – gestützt auf § 242 BGB – die Erfüllung ihrer Vertragspflichten verweigern kann, da diese angeblich nicht in Einklang mit der DSGVO erfüllt werden können. Allerdings hat die Antragsgegnerin nicht dargelegt, dass die Erhebung der Admin-C und Tech-C Daten gegen die DSGVO verstößt. Die Argumentation des Landgerichts ist ebenfalls nicht überzeugend:

I. Der Hauptantrag kann nicht auf Grundlage von Art. 5 DSGVO zurückgewiesen werden

Das Landgericht hatte im ursprünglichen Beschluss vom 29. Mai 2018 Bedenken bezüglich des Bestehens des legitimen Zwecks zur Erhebung der Admin-C und Tech-C Daten geäußert.

Dementsprechend hat die Antragstellerin hiernach nochmals den „legitimen Zweck“ der Datenverarbeitung gem. Art. 5 (1) (b) DSGVO ausführlich dargelegt (siehe Beschwerde vom 13. Juni 2018, S. 11 und S. 22-23, Schriftsatz vom 17. Juli 2018, S. 5-6). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird vollumfänglich auf diese Schriftsätze Bezug genommen.

Und auch der Europäische Datenschutzausschuss („EDSA“) hat in seinem Schreiben vom 5. Juli 2018 implizit bestätigt, dass es ein legitimer Zweck ist, dem Registranten die Möglichkeit zu geben, Admin-C und Tech-C Aufgaben an eine dritte Person zu delegieren:

„Der EDSA ist der Auffassung, dass die Registranten grundsätzlich nicht verpflichtet sein sollten, personenbezogene Daten zur direkten Identifizierung einzelner Mitarbeiter (oder Dritter), die im Namen des Registranten die administrativen oder technischen Aufgaben wahrnehmen, anzugeben. Stattdessen sollte den Registranten die Möglichkeit gegeben werden, Kontaktdaten für andere Personen als sie selbst anzugeben, wenn sie diese Funktionen delegieren und die direkte Kommunikation mit den betroffenen Personen erleichtern wollen.“ (Hervorhebung hinzugefügt) (Anlage 13, S. 4)

Es ist während des gesamten Verfahrens unstrittig, dass die Benennung einer dritten Person als Admin-C und Tech-C eine Option ist (wie von dem EDSA gefordert). Es steht jedem Registranten frei, keine dritte Person zu benennen (siehe Antrag auf einstweilige Verfügung, S. 9 ff.)

Das Landgericht zitiert in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 16. Juli 2018 keine einzige Vorschrift der DSGVO, die durch die Erhebung der Admin-C- und Tech-C-Daten verletzt sein soll. Das Landgericht teilt nicht einmal mit, welche Vorschriften es für relevant hält. Da der Nichtabhilfebeschluss aber auch nicht das Merkmal des „legitimen Zwecks“ (Art. 5 DSGVO) erwähnt, geht die Antragstellerin davon aus, dass das Landgericht nicht mehr in Frage stellt, dass der Datenverarbeitung ein legitimer Zweck (Art. 5 DSGVO) zu Grunde liegt.

II. Der Hauptantrag kann nicht auf Grundlage von Art. 6 DSGVO zurückgewiesen werden

Auch wenn das Landgericht keine Vorschriften der DSGVO zitiert hat, geht die Antragstellerin davon aus, dass das Landgericht auf Grundlage des Art. 6 DSGVO entschieden hat, dass die Antragsgegnerin die Admin-C- und Tech-C-Daten nicht erheben kann. Denn die Begründung des Landgerichts spricht von „Einwilligung“ und „*allgemeinen Erlaubnistatbeständen für die Datenspeicherung und –verarbeitung*“. Das Landgericht stellt ferner fest, dass die Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten nicht auf einer Einwilligung beruhen könne, da keine „*Einwilligungskontrolle [...] [der] tatsächliche[n] Autorisierung*“ der Datenverarbeitung erfolgen könne und die Voraussetzungen der allgemeinen Erlaubnistatbestände nicht erfüllt seien, da keine "Notwendigkeit" für die Erhebung personenbezogener Daten bestehe.

Im Einzelnen führt das Landgericht aus:

*„Soweit die Antragstellerin mit ihrem ursprünglichen (Haupt-)Antrag inhaltlich eine Fortführung der bisherigen Praxis der Antragsgegnerin verlangt, wonach diese dem Registranten durch Eröffnung einer entsprechenden Eingabeoption die Mitteilung dritter Personen als Tech-C und Admin-C ermöglichte, erweist sich diese als datenschutzrechtlich unzulässig. **Denn eine Einwilligungskontrolle im Hinblick auf die unter den Kategorien Tech-C und Admin-C angegebenen - vom Registranten personenverschiedenen - Dritten und deren tatsächliche Autorisierung der Erfassung ihrer Daten fand nicht statt und konnte technisch im Rahmen des beschriebenen Registrierungsprozesses auch gar nicht stattfinden.** Somit musste sich diese Praxis datenschutzrechtlich an den allgemeinen Erlaubnistatbeständen für die Datenspeicherung und -verarbeitung messen lassen. Die Notwendigkeit einer Erfassung der Personendaten für die Zusatzkategorien Tech-C und Admin-C vermag die Kammer indes nach wie vor nicht zu erkennen. [...] Wenn eine Eingabe insoweit rein optionalen Charakter hatte (und weiterhin haben würde), kann die Antragstellerin auch keine „Notwendigkeit“ für die von ihr ins Feld geführten Zwecke geltend machen.“ (Hervorhebung hinzugefügt) (Nichtabhilfebeschluss, S. 2-3)*

Die Argumentation des Landgerichts ist rechtsfehlerhaft. Die DSGVO sieht weder eine „Einwilligungskontrolle“ vor, noch gibt es in der DSGVO ein absolutes Kriterium der „Notwendigkeit“. Richtigerweise ist die „Notwendigkeit“ immer in Bezug auf den jeweiligen Zweck der Verarbeitung zu ermitteln, der vom Verantwortlichen *frei* bestimmt werden kann (vgl. Auernhammer, DSGVO, Art. 5 Rn. 17). Das Landgericht kann dementsprechend auch keine Rechtsgrundlage in der DSGVO nennen, aus dem es dieses Kriterium herleitet bzw. auf das es seine Ausführungen zur angeblich fehlenden „Notwendigkeit“ der Datenerhebung im vorliegenden Fall stützt.

1. Die DSGVO erfordert keine „Einwilligungskontrolle“

Das Erfordernis einer „Einwilligungskontrolle“ hat keine Grundlage in der DSGVO.

Art. 7 DSGVO legt die „Bedingungen für die Zustimmung“ fest. Art. 7 (1) DSGVO schreibt vor:

„Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.“

Allerdings ist Art. 7 Abs. 1 DSGVO lediglich eine Beweislastregel (vgl. Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 7 Rn. 19; Gola, DS-GVO, Art. 7 Rn. 60; BeckOK DatenschutzR/Stemmer DS-GVO Art. 7 Rn. 86). Es handelt sich indes **nicht um eine Bedingung für die Wirksamkeit der Einwilligung** (siehe Gola, DS-GVO, Art. 7 Rn. 61.).

Selbst wenn eine solche „Einwilligungskontrolle“ vorgesehen wäre (*quod non*), würde dies der Antragsgegnerin nur dann Grund geben, ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht

nachzukommen, wenn sie eine solche „Einwilligungskontrolle“ nicht durchführen könnte und es ihr deshalb unmöglich wäre, ihre vertraglichen Verpflichtungen im Einklang mit der DSGVO zu erfüllen. Weder das RAA noch die Temporäre Spezifikation halten die Antragsgegnerin davon ab, sich von Registranten oder Dritten geeignete Nachweise vorlegen zu lassen, dass der Dritte der Datenverarbeitung zugestimmt hat.

Dass sich ein Verantwortlicher darauf verlässt, dass ein anderer unabhängiger Verantwortlicher (hier der Registrant) eine Einwilligung eingeholt hat, ist gängige Marktpraxis. In den Fällen, in denen ein Unternehmen die Einwilligung zur Verarbeitung der Daten eines Betroffenen für den Versand von Werbe-E-Mails an den Betroffenen einholt, bezieht sich diese Einwilligung häufig nicht nur auf dieses Unternehmen, sondern auch auf weitere Unternehmen. In solchen Fällen ist jede Stelle, die Werbung an die betroffene Person sendet, ein (unabhängiger) Verantwortlicher in Bezug auf die Daten des Betroffenen. Allerdings wird nicht jedes Unternehmen separat prüfen, ob das erste Unternehmen die Einwilligung wirksam eingeholt hat. Vielmehr werden sie sich auf vertragliche Bestimmungen verlassen, mit dem das erste Unternehmen gewährleistet, dass es eine Einwilligung eingeholt hat. Im vorliegenden Fall muss der Registrant - der in der Regel der erste unabhängige Verantwortliche ist - gemäß Ziffer 3.7.7.6 RAA erklären, dass die dritte Person (hier Admin-C und Tech-C) der Datenverarbeitung zugestimmt hat. Ist die Antragstellerin der Ansicht, dass sie sich nicht auf eine solche Zusicherung des Registranten verlassen will, so steht es ihr frei, weitere Nachweise zu verlangen, die sie für angemessen hält. Weder das RAA und die Temporäre Spezifikation verbieten es ihr solche Nachweise zu verlangen, noch behauptet die Antragsgegnerin, dass sie gegen das RAA und die Temporäre Spezifikation verstoßen würde, wenn sie solche Nachweise einfordern würde.

2. Das Landgericht wendet das Kriterium der „Notwendigkeit“ fehlerhaft an

Hinsichtlich der „Notwendigkeit“ der Datenerhebung, führt das Landgericht folgendes aus:

„Die Notwendigkeit einer Erfassung der Personendaten für die Zusatzkategorien Tech-C und Admin-C vermag die Kammer indes nach wie vor nicht zu erkennen. Zwar bietet eine größere Datenmenge naturgemäß bei abstrakter Betrachtung auch immer breitere Erkenntnismöglichkeiten der speichernden Stelle. Bereits der Umstand, dass die Erhebung von Kontaktdaten zu den Kategorien Admin-C und Tech-C auch in der Vergangenheit stets lediglich auf freiwilliger Basis geschah, da der Registrant hier Eintragungen vornehmen konnte, aber nicht musste, etwa seine eigenen Daten auch unter diesen Kategorien angeben konnte, macht indes deutlich, dass es sich bei diesen zusätzlichen Daten, deren auch künftige Erfassung die Antragstellerin von der Antragsgegnerin verlangt, nicht um notwendige handeln kann.“ (Hervorhebung hinzugefügt) (Nichtabhilfebeschluss, S. 2-3)

Das Landgericht stützt seine Entscheidung auf ein nicht bestehendes allgemeines Erfordernis der „Notwendigkeit“, das keine Grundlage in der DSGVO hat und schränkt somit – ohne Begründung oder Rechtsgrundlage – die Vertragsfreiheit und insbesondere die Freiheit der Parteien, ihre eigenen Datenverarbeitungszwecke festzulegen, ein.

Ein solches Notwendigkeitskriterium lässt sich nicht aus Art. 5 (1) (c) DSGVO herleiten. Art. 5 Abs. 1 (b) DSGVO verlangt, dass personenbezogene Daten nur für „festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden“ dürfen. Art. 5 Abs. 1 (c) DSGVO bestimmt dann ausdrücklich, dass die personenbezogenen Daten „dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein („Datenminimierung“)" sein müssen. Es stellt sich also nicht die Frage, ob die Erfassung der Admin-C- und Tech-C-Daten einer dritten Person für die Registrierung eines Domain-Namens generell notwendig sind. Die entscheidende Frage bei Art. 5 (1) (c) DSGVO ist, ob die Erhebung der Admin-C- und Tech-C-Daten für die Zwecke der Datenerhebung im vorliegenden Fall erforderlich sind, d.h. unter anderem um eine Kommunikation mit Admin-C oder Tech-C zu ermöglichen, die der Registrant mit der Verwaltung des Domain-Namens beauftragt hat. Dieser Zweck kann nicht mit anderen Mitteln erreicht werden. Insbesondere ist die Weiterleitung von Mitteilungen durch den Registranten nicht gleichermaßen wirksam, da sie ein Tätigwerden des Registranten voraussetzt. Dies würde den Registranten stark darin einschränken, wie er seine Prozesse organisiert. Dies ist von der DSGVO nicht beabsichtigt. Würde das Oberlandesgericht das vom Landgericht scheinbar auferlegte Kriterium der „absoluten Notwendigkeit“ aufrechterhalten, so würde dies bedeuten, dass auch dann, wenn der Dritte wirksam in die Verarbeitung seiner Daten eingewilligt hat, die Verarbeitung der Daten dennoch nicht stattfinden könnte. Denn Art. 6 Abs. 1 (a) – Einwilligung des Betroffenen – könnte den Verstoß gegen Art. 5 DSGVO nicht heilen.

Das vom Landgericht angewandte Kriterium der „Notwendigkeit“ ergibt sich auch nicht aus Art. 6 (1) (f) DSGVO. Gemäß Art. 6 (1) (f) DSGVO ist die Datenverarbeitung von Admin-C- und Tech-C-Daten rechtmäßig, wenn die Verarbeitung für die Zwecke der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Jedoch muss auch hier die Erforderlichkeit im Hinblick auf die Zwecke der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder des Dritten festgestellt werden.

Das Landgericht hat entschieden:

„Dass diese Hilfspersonen ihrerseits mangels Erfassung ihrer Kontaktdaten nicht unmittelbar von der Antragsgegnerin als Registrar kontaktiert werden können, berührt die Rechtsstellung des Registranten in keiner Weise. Sein Mehraufwand organisatorischer Art schränkt sich im Bedarfsfall auf die bloße Weiterleitung an ihn gerichteter Mitteilungen der Antragsgegnerin

an die von ihm für den technischen oder administrativen Bereich eingesetzten Hilfspersonen“. (Hervorhebung hinzugefügt) (Nichtabhilfebeschluss, S. 3)

Der Grundsatz der Erforderlichkeit nach Art. 6 (1) (f) DSGVO verlangt, dass gleichermaßen geeignete und mildere Mittel zur Verfügung stehen, um das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder des Dritten zu befriedigen.

Mit dem Hinweis „[s]ein Mehraufwand organisatorischer Art schränkt sich im Bedarfsfall auf die bloße Weiterleitung an ihn gerichteter Mitteilungen der Antragsgegnerin an die von ihm für den technischen oder administrativen Bereich eingesetzten Hilfspersonen“ zeigt das Landgericht, dass die Nicht-Erhebung von Admin-C- und Tech-C-Daten in einem Outsourcing-Szenario NICHT gleichermaßen geeignet ist, da der Registrant solche „Mitteilungen“ noch verwalten und weiterleiten müsste.

Die Anwendung des Kriteriums „Notwendigkeit“ als absolutes Gebot, wie es das Landgericht tut, würde zu absurden Konsequenzen führen. Die DSGVO erkennt beispielsweise in Erwägungsgrund 47 ausdrücklich an, dass die „*Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung [...] als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden*“ kann, weil „[e]in berechtigtes Interesse [...] beispielsweise vorliegen [kann], wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, z. B. wenn die betroffene Person ein Kunde des Verantwortlichen ist oder in seinen Diensten steht.“ Die Beurteilung der „Notwendigkeit“ in diesem Fall ohne Berücksichtigung des konkreten Zwecks der Verarbeitung - der Entwicklung der Kundenbeziehung - würde mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass die Verarbeitung nicht „notwendig“ und damit rechtswidrig wird und jegliche Direktmarketing-Bemühungen in bestehenden Kundenbeziehungen, deren Zulässigkeit jedoch sowohl nach der DSGVO als auch der ePrivacy-Richtlinie anerkannt ist, beendet werden müssten.

Die Antragstellerin ist davon überzeugt, dass der Senat dieser Interpretation der „Notwendigkeit“ folgt, weil diese eindeutig von der DSGVO vorgegeben wird. Hält der Senat eine solche Auslegung der Notwendigkeit der Datenerhebung jedoch für fragwürdig, mag er diese Frage dem EuGH vorlegen.

B. Die Hilfsanträge der Antragstellerin sind begründet

Das Landgericht erkennt die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche ausdrücklich an:

„Soweit die Antragstellerin geltend macht, jedenfalls eine durch Einwilligung gedeckte Erfassung von Kontaktdaten für den sog. Admin-C und Tech-C oder eine solche, die keine personenbezogene Daten enthalte, sei von der Antragsgegnerin auf Grundlage der zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages geschuldet,

dürfte dies nach Auffassung der Kammer zutreffen sein“ (Nichtabhilfebeschluss vom 16. Juli 2018, S. 3f.).

Dennoch hat das Landgericht die Hilfsanträge abgewiesen. Diese Beurteilung des Landgerichts ist fehlerhaft.

I. Die Zurückweisung des Hilfsantrags 2 a) ist fehlerhaft - Erhebung nach Einwilligung ist möglich

Das Landgericht hat zum Ausdruck gebracht, dass die Antragsgegnerin die Admin-C- und Tech-C-Daten nicht aufgrund der Einwilligung erheben konnte, da die Antragsgegnerin die Einwilligung im Rahmen des bestehenden Registrierungsverfahrens nicht überprüfen konnte:

„Der Antrag ist zu unbestimmt, um ihm entnehmen zu können, in welcher Weise eine Einwilligung künftig im Registrierungsprozess sichergestellt bzw. erfasst werden soll, welches konkrete Handeln der Antragstellerin mithin begehrt wird.

Jedenfalls die bisherige Erfassungspraxis der Antragsgegnerin ist insoweit ungeeignet, in datenschutzrechtlich nicht zu beanstandender Form entsprechende Daten zu erheben, zu speichern und zu verarbeiten, zumal der Umstand, ob dem Registranten als solchem eine Einwilligung des Dritten vorliegt, von der Antragsgegnerin im Rahmen des bestehenden Registrierungsprozesses naturgemäß nicht überprüft werden kann. Selbst wenn der Registrant im Rahmen seiner Registrierung eine solche Erklärung abzugeben hätte, dürfte die Antragsgegnerin als speichernde und verarbeitende Stelle hierauf nicht ohne weiteres vertrauen. Insoweit ist es auch nicht etwa mit einer nachträglichen Kontrolle durch die Antragsgegnerin getan, bei der nicht autorisierte Kontaktdaten unter den Kategorien Tech-C und Admin-C aussortiert werden könnte. Vielmehr darf die Antragsgegnerin die entsprechend erfassten Daten - auch für eine ggf. nur kurze Zwischenzeit - nur dann speichern und verarbeiten, wenn ihr eine Einwilligung seitens der betroffenen natürlichen Person vorliegt.“ (Hervorhebung hinzugefügt) (Nichtabhilfebeschluss, S. 4)

Die Begründung der Entscheidung des Landgerichts ist bereits im Ansatz falsch. Die Antragsgegnerin als Verantwortliche der Datenverarbeitung ist nach der DSGVO verpflichtet, die Einhaltung der DSGVO sicherzustellen. Es gibt keine Rechtsgrundlage, die die Antragstellerin dazu verpflichtet, zu bestimmen, *„in welcher Weise eine Einwilligung künftig im Registrierungsprozess sichergestellt bzw. erfasst werden soll“*. Mangels anderslautender Bestimmungen in der Temporären Spezifikation und im RAA steht es der Antragsgegnerin frei, alle Mittel zur Sicherstellung und Erfassung der Einwilligung zu wählen, die im Einklang mit der DSGVO stehen. Dies beinhaltet, dass die Antragsgegnerin vom Registranten jegliche Dokumentation verlangen kann, die sie als Nachweis für

geeignet hält, dass die die Dritte Person, die als Admin-C oder Tech-C bezeichnet ist, der Verarbeitung ihrer Daten zugestimmt hat.

Ob die derzeitige Registrierungspraxis der Antragsgegnerin mit der DSGVO übereinstimmt oder nicht, einschließlich der Frage, ob die Antragsgegnerin derzeit vom Registranten den Nachweis der Zustimmung des Dritten verlangt, ist für die vertragliche Verpflichtung der Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin, Admin-C- und Tech-C-Daten zu erheben, irrelevant. Entscheidend ist, dass die Antragsgegnerin diese Daten in einer Weise erheben kann, die der DSGVO entspricht. Da dies der Fall ist, muss die Antragsgegnerin ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Erhebung der relevanten Daten in einer solchen Weise nachkommen, die der DSGVO entspricht.

II. Die Zurückweisung des Hilfsantrags 2 b) ist fehlerhaft – die Erhebung nicht personenbezogener Daten ist möglich

Das Landgericht hat entschieden, dass eine Erhebung nicht personenbezogener Daten nicht möglich sei, da die Feststellung, ob es sich um personenbezogene Daten oder nicht personenbezogene Daten handele, erst nach der Erhebung der Daten erfolgen könne:

Die gleichen Bedenken schlagen auf die zweite Dimension des Hilfsantrags durch, soweit hiermit jene Fälle angesprochen werden, in denen die unter den Kategorien Admin-C oder Tech-C erfassten Daten ausnahmsweise keine personenebezogenen Daten darstellen, sondern etwa diejenigen einer vom Registranten mit der technischen oder administrativen Verwaltung der betreffenden Domain beauftragten juristischen Person. Auch hier wäre naturgemäß lediglich eine nachträgliche Kontrolle der Antragsgegnerin möglich. Die Frage, ob es sich um personenbezogene Daten handelt oder nicht, ist stets erst dann zu beurteilen, wenn vom Registranten entsprechende Dateneintragungen bereits vorgenommen worden sind. (Nichtabhilfebeschluss, S. 4)

Mit diesem Argument wäre jede Datenverarbeitung rechtswidrig, wenn die Möglichkeit besteht, dass personenbezogene Daten eines Dritten eingegeben werden könnten. § 242 BGB gestattet der Antragsgegnerin die Leistungsverweigerung nur insoweit, als die Antragsgegnerin gegen geltendes Recht verstößt. Wenn das Gericht der Ansicht ist, dass nur die Erhebung nicht personenbezogener Daten zulässig ist, steht es der Antragsgegnerin frei, jeden Registranten zu verpflichten, nur nicht personenbezogene Daten zur Verfügung zu stellen. Tatsächlich wäre bei Anwendung der Logik des Landgerichts selbst die Erhebung der Daten für den Registranten unzulässig. Die Antragsgegnerin hat auch keine Möglichkeit im Voraus zu überprüfen, ob die bezüglich des Registranten übermittelten Daten tatsächlich von der als Registrant bezeichneten Person stammen. Mit anderen Worten, jede Person könnte einfach Daten einer anderen Person angeben, und die Antragsgegnerin hat keine Möglichkeit, dies im Voraus zu überprüfen.

Aus den oben genannten Gründen ist der Nichtabhilfebeschluss rechtlich nicht haltbar. Und ferner ist aus den oben genannten Gründen sowie aus den Gründen, die im Verfügungsantrag und in der sofortigen Beschwerde dargelegt wurden, dem Antrag stattzugeben.

Die Antragstellerin verweist ferner auf ihren Vortrag vom 18. Juli 2018 – am 12. Juli 2018 telefonisch dem Landgericht angekündigt –, der die im Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 11. Juli 2018 vorgebrachte sachliche und rechtliche Argumentation widerlegt.

Die Antragstellerin vertraut darauf, dass der Senat in einem so wichtigen Fall für die Antragstellerin und das Domain-Namensystem insgesamt alle diese Tatsachen und rechtlichen Argumente vollumfänglich würdigt. Denn die Antragsgegnerin stellt nicht nur die Rolle von Millionen von Admin-Cs und Tech-Cs bei der Registrierung von Domainnamen über die Antragsgegnerin in Frage, sondern sie stellt auch die Admin-C- und Tech-C-Funktionen als solche in Frage, unabhängig davon, welcher Registrar die Daten sammelt.



Dr. Jakob Guhn
Rechtsanwalt



Henning Heinrich
Rechtsanwalt