

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1  
K&R

- Editorial: Brauchen wir ein Gesetz zur Regelung der Medienarbeit von Behörden? · *Prof. Dr. Ralf Höcker*
- 1 Die Entwicklung des Presserechts in 2019 · *Dr. Diana Ettig*
- 8 Sanktion durch behördliche Öffentlichkeitsinformation – eine datenschutzrechtliche Betrachtung · *Prof. Dr. Boris P. Paal*
- 13 RAN Sharing im Mobilfunk: Aktuelle Rechtslage und Umsetzung im künftigen TKG · *Dr. Grace Nacimiento*
- 21 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 24 Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle  
*Prof. Dr. Thomas Höppner und Dr. Jan Markus Weber*
- 51 BVerfG: Recht auf Vergessen I: Persönlichkeitsrechtsverletzung durch auffindbare Altmeldung im Online-Pressearchiv
- 59 BVerfG: Recht auf Vergessen II: Kein Auslistungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber  
mit Kommentar von *Dr. Magnus Hirsch und Esther Noske*
- 66 BGH: Auskunftsanspruch gegen soziales Netzwerk zu Nutzerkonten mit beleidigendem Inhalt  
mit Kommentar von *Matthias Prinz*
- 71 OLG Naumburg: Wettbewerbsverstoß durch Verarbeitung von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung  
mit Kommentar von *Dr. Simon Apel und Timo Bosman*
- 96 OGH: Draußen bleiben: Foto-Verwendung in Collage ohne Einwilligung des Urhebers  
mit Kommentar von *Prof. Dr. Clemens Thiele*

Beilage

Jahresregister 2019

23. Jahrgang

Januar 2020

Seiten 1 – 100

zu nehmen. Es sei ein Ausgleich anzustreben, der einen ungehinderten Zugriff auf den Originaltext möglichst weitgehend erhält, den Zugriff bei Schutzbedarf – insbesondere gegenüber namensbezogenen Suchabfragen mittels Suchmaschinen – aber gegebenenfalls hinreichend begrenzt. Insoweit kann es laut BVerfG im Einzelfall zumutbar sein, technische Maßnahmen einzuführen, mit denen über eine Suche nach Begriffen, die das Ereignis beschreiben, ein Treffer gemeldet wird, der zu schützende Name aber – etwa wegen Löschung oder möglicherweise auch des Einsatzes von Bilddateien – für die Suchprogramme nicht mehr auffindbar ist. Wenn der Nutzer den Bericht dann über die sachbezogenen Suchbegriffe findet und die Seite aufruft, soll er aber auf die Originalversion des Beitrags umgeleitet werden, so dass ihm der vollständige Bericht mit Namen zugänglich ist. Durch ein solches Übereinanderlegen zweier unterschiedlicher Fassungen des Berichts könne ermöglicht werden, dass namensbezogene Suchabfragen in der Regel erfolglos bleiben, sachbezogene Suchabfragen aber den Zugang zu dem unveränderten Bericht – einschließlich seiner individualisierenden Angaben – verschaffen. Der Erste Senat weist in diesem Zusammenhang zwar darauf hin, dass Verlage keine unzumutbaren technischen Maßnahmen fürchten müssen, es aber auch nur konsequent sei, dass angesichts neuer Verbreitungsmöglichkeiten auch neue Schutzanforderungen erwachsen können, die gewisse technische Anstrengungen und Kosten nach sich ziehen können.

Schließlich zeigt die unterschiedliche Bewertung der Fälle, dass der Zeitfaktor bei der Beurteilung der Frage, ob die ursprünglich rechtmäßige Veröffentlichung später online abrufbar sein darf, eine entscheidende Rolle spielt. Dabei sind insbesondere die Beeinträchtigungen des Privatlebens und die Entfaltungsmöglichkeiten der betroffenen Person zu berücksichtigen. Zudem sind das zwischenzeitliche Verhalten des Betroffenen und die Frage, ob er das Interesse an den Ereignissen oder seiner Person selbst gefördert hat, maßgeblich. Der Betroffene muss „vergessen werden wollen“, um ein Recht auf Vergessen auch geltend machen zu können.

## Auskunftsanspruch gegen soziales Netzwerk zu Nutzerkonten mit beleidigendem Inhalt

BGH, Beschluss vom 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18

Volltext-ID: KuRL2019-66, www.kommunikationundrecht.de

ECLI:DE:BGH:2019:240919BVI ZB39.18.0

Verfahrensgang: OLG Frankfurt a. M., 6. 9. 2018 – 16 W 27/18; LG Frankfurt a. M., 30. 4. 2018 – 2-3 O 430/17

Art. 1 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO; Art. 6 Abs. 4 DSGVO; § 14 Abs. 3 - 5 TMG

**a) Bei einem Gestattungsverfahren gemäß § 14 Abs. 3 - 5 TMG handelt es sich um eine Zivilsache im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO.**

**b) § 14 Abs. 3 - 5 TMG ist eine Rechtsvorschrift, die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz des in Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO genannten Ziels darstellt, Art. 6 Abs. 4 DSGVO.**

**c) Diensteanbieter im Sinne von § 14 Abs. 3 TMG sind alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG. (Leitsätze des Gerichts)**

### Sachverhalt

Die Antragstellerin begehrt Auskunft über bei der Beteiligten vorhandene Bestandsdaten. Die Beteiligte betreibt die Internetseite www.facebook.com und den Dienst „Facebook“. Sie betreibt ferner den sogenannten Facebook-Messenger (im Folgenden „Messenger“). Dieser erlaubt es Nutzern, Nachrichten an andere Personen zu senden. Der Messenger kann von allen Nutzern des Dienstes „Facebook“ und zudem von solchen Personen genutzt werden, die sich mit ihrem Namen und ihrer Mobiltelefonnummer anmelden. Die Antragstellerin hat bei der Beteiligten kein Nutzerkonto, auch den Messenger verwendet sie nicht.

Über den Messenger wurden unter den Nutzernamen „S. K.“, „Z. K.“ und „S. J.“ von auf der Plattform www.facebook.com registrierten Nutzern (im Folgenden „streitgegenständliche Nutzerkonten“) verschiedene Text- und Sprachnachrichten sowie ein Video (diese zusammen auch „die Nachrichten“) an Freunde und Familienangehörige der Antragstellerin verschickt. Die Textnachricht, die unter anderem die Worte enthält „ist sie die grösste schlampe“ sowie „was für ein schandfleck sie für die stolze Familie [K.] ist“, hat die Antragstellerin im Wortlaut wiedergegeben und dazu behauptet, es würden neben dem beleidigenden Inhalt zudem unwahre Tatsachenbehauptungen über sie aufgestellt.

Die Antragstellerin beantragt, „der Beteiligten zu gestatten, der Antragstellerin Auskunft zu erteilen über die Bestandsdaten der [streitgegenständlichen Nutzerkonten], die unter diesem Nutzernamen unter anderem unter der URL (...) Nachrichten, unter anderem an [S.] verschickt haben, durch Angabe jeweils der folgenden, bei der Beteiligten gespeicherten Daten: IP-Adressen, die von den Nutzern für das Hochladen [der Nachrichten] verwendet wurden nebst genauem Zeitpunkt des Hochladens (...), Namen der Nutzer, (...) E-Mail-Adressen der Nutzer, (...) IP-Adressen, die von den Nutzern zuletzt für einen Zugriff auf [die streitgegenständlichen Nutzerkonten] verwendet wurden nebst genauem Zeitpunkt des Zugriffs (...)“.

Das LG hat den Antrag zurückgewiesen. Das OLG hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag auf Gestattung weiter.

### Aus den Gründen

**5 II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. [...]**

**11 2.** Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 14 Abs. 4 S. 5 und 7 TMG, § 70 Abs. 1, § 71 FamFG).

**12 a)** Die Rechtsbeschwerde ist statthaft, § 14 Abs. 4 S. 5 TMG, § 70 Abs. 1 FamFG. § 14 Abs. 4 S. 7 TMG lässt sich anderes nicht entnehmen. [...]

**23 3.** Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Zugunsten der Antragstellerin ist zu unterstellen, dass die datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telemediengesetzes (TMG) auf den Messenger anzuwenden sind (§ 1 Abs. 1, § 11 Abs. 3 TMG; unten unter a). Es liegt ein zulässiger Antrag auf Gestattung der Auskunftserteilung vor (§ 14 Abs. 4 S. 1 TMG i. V. m. § 23 FamFG; unten unter b). Zwar geht das Beschwerdegericht zu Recht davon aus, dass § 14

Abs. 3-5 TMG nicht durch den Anwendungsvorrang der Datenschutz-Grundverordnung verdrängt wird (unten unter c). Mit der Begründung des Beschwerdegerichts kann der Antrag der Antragstellerin auf Gestattung der Auskunftserteilung aber nicht zurückgewiesen werden (unten unter d).

**24 a)** Mangels ausreichender Feststellungen des Beschwerdegerichts ist zunächst zugunsten der Antragstellerin zu unterstellen, dass in Bezug auf den Messenger der Beteiligten die im TMG enthaltenen datenschutzrechtlichen Regelungen, §§ 11 ff. TMG – und nicht das Telekommunikationsgesetz sowie dessen datenschutzrechtliche Vorschriften, §§ 91 ff. TKG – anzuwenden sind, § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 3 TMG jeweils i. V. m. § 3 Nr. 24 TKG.

**25 aa)** Das TMG gilt gemäß § 1 Abs. 1 TMG für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die *ganz* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG (sogenannte Mehrwertdienste, vgl. dazu BGH, Urt. v. 20. 10. 2005 – III ZR 37/05, [K&R 2005, 557 ff. =] juris; Ditscheid, CR 2006, 316 ff.) oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Nach § 3 Nr. 24 TKG sind „Telekommunikationsdienste“ in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die *ganz* oder *überwiegend* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Nach § 11 Abs. 3 TMG gelten bei Telemedien, die *überwiegend* in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten der Nutzer nur § 15 Abs. 8 und § 16 Abs. 2 Nr. 4 TMG, weil auf sie im Übrigen das Telekommunikationsgesetz und dessen datenschutzrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, § 3 Nr. 24, §§ 91 ff. TKG.

**26 bb)** Das Beschwerdegericht hat sich nicht mit der Frage befasst, ob auf den Messenger der Beteiligten gemäß § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 3 TMG das TMG bzw. dessen datenschutzrechtliche Vorschriften Anwendung finden (oder die Beteiligte mit dem Messenger Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG erbringt, die dem Telekommunikationsgesetz und dessen Datenschutzvorschriften unterfallen; vgl. auch Mafi-Gudarzi, K&R 2018, 467). Zwar spricht angesichts der in anderem Zusammenhang getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts zur Funktionsweise des Messengers viel dafür, dass er keinen Telekommunikationsdienst darstellt (vgl. zu internetbasierten Diensten, die keinen Internetzugang vermitteln, sondern bei der Versendung und dem Empfang von Nachrichten aktiv tätig werden, indem sie Nachrichten in Datenpakete zerlegen und über ihre Server in das offene Internet einspeisen und aus dem offenen Internet empfangen – sogenannte Over-the-Top oder OTT-Kommunikationsdienste wie etwa VoIP-Telefonie, Instant-Messaging und webgestützte E-Mail-Dienste – EuGH, Urt. v. 13. 6. 2019 – C-193/18, [K&R 2019, 487 ff. =] juris Rn. 33 ff. betreffend den E-Mail-Dienst Gmail von Google; den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der RL 2002/58/EG vom 10. 1. 2017, 2017/0003 (COD), S. 2 sowie Spindler in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl., § 1 Rn. 26). Mangels ausreichender Feststellungen zu dieser Frage ist die Anwendbarkeit des TMG sowie

der datenschutzrechtlichen Regelung des § 14 Abs. 3-5 TMG indes im Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellen, § 1 Abs. 1, § 11 Abs. 3 TMG.

**27 b)** Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass – was in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 12. 7. 2012 – V ZB 106/12, BGHZ 194, 97 Rn. 10; v. 28. 10. 2010 – V ZB 210/10, FGPrax 2011, 41 Rn. 9 m. w. N.; Sternal in: Keidel, FamFG, 19. Aufl., § 23 Rn. 12; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl., § 23 Rn. 6) – ein wirksamer verfahrenseinleitender Antrag auf Gestattung der Auskunftserteilung vorliegt, § 14 Abs. 4 TMG i. V. m. § 23 FamFG. Insbesondere fehlt es der Antragstellerin nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis, weil ihr ein einfacherer und billigerer Weg zur Erlangung der (letztlich) begehrten Auskunft offen stünde. [...]

**31 c)** Weiter zu Recht nimmt das Beschwerdegericht an, dass § 14 Abs. 3-5 TMG weiterhin anzuwenden ist und nicht durch den Anwendungsvorrang der seit dem 25. 5. 2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung verdrängt wird. Zwar ist die Datenschutzgrundverordnung seit dem 25. 5. 2018 in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (Art. 99 Abs. 2 DSGVO). Nationale Datenschutzgesetze können lediglich nationale Ausführungs-, Durchführungs- und Spezialbestimmungen enthalten und gelten (nur) subsidiär (§ 1 Abs. 3 BDSG). Daraus folgt aber nicht, dass die – durch das Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU nicht aufgehobene – Regelung des § 14 Abs. 3-5 TMG keine Anwendung mehr fände (so etwa Schulz in: Gola, DSGVO, 2. Aufl., Art. 6 Rn. 32; Härtling, Internetrecht, 6. Aufl., A. Datenschutzrecht Rn. 133; Piltz in: Gola, DSGVO, 2. Aufl., Art. 95 Rn. 19; Sydow, Europäische DSGVO, 2. Aufl., Einleitung Rn. 43; Reimer in: ebenda Art. 6 Rn. 83; Schmitz ZRP 2017, 172, 173; vgl. auch Buchner, DuD 2016, 155, 161; Keppeler, MMR 2015, 779, 781).

**32 aa)** Ein Anwendungsvorrang kommt nur in Betracht, falls und soweit zwischen dem unmittelbar anwendbaren Recht der Europäischen Union und dem nationalen deutschen Recht ein Widerspruch auftritt (vgl. BGH, Urt. v. 5. 7. 2007 – IX ZR 256/06, BGHZ 173, 129 Rn. 22 m. w. N.). Das supranational begründete Recht der Europäischen Union entfaltet gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht keine rechtsvernichtende, derogierende Wirkung, sondern drängt nur dessen Anwendung soweit zurück, wie es die Verträge erfordern und es die durch das Zustimmungsgesetz erteilten Rechtsanwendungsbefehle erlauben (BVerfG, Beschl. v. 19. 7. 2011 – 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 Rn. 81; v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, juris Rn. 53 ff.; BFH, Urt. v. 8. 8. 2013 – VR 3/11, BFHE 242, 535 Rn. 28). Dabei ist es Sache der innerstaatlichen Gerichte, die Vorschriften des nationalen Rechts so weit wie möglich derart auszulegen, dass sie in einer zur Verwirklichung des Unionsrechts beitragenden Art und Weise angewandt werden können (EuGH, Urt. v. 11. 11. 2015 – C-505/14, ZfIR 2016, 64 Rn. 31 ff. m. w. N.; vgl. auch zur richtlinienkonformen Auslegung BGH, Urt. v. 28. 10. 2015 – VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 35 ff.).

**33 bb)** Dies vorausgeschickt begründet § 14 Abs. 3-5 TMG keine Unionsrechtswidrigkeit. § 14 Abs. 3 TMG erlaubt – unter bestimmten Voraussetzungen – die in § 12 Abs. 2 TMG grundsätzlich untersagte zweckändernde Weiterverarbeitung der von dem Diensteanbieter erhobenen Daten. Das steht mit der Datenschutz-Grundverordnung im Einklang, die eine zweckändernde Weiterverarbeitung

beitung ebenfalls nur – abgesehen von einer Einwilligung des Betroffenen – auf der Grundlage einer dies gestattenden Rechtsvorschrift vorsieht, Art. 6 Abs. 4 DSGVO. § 14 Abs. 3–5 TMG ist eine Rechtsvorschrift, die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele darstellt, Art. 6 Abs. 4 DSGVO (Hullen/Roggenkamp in: Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl., § 14 TMG Rn. 22). Die Regelung bildet die Grundlage dafür, dass eine zweckändernde Weiterverarbeitung der durch die Gestattung umfassten Daten erfolgen kann und nicht von vornherein durch den Grundsatz der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO) ausgeschlossen ist. [...]

**40** (3) § 14 Abs. 3–5 TMG ist eine Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 6 Abs. 4 DSGVO. Die Vorschrift dient der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO) und verfolgt damit ein in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genanntes Ziel. Sie ist in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz dieses Ziels.

**41** Sie ist notwendig, weil ohne eine Auskunft über die Daten eines Verletzers absolut geschützter Rechte die Verfolgung und Durchsetzung der gegen diesen gerichteten Ansprüche nicht möglich ist. Sie ist verhältnismäßig. Sie enthält entsprechend Art. 23 Abs. 2 lit. a–h DSGVO a) den Zweck der Verarbeitung („Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst werden“), b) die Kategorien persönlicher Daten („vorhandene Bestandsdaten“, § 14 Abs. 3 TMG und „Abrechnungsdaten“ § 15 Abs. 5 S. 4 TMG), c) den Umfang der vorgenommenen Beschränkungen („Auskunftserteilung“), d) die Garantien gegen Missbrauch oder unrechtmäßigen Zugang oder unrechtmäßige Übermittlung („vorherige gerichtliche Anordnung“, vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 24), e) die Angaben zu den Verantwortlichen („Diensteanbieter“), f) die jeweiligen Speicherfristen sowie die geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Zwecken der Verarbeitung („soweit dies ... erforderlich ist“), g) die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen („vorherige gerichtliche Anordnung“, vgl. BT-Drs. 18/13013 S. 24) sowie h) das Recht der betroffenen Personen auf Unterrichtung über die Beschränkung, sofern dies nicht dem Zweck der Beschränkung abträglich ist („darf den Nutzer über die Einleitung des Verfahrens unterrichten“). Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, dass der Diensteanbieter in der Regel aus den vertraglichen Regelungen im Innenverhältnis zum Nutzer (Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB) zu seiner Unterrichtung verpflichtet sein wird (BT-Drs. 13013 S. 24). Das Gericht hat im Gestattungsverfahren gemäß § 7 FamFG i. V. m. Art. 103 Abs. 1 GG ferner in geeigneter Weise – wie etwa durch Einholung einer entsprechenden Versicherung des Diensteanbieters – sicherzustellen, dass der betroffene Nutzer, soweit möglich, von dem Gestattungsverfahren unterrichtet worden ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8. 2. 1994 – 1 BvR 765/89, NJW 1994, 1053; Zimmermann in Keidel, FamFG, 19. Aufl., § 7 Rn. 50). Der betroffene Nutzer kann ferner ggf. nach Erlangung der Kenntnis von der Gestattung Beschwerde einlegen (vgl. BGH, Beschl. v. 5. 12. 2012 – I ZB 48/12, [K&R 2013, 328 ff. =] a. a. O., Rn. 11 ff.).

**42** cc) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof (Art. 267 Abs. 3 AEUV) wegen der Auslegung von Art. 6 Abs. 4 DSGVO ist nicht veranlasst. Ein Vorabentscheidungsersuchen ist – wie oben bereits ausgeführt –

erforderlich, wenn sich eine entscheidungserhebliche und der einheitlichen Auslegung bedürftige Frage des Unionsrechts stellt. Das ist hier indes nicht der Fall. [...]

**46** d) Zu Unrecht meint aber das Beschwerdegericht, dass § 14 Abs. 3 TMG nur solche Diensteanbieter erfasst, die soziale Netzwerke im Sinne von § 1 Abs. 1 NetzDG betreiben. Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich nicht auf soziale Netzwerke im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, sondern gilt für alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 Nr. 1 TMG. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann der Antrag der Antragstellerin daher nicht zurückgewiesen werden.

**47** aa) Gemäß § 14 Abs. 3 TMG darf der Diensteanbieter im Einzelfall Auskunft über bei ihm vorhandene Bestandsdaten erteilen, soweit dies zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst werden, erforderlich ist. Diensteanbieter ist nach der in § 2 S. 1 Nr. 1 TMG enthaltenen Definition jede natürliche und juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt.

**48** Rechtswidrige Inhalte sind in § 1 Abs. 3 NetzDG definiert als Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 1 NetzDG, die den Tatbestand der §§ 86, 86 a, 89 a, 91, 100 a, 111, 126, 129 bis 129 b, 130, 131, 140, 166, 184 b i. V. m. 184 d, 185 bis 187, 201 a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Nach § 1 Abs. 1 NetzDG gilt das Netzwerkdurchsetzungsgesetz für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne des Gesetzes (§ 1 Abs. 3 S. 2 NetzDG). Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind (§ 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG).

**49** bb) Dies vorausgeschickt, stellt sich die Frage, ob von § 14 Abs. 3 TMG (alle) Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG erfasst werden und die Verweisung auf § 1 Abs. 3 NetzDG lediglich die Strafvorschriften konkretisiert, bei deren Verletzung eine datenschutzrechtliche Ermächtigung für die Erfüllung eines etwaigen Auskunftsanspruchs geschaffen wird (vgl. Mafi-Gudarzi, K&R 2018, 467; Pille, NJW 2018, 3545, 3546), oder ob – so hat das Beschwerdegericht es gesehen – die Vorschrift deutlich enger dahin auszulegen ist, dass sie sich wegen der in § 1 Abs. 3 NetzDG enthaltenen weiteren Verweisung auf „Inhalte im Sinne des Absatzes 1“ nur auf Telemediendiensteanbieter bezieht, die soziale Netzwerke im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes betreiben.

**50** Der Senat entscheidet die Frage dahin, dass § 14 Abs. 3 TMG sich auf alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG bezieht. Der Wortlaut der Vorschrift ist nicht eindeutig, weil die in ihr enthaltene Verweisung sowohl in dem einen als auch in dem anderen Sinne verstanden werden kann. Sinn und Zweck der Vorschrift, die Entstehungsgeschichte und ihre systematische Stellung sprechen indes für eine Auslegung dahin, dass von der Vorschrift alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG erfasst werden.

**51** (1) Ausweislich des ursprünglichen Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes war zunächst beabsichtigt, § 14 Abs. 2 TMG nach dem Wort „Eigentum“ um die Wörter „oder andere absolut geschützte Rechte“ zu ergänzen (BT-Drs. 18/12356 S. 10, S. 28 f.). Dadurch sollte vor dem Hintergrund der Entscheidung des Senats vom 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13, [K&R 2014, 589 ff. =] BGHZ 201, 380 ff. § 14 Abs. 2 TMG ausgeweitet und die Durchsetzung eines nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundätzen bestehenden Auskunftsanspruchs ermöglicht werden (BT-Drs. 18/12356 S. 29 oben). Anlass für die Änderung des § 14 TMG war mithin die Fallgestaltung, die dem Senatsurteil vom 1. 7. 2014, VI ZR 345/13, [K&R 2014, 589 ff. =] BGHZ 2012, 380 ff. zugrunde liegt (vgl. dazu BT-Drs. 18/12356 S. 28). Diese betraf eine anonym auf einem Internetportal, das die Bewertung von Ärzten ermöglicht, eingestellte Äußerung; der Senat hat einen Auskunftsanspruch des Verletzten gegen den Betreiber des Bewertungsportals verneint. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Auskunftserteilung rechtlich unmöglich sei, weil eine den Anforderungen des § 12 Abs. 2 TMG entsprechende datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage nicht existiere. Diese sollte nunmehr geschaffen werden.

**52** (2) Der Bundesrat äußerte in seiner Stellungnahme Bedenken gegen den Vorschlag und bat, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die geplante Änderung des § 14 Abs. 2 TMG erforderlich sei und im Zusammenhang mit der Zielsetzung des Gesetzes stehe (BT-Drs. 18/12727 S. 25; Prüfbitte Nr. 27). Dabei wies er darauf hin, dass das TMG alle Diensteanbieter verpflichte, so dass die Gefahr einer faktischen Abschaffung der Möglichkeit der anonymen und pseudonymen Meinungsäußerung im Internet bestehe. In der Folge kam es auf Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu der jetzigen Fassung der Vorschrift (BT-Drs. 18/13013 S. 12, 13; S. 23 f.). Opfern von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Netz sollte ermöglicht werden, aufgrund gerichtlicher Anordnung die Bestandsdaten der Verletzer von Diensteanbietern zu erhalten (BT-Drs. 18/13013 S. 2). Ziel des Auskunftsanspruchs ist es nach der Gesetzesbegründung, den Betroffenen einen wirksamen und durchsetzbaren Anspruch auf Feststellung der Identität des Verletzers bei Rechtsverletzungen im Internet zu verschaffen. Dies entspreche dem schon mit dem ursprünglichen Gesetzentwurf mit § 14 Abs. 2 TMG-E verfolgten Anliegen. In Fällen, in welchen ein Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB dem Grunde nach bestehe, werde dieser Auskunftsanspruch für den Diensteanbieter dadurch erfüllbar.

**53** (3) Daraus ergibt sich, dass Sinn und Zweck des Gesetzes nicht darauf beschränkt sind, (nur) dem durch Äußerungen in sozialen Netzwerken im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG Verletzten einen Anspruch zu verschaffen, sondern es für alle Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet gelten soll. Nach seinem Sinn und Zweck werden von § 14 Abs. 3 TMG daher alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG erfasst. Die engere Auslegung würde entgegen dem insoweit ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers dazu führen, dass die Fallgestaltung, die dem Senatsurteil vom 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13, [K&R 2014, 589 ff. =] BGHZ 2012, 380 ff. zugrunde liegt, nicht in den Anwendungsbereich von § 14 Abs. 3 TMG fiele, obwohl sie Anlass und Grund für die Neuregelung gewesen ist. Denn durch § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG werden nur wenige soziale Netzwerke erfasst, nämlich diejenigen,

die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (vgl. BT-Drs. 18/12727 S. 18). Ärztebewertungsportale fallen als Plattformen, die zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind, nicht darunter, § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG (vgl. BT-Drs. 18/12727 S. 18; BT-Drs. 18/13013 S. 18). Durch die engere Auslegung würde daher der Sinn und Zweck des Gesetzes verfehlt.

**54** (4) Schließlich spricht auch die systematische Stellung der Vorschrift im TMG dafür, dass sie alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 S. 1 Nr. 1 TMG erfassen soll. Wäre die Vorschrift auf den Anwendungsbereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes beschränkt, hätte es nähergelegen, sie auch systematisch dort zu verorten.

**55** III. Die angefochtene Entscheidung kann danach keinen Bestand haben; die Sache war zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 S. 2 FamFG).

**56** Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin: [...] Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens: 3000 €.

## Kommentar

RA Matthias Prinz, Mainz\*

### I. Problem

Die Entscheidung klärt eine wichtige Frage zum Anwendungsbereich des Gestattungsantrags zur Auskunft von Bestandsdaten und Nutzungsdaten nach §§ 14 Abs. 3 - 5, 15 Abs. 5 S. 5 TMG zur Identifizierung von Verfassern bei strafbewehrten Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Bedrohung und weiteren Katalogstraftaten nach § 1 Abs. 3 NetzDG.

Bislang unbekannte Dritte hatten an Familienmitglieder der Antragstellerin Nachrichten mit beleidigendem Inhalt über den Facebook-Messenger gesendet. Die Antragstellerin selbst nutzt Facebook nicht. Nach der Löschung der Nachrichten durch Facebook beehrte die Antragstellerin die gerichtliche Gestattung zur Auskunft seitens Facebook über die Bestands- und Nutzungsdaten der Verfasser, um zivilrechtliche Ansprüche verfolgen zu können.

Zuvor war, zuletzt durch das OLG Frankfurt a. M., der Gestattungsantrag abgelehnt worden. Begründet war die Ablehnung damit, dass der Facebook-Messenger als Plattform zur Individualkommunikation nach § 1 Abs. 1 S. 2, 3 NetzDG nicht als soziales Netzwerk im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG gilt. Nach Auffassung des OLG Frankfurt und des OLG Nürnberg<sup>1</sup> war das Tatbestandsmerkmal „soziales Netzwerk“ für die Gestattung nach § 14 Abs. 3 TMG notwendig. Dessen auf das NetzDG verweisender Wortlaut legt dies nahe:

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

<sup>1</sup> OLG Nürnberg, 17. 7. 2019 – 3 W 1470/19, Rn. 8.

§ 14 Abs. 3 TMG bezieht sich auf rechtswidrige Inhalte, die von § 1 Abs. 3 des NetzDG erfasst werden. In § 1 Abs. 3 des NetzDG heißt es, rechtswidrige Inhalte sind Inhalte im Sinne des Abs. 1, die die Straftatbestände §§ 86, 86 a, 89 a, 91, 100 a, 111, 126, 129 bis 129 b, 130, 131, 140, 166, 184 b i. V. m. 184 d, 185 bis 187, 201 a, 241 oder 269 des StGB erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. In § 1 Abs. 1 NetzDG wird der Anwendungsbereich auf soziale Netzwerke beschränkt.

Die Auslegung der Verweisung in § 14 Abs. 3 TMG war streitentscheidend, da nach § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG Plattformen mit der Bestimmung zur Individualkommunikation nicht als soziale Netzwerke gelten. Außerdem gelten Plattformen mit einer Bestimmung auf die Verbreitung spezifischer Inhalte nicht als soziale Netzwerke, § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG.

## II. Die Entscheidung

Bevor der BGH zur Auslegung des Anwendungsbereichs von § 14 Abs. 3 TMG gelangt, wird die internationale Zuständigkeit sowie das Verhältnis zwischen DSGVO und § 14 Abs. 3-5 TMG geprüft.

Die EuGVVO gilt nach Art. 1 Abs. 1 für Zivil- und Handelssachen. Aus dem Gesetzeszusammenhang in Art. 4 ff. EuGVVO und dem Wort Klage leitet sich außerdem die Erforderlichkeit eines kontradiktorisches Verfahren für die Anwendung der Verordnung ab.<sup>2</sup> Dem BGH zufolge, handelt es sich bei diesem Gestattungsverfahren aufgrund der zwingenden Beteiligung der Antragsgegnerin und der zuwiderlaufenden Interessen der Beteiligten um eine echte Parteistreitigkeit.<sup>3</sup> Unabhängig davon stellt er fest, dass es sich bei dem Gestattungsverfahren nicht um ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz handelt.<sup>4</sup> Die internationale Zuständigkeit war in der Entscheidung durch das rügelose Einlassen der Beteiligten nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 EuGVVO begründet. Nicht entschieden hat der BGH über die sonst geltende internationale Zuständigkeit in Gestattungsverfahren. Allerdings besteht ein besonderer Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO für Ansprüche aus unerlaubter Handlung an dem Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Neben Ansprüchen auf Geldersatz und Unterlassung sind auch Auskunftsansprüche von der Vorschrift erfasst.<sup>5</sup> Der deliktische Erfolgsort wird sich regelmäßig auch mit dem Landgerichtsbezirk des Wohnsitzes des Verletzten decken, an dem die örtliche Zuständigkeit nach § 14 Abs. 4 S. 3 TMG liegt.

Ferner gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass die DSGVO als europäische Verordnung nicht vorrangig zu § 14 Abs. 3-5 TMG anzuwenden ist und deshalb die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des § 14 Abs. 3-5 TMG nicht verdrängt. Vielmehr handelt es sich dabei um eine nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO vorgesehene nationale Regelung, die die zweckändernde Weiterverarbeitung zur Durchsetzung des in Art. 23 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Ziels gestattet, nämlich der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche.<sup>6</sup> Für den Anwendungsbereich des TMG geht der BGH davon aus, dass es sich bei dem Facebook Messenger als ein „Over-The-Top“-Telemediendienst handelt und nicht um einen Telekommunikationsdienst.<sup>7</sup>

Der BGH stellt fest, dass die Gestattung über die Auskunft von Nutzerdaten nicht auf soziale Netzwerke beschränkt ist, sondern alle Diensteanbieter von Telemedien erfasst. Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 3 TMG kann die Verweisung auf „rechtswidrige Inhalte i. S. d. § 1 Abs. 3

NetzDG“ einerseits so verstanden werden kann, dass nur die Strafvorschriften konkretisiert werden, für die die datenschutzrechtliche Ermächtigung zur Auskunft geltend soll. Andererseits kann die Verweisung auch so verstanden werden, dass sie sich auch auf „Inhalte im Sinne des Abs. 1“ bezieht und nur Inhalte in sozialen Netzwerken erfasst. Die historische, systematische und teleologische Auslegung spricht jedoch für eine Auslegung, die alle Diensteanbieter erfasst. Gesetzgeberischer Anlass für die Änderung des § 14 TMG war der mangelnde Auskunftsanspruch, der in einer vorherigen BGH-Entscheidung<sup>8</sup> zutage trat und ein Ärztebewertungsportal betraf. Darin vorgesehen war, die datenschutzrechtliche Erlaubnis neben Verletzungen von geistigem Eigentum auf andere absolut geschützte Rechte in § 14 Abs. 2 TMG zu erweitern.<sup>9</sup> Aufgrund Bedenken des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich der dadurch gefährdeten Anonymität im Internet wurde § 14 TMG in seine jetzige Fassung in ein Gestattungsverfahren und der Einschränkung der rechtswidrigen Inhalte auf die Katalogtaten des § 1 Abs. 3 NetzDG geändert.<sup>10</sup> Ausgehend vom Ziel einen wirksamen und durchsetzbaren Anspruch auf Identitätsfeststellung im Internet zu schaffen, ist es Sinn und Zweck eine datenschutzrechtliche Erlaubnis auch für Ärzteportale zu schaffen.<sup>11</sup> Schließlich ist die Regelung im TMG anstatt im NetzDG geregelt, so dass die systematische Stellung nahelegt, dass die Vorschrift für alle Diensteanbieter i. S. d. § 2 S. 1 TMG gelten soll.

## III. Konsequenzen

Arztbewertungs-, Handelsplattformen und viele Internetforen gelten aufgrund deren Beschränkung auf spezifische Inhalte nicht als soziale Netzwerke.<sup>12</sup> Ob ein soziales Netzwerk vorliegt, war bei Gestattungsanträgen für weitere Dienste wie der mit Google Maps verbundenen Bewertungs- und Kommentarfunktionalität ungeklärt.<sup>13</sup> Gemein ist diesen Internetdiensten, dass sie seit deren Anbeginn zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt haben.<sup>14</sup> Die Entscheidung erlaubt nun in Abkehr der bisherigen oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>15</sup> von allen Telemediendiensteanbietern bei einer Katalogtat nach § 1 Abs. 3 NetzDG Auskunft über Bestands- und Nutzungsdaten des Verfassers zu erhalten, um zivilrechtliche Ansprüche geltend machen zu können.

Aufgrund des zum 1. 10. 2017 geänderten § 14 Abs. 3-5 TMG gibt der BGH seine frühere Rechtsprechung<sup>16</sup> über die Auskunftsgestattung von Arztbewertungsportalen mit der vorliegenden Entscheidung auf.

2 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66 ff., Rn. 20.

3 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66 ff., Rn. 20.

4 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66 ff., Rn. 14.

5 Vgl. BGH, 27. 11. 2014 – IZR 91/13, Rn. 26; *Gottwald*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2017, Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 48; LG Hamburg, 22. 3. 2017 – 308 O 480/16.

6 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66 ff., Rn. 35

7 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66, 67, Rn. 24 ff.; vgl. auch EuGH, 13. 6. 2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff.

8 BGH, 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13, K&R 2014, 589 = NJW 2014, 2651.

9 Ursprünglicher Entwurf zum NetzDG, BT-Drs. 18/12356 S. 10, S. 28 f.

10 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12727 S. 25; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/13013 S. 12, 13; S. 23 f.

11 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66, 69, Rn. 52 f.

12 Vgl. § 1 Abs. 1 NetzDG; Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU und SPD, BT-Drs. 18/12356 S. 19.

13 OLG Nürnberg, 17. 7. 2019 – 3 W 1470/19, K&R 2019, 673 ff.

14 *Marly*, LMK 2016, 379276, beck-online.

15 OLG Frankfurt a. M., 6. 9. 2018 – 16 W 27/18; OLG Nürnberg, 17. 7. 2019 – 3 W 1470/19, Rn. 13.

16 BGH, 1. 7. 2014 – VI ZR 345/13, K&R 2014, 589 = NJW 2014, 2651.

Die Gestattung nach § 14 Abs. 4 TMG setzt daneben auch einen Auskunftsanspruch voraus, der sich nach § 242 BGB ergibt und ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt. Der BGH hat die Prüfung unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung an das Beschwerdegericht verwiesen.

Soll der Auskunftsanspruch nicht vom Zufall abhängen, so besteht Bedarf für einen gesetzlichen Auskunftsanspruch.<sup>17</sup>

Eine Flut von Gestattungsanträgen ist indes nicht zu erwarten. So ist die Gestattung zur Auskunft nicht bei allen rechtswidrigen Äußerungen möglich, sondern nur bei den Katalogstraftaten nach § 1 Abs. 3 TMG, die der Antragsteller nicht nur behaupten muss, sondern die nach § 14 Abs. 4 S. 4 TMG, § 26 FamFG das Gericht von Amts wegen zu ermitteln hat.<sup>18</sup> Außerdem hat der Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen, § 14 Abs. 4 S. 6 TMG. Gegenüber dem Verfasser rechtswidrigen Äußerung dürfte der Antragsteller die Kosten jedoch wie notwendige Rechtsverfolgungskosten als Schaden ersetzt verlangen können und außerdem in einem sich anschließenden Gerichtsstreit voraussichtlich als notwendige Kosten dieses Rechtsstreits von Verfasser der rechtswidrigen Inhalte zu tragen sein.<sup>19</sup> Aus Sicht des Verfassers ist die Entscheidung zu begrüßen, da zuvor eine Identifizierung abseits der sozialen Netzwerke i. S. d. § 1 Abs. 3 NetzDG nur über den Umweg eines Strafantrags und anschließender Akteneinsicht zu erreichen war.<sup>20</sup>

17 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 6. 9. 2018 – 16 W 27/18.

18 BGH, 24. 9. 2019 – VI ZB 39/18, K&R 2020, 66 ff., Rn. 57.

19 Vgl. BGH, 15. 5. 2014 – I ZB 71/13, K&R 2014, 798 ff. zu den Kosten des Auskunftsverfahrens nach § 101 UrhG; § 101 Abs. 9 S. 5 sieht wortidentisch zu § 14 Abs. 4 S. 6 die Kostentragungspflicht für den Verletzten vor.

20 So auch *Lauber-Rönsberg*, GRUR-Prax 2014, 388.

## Gerichtsstandsvereinbarung bei Streit um Aufstockung von Daten-Übertragungskapazitäten

**BGH**, Urteil vom 17. 10. 2019 – III ZR 42/19

Volltext-ID: KuRL2020-71, [www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

ECLI:DE:BGH:2019:171019UIIIZR42.19.0

Verfahrensgang: OLG Köln, 26. 2. 2019 – 3 U 159/17;  
LG Bonn, 8. 11. 2017 – 16 O 41/16

§ 280 Abs. 1 BGB

**a) Die Vereinbarung eines inländischen Gerichtsstands kann eine Verpflichtung begründen, Klagen nur an diesem Gerichtsstand zu erheben.**

**b) Verletzt eine Vertragspartei schuldhaft diese Verpflichtung durch die Klage vor einem US-amerikanischen Gericht, das die Klage wegen fehlender Zuständigkeit abweist und entsprechend US-amerikanischem Prozessrecht („American rule of costs“) eine Kostenerstattung nicht anordnet, ist sie gemäß § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet, der anderen Partei die Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung zu ersetzen. (Leitsätze des Gerichts)**

## Wettbewerbsverstoß durch Verarbeitung von Gesundheitsdaten ohne Einwilligung

**OLG Naumburg**, Urteil vom 7. 11. 2019 – 9 U 6/19

Verfahrensgang: LG Magdeburg, 18. 1. 2019 – 36 O 48/18

§§ 3 Abs. 5, 17 Abs. 3 ApBetrO; Art. 9 Abs. 1 DSGVO; § 3, § 3 a UWG

**1. Datenschutzbestimmungen können auch nach Inkrafttreten der DSGVO eine Marktverhaltensregelung darstellen. Die jeweilige Norm muss konkret darauf überprüft werden, ob sie eine Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand hat.**

**2. Für die Datenverarbeitung durch den Beklagten selbst, die Nutzung der Daten zu Werbezwecken und zur Durchführung der jeweiligen Bestellung fehlt eine wirksame Einwilligung. (Leitsätze der Redaktion)**

### Sachverhalt

Der Kläger macht gegen den Beklagten Unterlassungsansprüche, Auskunftsansprüche und die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung aus Wettbewerbsrecht wegen des Vertriebes apothekenpflichtiger rezeptfreier Medikamente über eine Internethandelsplattform geltend.

Der Kläger betreibt eine Apotheke in M. Der Beklagte ist ebenfalls Apotheker und betreibt in O. eine Apotheke, die auch im Internet unter der Domain „www[...]“ präsent ist. Der Beklagte handelt sein Sortiment, also auch apothekenpflichtige Medikamente, außerdem auch über die Internet-Plattform A.; er ist dort mit dem Verkäufer-Profil „B. Apotheke“ vertreten.

Der Kläger hat den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 16. 6. 2017 wegen des Vertriebs über diese Plattform abmahnen lassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung gefordert. Das LG hat die Klage mit am 18. 1. 2019 verkündetem Urteil abgewiesen.

### Aus den Gründen

B. Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache teilweise Erfolg.

Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 3 a UWG wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 1 DSGVO zu.

I. Der Kläger ist als Mitbewerber aktivlegitimiert (vgl. II. 1.). In der vorliegenden Fallkonstellation sind die Regeln der DSGVO als Marktverhaltensregeln im Sinne des § 3 a UWG anzusehen (vgl. II. 2.). Bei den erfassten Daten handelt es sich um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO (II. 3.). Der Beklagte verarbeitet die von der Handelsplattform erhobenen Daten ohne ausdrückliche Einwilligung im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO (II. 4.). Berufsrechtliche Verstöße vermag der Senat im vorliegenden Fall nicht festzustellen (vgl. III.). Ein Schadensersatzanspruch oder ein vorgeschalteter Anspruch auf Auskunft scheidet aus, da dem Beklagten kein Verschulden vorzuwerfen ist (IV.).

II. 1. Der Kläger ist aktivlegitimiert. Die Parteien sind Mitbewerber im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. [...]