Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 W 88/11
91 O 25/11 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

der a[redacted] GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer R[redacted] S[redacted],
[redacted], 9[redacted] Sulzheim,

Antragstellerin und
Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [redacted] & S[redacted],
[redacted], 2[redacted] Hamburg -

g e g e n

N[redacted] K[redacted],
[redacted], 2[redacted] Vögelsen,

Antragsgegner und
Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte A[redacted],
[redacted], 0[redacted] Leipzig -

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Sch[redacted], den Richter am Kammergericht Dr. H[redacted] und die Richterin am Kammergericht J[redacted] am 29. April 2011
beschlossen:

AVR1

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 31. März 2011 gegen den Beschluss der Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin vom 14. März 2011 - 91 O 25/11 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
3. Der Wert des Beschwerdeverfahrens beträgt 10.000,- €.

Gründe

I.

Die Antragstellerin trägt vor, sie sei ebenso wie der Antragsgegner im Onlinehandel tätig und biete dort sogenannte Sterntaufen an.

Der Antragsgegner habe auf seiner Webseite „sternen[redacted].de" einen „Gefällt-mir-Button" des Netzwerkbetreibers Facebook installiert. Das damit verbundene Programm bewirke einen ständigen Datenaustausch zwischen der Seite des Antragsgegners und dem Server von Facebook in den USA.

Besuche ein Facebookmitglied die Seite des Antragsgegners, leite das Programm Informationen wie Datum und Uhrzeit des Besuchs, die besuchte Webseite sowie IP-Adresse, Browser und das vom Besucher verwendete Betriebssystem an Facebook weiter. Sei das Facebookmitglied während seines Besuchs auf der Seite des Antragsgegners bei Facebook angemeldet, werde auch dessen von Facebook vergebene Kennnummer erfasst und an Facebook weitergeleitet.

Die Antragstellerin beanstandet einen Verstoß des Antragsgegners gegen § 13 Abs. 1 TMG, in dem sie eine Marktverhaltensvorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sieht.

Die Antragstellerin hat beantragt,

> dem Antragsgegner unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen,
> im geschäftlichen Verkehr im Internet den Verkauf von Sterntaufen anzubieten und dabei das Facebook-Plug-in „Gefällt mir" auf seiner Webseite zu verwenden, ohne die Benutzer dieser Webseite zugleich ausdrücklich auf die damit verbundene Datenübertragung an Facebook zu informieren, wenn dies wie in der Anlage AS 6 zur Antragschrift geschieht.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit der Begründung zurückgewiesen, § 13 Abs. 1 TMG diene dem Persönlichkeitsschutz der Betroffenen und nicht dazu, für ein lauteres Verhalten am Markt zu sorgen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 567 Abs. 1 Nr. 2, 569 ZPO zulässig, aber nicht begründet.

Auf § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG und § 13 Abs. 1 TMG kann die Antragstellerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht stützen.

1.

Nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen der Antragstellerin mag einiges dafür sprechen, dass der Antragsgegner gegen § 13 Abs. 1 TMG verstoßen hat.

Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG hat der Antragsgegner als Diensteanbieter im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist.

Obwohl der Antragsteller auf seiner Webseite sternregister.de das sogenannte Facebook-Plug-in „Gefällt mir" vorhält, dessen Installation auch die Erfassung und Weiterleitung personenbezogener Daten an die Betreiber der Plattform Facebook zur Folge hat, enthält die Webseite derartige Informationen nicht.

Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. Diese Legaldefinition gilt aufgrund des Verweises in § 12 Abs. 3 TMG auch für die Erhebung personenbezogener Daten im Sinne des TMG (vgl. Spindler/Nink in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 11 TMG, Rn 5 unter Bezugnahme auf § 12 Abs. 4 TMG in der bis zum 31. August 2009 gültigen Fassung).

a)

Auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen ist ohne weiteres davon auszugehen, dass der Antragsgegner personenbezogene Daten der Facebookmitglieder erfasst, die während sie seine Seite aufsuchen, bei Facebook angemeldet sind.

In den von der Antragstellerin auszugsweise vorgelegten Informationen (Anlage AS 5 zur Antragschrift), die Facebook seinen Mitgliedern erteilt, heißt es:

> „Welche Informationen über mich erhält Facebook, wenn ich eine Webseite mit einem sozialen Plug-In von Facebook aufsuche?

> Wenn Du eine Partnerseite aufsuchst, sieht Facebook das Datum und die Uhrzeit deines Besuchs, die Webseite, auf der du dich befindest (URL) sowie weitere technische Informationen über die IP-Adresse, den Browser und das von dir verwendete Betriebssystem. Dies sind branchenübliche Daten, mit denen wir dein Erlebnis optimieren können, je nachdem welchen Browser du verwendest und ob du bei Facebook angemeldet bist oder nicht. Wenn du bei Facebook angemeldet bist, sehen wir auch deine Nutzer-Kennnummer. Wir benötigen diese Kennnummer, um dir den richtigen sozialen Kontext bzw. das richtige soziale Umfeld auf der Webseite zu zeigen. Beispiel: Wenn du eine Partnerseite besuchst, müssen wir wissen, wer du bist, um dir zu zeigen, was deinen Freunden gefallen hat oder was sie empfohlen haben".

Diese Ausführungen lassen den Schluss zu, dass Facebook seine Mitglieder über die Kennnummer unschwer identifizieren kann. Die Kennnummer und die weiteren nach den obigen Informationen erfassten Daten des Facebookmitglieds sind personenbezogene Daten im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG.

b)

Den oben zitierten Informationen lässt sich weiter entnehmen, dass auch Daten der Besucher der Webseite des Antragsgegners erfasst werden, die zwar Facebookmitglieder, im Zeitpunkt ihres Besuchs aber nicht bei Facebook angemeldet sind, nämlich Datum und die Uhrzeit des Besuchs, URL der besuchten Seite sowie zumindest die IP-Adresse, den Browser und das verwendete Betriebssystem des Besuchers.

Im Hinblick auf die Erfassung dieser Daten kann ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 TMG vorliegen, wenn diese Daten als Daten einer bestimmbaren natürlichen Person anzusehen sind.

Die Möglichkeit der Bestimmbarkeit kann sich insbesondere über die IP-Adresse ergeben.

Über statische IP-Adressen, d.h. IP-Adressen, die dauerhaft einem bestimmten Anschluss zugeordnet sind, kann jedenfalls der Inhaber des Anschlusses, bei dem es sich regelmäßig um eine juristische Person handelt, mit Hilfe einer Adressdatenbank ermittelt werden (vgl. Spindler/Nirk, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 11 TMG, Rn 8). Dynamische IP-Adressen, d.h. IP-Adressen, die der Access-Provider dem Nutzer mit jeder Einwahl neu zuweist, kann zumindest der Access-Provider zuordnen (vgl. Spindler/Nirk, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 11 TMG, Rn 8).

In statischen und dynamischen IP-Adressen sind zumindest dann personenbezogene Daten zu sehen, wenn man die Bestimmbarkeit der Person hinter der IP-Adresse ausschließlich nach objektiven Kritierien beurteilt, also die theoretische Möglichkeit ausreichen lässt, einen Personenbezug – gegebenenfalls mit Hilfe eines Dritten – herzustellen (so: AG Mitte, Urteil vom

27. März 2007, 5 C 314/06; VG Wiesbaden, Beschluss vom 27. Februar 2009, 6 K 1045/08.Wi; Breyer NJW-aktuell, 2010, Nr. 11, 18; Kitz GRUR 2003, 1014, 1018; Roggenkamp, juris-ITR 3/2011, Anm. 6).

Entsprechendes gilt, wenn man die Beurteilung nach relativen Kriterien vornimmt, d.h. danach, ob die datenverarbeitende Stelle nach ihren Verhältnissen, d.h. mit den ihr normalerweise zur Verfügung stehenden Mitteln und ohne unverhältnismäßigen Aufwand, die Möglichkeit hat, den Personenbezug herzustellen (so AG München K&R 2008, 767; Eckhardt K&R 2008, 768; Schmitz in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 16.2, Rn 79 – 81; Klug RDV 2009, 76; Spindler/Nirk, in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 11 TMG, Rn 8) und hier zugunsten der Antragstellerin annimmt, dass jedenfalls Facebook diese Möglichkeit unschwer hat.

c)

Im Übrigen dürfte auch einiges dafür sprechen, den Antragsgegner als denjenigen anzusehen, der die Daten erhebt.

Erheben ist nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 3 BDSG das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Diese Legaldefinition gilt aufgrund des Verweises in § 12 Abs. 3 TMG auch für die Erhebung personenbezogener Daten im Sinne des TMG (vgl. Spindler/Nink in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., § 11 TMG, Rn 5 unter Bezugnahme auf § 12 Abs. 4 TMG in der bis zum 31. August 2009 gültigen Fassung).

2.

Nach § 4 Nr. 11 UWG handelt aber nur derjenige unlauter, der einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Als Marktverhalten ist jede Tätigkeit auf dem Markt zu sehen, durch die ein Unternehmer auf die Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer einwirkt. Dazu gehören nicht nur das Angebot und die Nachfrage von Waren und Dienstleistungen, sondern auch die Werbung und der Abschluss und die Durchführung von Verträgen. (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 4, Rn 11.34; Schaffert in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, § 4 Nr. 11, Rn 54).

Das Erfassen personenbezogener Daten der Facebookmitglieder, die die Webseite des Antragsgegners besuchen, und die Weiterleitung der Daten an Facebook sowie die an diese Vorgänge anknüpfende Informationspflicht des § 13 Abs. 1 TMG betreffen den Marktauftritt des Antragsgegners jedenfalls nicht unmittelbar. Es besteht nur insoweit ein Zusammenhang zwischen dem Marktauftritt des Antragsgegners sowie Datenerfassung und – weiterleitung, als das vom Antragsteller installierte Programm die Daten anlässlich eines Kontakts des Facebookmitglieds mit dem werbenden Internetauftritt des Antragsgegners erhebt und weiterleitet.

Außenwirkung im Sinne einer Tätigkeit auf dem Markt mit dem Ziel der Einwirkung auf andere Marktteilnehmer entfalten diese Vorgänge erst, wenn nach der Datenverarbeitung durch Facebook werbende Inhalte auf der Seite des Antragsgegners erscheinen, die Facebook als Nachrichten oder Empfehlungen von Freunden bezeichnet. Anderes lässt sich dem Vorbringen der Antragstellerin jedenfalls nicht entnehmen.
In diesem Sinne betrifft ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 TMG ein Verhalten, das dem Marktverhalten vorausgegangen ist und nur dann als Marktverhaltensvorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG anzusehen ist, wenn ihm eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion innewohnt (vgl. BGH GRUR 2010, 654 – Zweckbetrieb, Rn 18).

a)
Diese Schutzfunktion ist im Hinblick auf die Mitbewerber des nach § 13 Abs. 1 TMG Informationspflichtigen nicht zu erkennen.
Die Vorschriften im vierten Abschnitt des TMG mit der Überschrift „Datenschutz" verfolgen ebenso wie bereits die Vorgängerregelungen in dem bis zum 28. Februar 2007 gültigen TDDSG das Ziel, „eine verläßliche Grundlage für die Gewährleistung des Datenschutzes im Bereich der Teledienste zu bieten und einen Ausgleich zwischen dem Wunsch nach freiem Wettbewerb, berechtigten Nutzerbedürfnissen und öffentlichen Ordnungsinteressen zu schaffen" (vgl. BT-Drucksache 13/7385, S. 21, zum TDDSG; Schmitz in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, 16.2, Rn 15).
Die durch § 13 Abs. 1 TMG wie in ähnlicher Weise zuvor durch § 3 Abs. 5 TDDSG auferlegte Informationspflicht soll konkret gewährleisten, dass der Nutzer „sich einen umfassenden Überblick über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten verschaffen kann" (vgl. BT-Drucksache 13/7385, S. 22, zum TDDSG).
Der Gesetzgeber hat mithin allein überindividuelle Belange des freien Wettbewerbs bei der Gesetzgebung berücksichtigt, um Beschränkungen der Persönlichkeitsrechte der Nutzer von Telediensten zu rechtfertigen, nicht aber Interessen einzelner Wettbewerber.
Für die Beurteilung, ob ein Verstoß im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG vorliegt, ist es unerheblich, ob sich ein Unternehmer durch die Missachtung einer derart auf den Datenschutz bezogenen Informationspflicht einen Vorsprung im Wettbewerb verschafft (vgl. BGH GRUR 2010, 654 – Zweckbetrieb, Rn 19; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 4, Rn 11.35c).

b)
Im Hinblick auf Verbraucher mag § 13 Abs. 1 TMG die erforderliche wettbewerbsbezogene Schutzfunktion insoweit zuzugestehen sein, als die Informationsverpflichtung auch dazu dienen kann, Beeinträchtigungen der Privatsphäre durch unerwünschte Werbung abzuwehren und zu unterbinden.

Wie § 7 UWG zeigt, wird der Verbraucher durch unerwünschte Werbung nicht nur in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern auch in seiner Stellung als Marktteilnehmer beeinträchtigt (vgl. Schaffert in: Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht, § 4 Nr. 11, Rn 69).

3.

Auf der Grundlage des glaubhaft gemachten Vortrages der Antragstellerin ist jedoch nicht davon auszugehen, dass eine danach bestehende wettbewerbsbezogene Schutzfunktion des § 13 Abs. 1 TMG durch das beanstandete Verhalten des Antragsgegners tangiert wird.

a)

Facebookmitglieder, die während ihres Besuchs auf der Webseite des Antragsgegners bei Facebook angemeldet sind, geben dem auf der Seite des Antragsgegners installierten Programm Wunsch und Bereitschaft zu erkennen, dass Facebook ihnen den „richtigen sozialen Kontext bzw. das richtige soziale Umfeld", d.h. Nachrichten und Empfehlungen von „Freunden" anzeigt.
Das Wettbewerbsrecht will die Privatsphäre jedoch nur vor unzumutbaren Belästigungen durch geschäftliche Handlungen schützen, insbesondere vor Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht (vgl. § 7 Abs. 1 UWG).-

b)

Für Facebookmitglieder, die während ihres Besuchs auf der Webseite des Antragsgegners bei Facebook angemeldet sind, den „Gefällt-mir-Button" betätigen und infolgedessen weitere Werbung des Antragsgegners erhalten, gelten die obigen Ausführungen erst recht.

c)

In welcher lauterkeitsrechtlich beachtlichen Weise Facebookmitglieder, die während ihres Besuchs auf der Webseite des Antragsgegners nicht bei Facebook angemeldet sind, infolge der Datenerfassung und –weiterleitung durch geschäftliche Handlungen in ihrer Privatsphäre beeinträchtigt werden, ist dem Vorbringen der Antragstellerin nicht zu entnehmen.

d)

Sofern aufgrund der oben unter a) bis c) aufgeführten Gründen nicht bereits die Unlauterkeit der beanstandeten Unterlassung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG zu verneinen ist, steht einer wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit aus diesen Gründen die fehlende geschäftliche Relevanz entgegen.
Unlautere geschäftliche Handlungen sind nur dann unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG).

Auch insoweit gilt, dass nur lauterkeitsrechtlich geschützte Interessen von Verbrauchern in Betracht zu ziehen sind (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 3, Rn 1.20).

III

Die Entscheidungen zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und zur Wertfestsetzung beruhen auf § 97 Abs. 1, § 3 ZPO.

Sch[redacted] Dr. H[redacted] J[redacted]