
Datum: 05.01.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 121/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0105.15U121.16.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 7/16

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.07.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (28 O 7/16) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist niedergelassene Fachärztin für Dermatologie und Allergologie.

Die Beklagte betreibt das Ärztebewertungsportal www.K.de, das von monatlich mehr als 5 Millionen Internet Nutzern besucht wird.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der Veröffentlichung ihrer persönlichen Daten und eines Profils der Klägerin, auf welchem Patientenbewertungen eingestellt werden können und werbliche Verweise auf weitere Ärzte eingeblendet werden, auf Löschung und Unterlassung in Anspruch.

Sie hat erstinstanzlich folgende Anträge gestellt:

1
2
3
4
5
6

1. die Beklagte zu verurteilen, die nachfolgenden auf der Internetseite www.K.de über die Klägerin veröffentlichten Daten zu löschen:

7



8

und

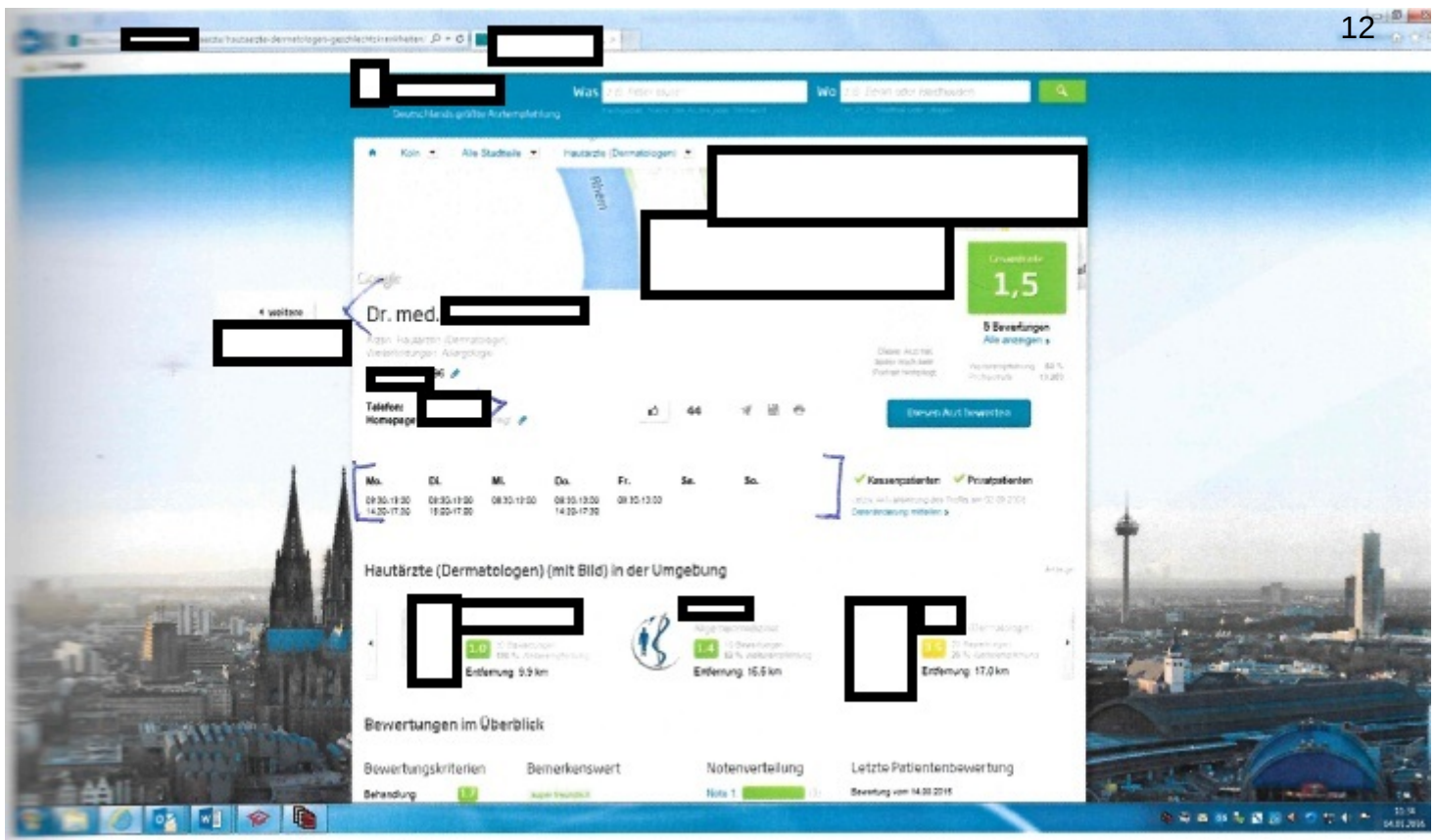
9

Mo.	Di.	Mi.	Do.	Fr.	Sa.	So.
08:30-13:00 14:30-17:30	08:30-13:00 15:00-17:00	08:30-13:00	08:30-13:00 14:30-17:30	08:30-13:00		

10

2. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, in Bezug auf die Klägerin auf der Webseite www.K.de ein Profil mit deren Namen und Adresse zu veröffentlichen, auf welchen Bewertungen durch angebliche Patienten der Klägerin eingestellt werden können und auf welchem werbliche Verweise auf weitere Ärzte eingeblendet werden, wenn dies geschieht wie in der nachstehend wiedergegebenen Weise:

11



12

13

3. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von der Forderung der Höcker Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft für die außergerichtliche Rechtsverfolgung i.H.v. 923,38 EUR freizustellen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

14

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 13.07.2016 (28 O 7/16, GA 209 ff.) abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klageanträge seien zwar zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt, in der Sache aber nicht begründet.

15

Der von der Klägerin mit Antrag zu 1. geltend gemachte Löschungsanspruch gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG stehe ihr nicht zu. Danach sei eine Löschung personenbezogener Daten geboten, wenn ihre Speicherung unzulässig sei. Dies beurteile sich hier nicht nach § 28 BDSG sondern nach § 29 BDSG. Danach sei die Speicherung der streitgegenständlichen Daten zulässig. Dies sei nicht in nur isolierter Betrachtung der Daten, sondern unter Würdigung im Zusammenhang mit der Speicherung der Bewertungen zu beurteilen. Insoweit habe eine Abwägung zwischen dem Schutz des Rechts der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und dem Recht der Beklagten auf Kommunikationsfreiheit andererseits zu erfolgen, bei der auch die mittelbare Drittwirkung des beiden Parteien zustehenden Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sei.

16

Danach überwögen die Interessen der Klägerin am Ausschluss der Speicherung der streitgegenständlichen Daten die Interessen der Beklagten und der Nutzer ihres Portals an dessen Betrieb und der damit verbundenen Datenspeicherung nicht.

17

Hierbei sei zwar zu berücksichtigen, dass die Klägerin durch ihre – gegen ihren Willen erfolgte - Aufnahme in das Ärztebewertungsportal nicht nur unerheblich belastet werde, die Breitenwirkung des Portals ganz erheblich und auch nicht auszuschließen sei, dass Bewerter das Portal missbrauchten. Allerdings sei die Klägerin nur in ihrer Sozialsphäre berührt und seien schwerwiegende Auswirkungen auf ihr Persönlichkeitsrecht, die mit negativen Sanktionen verknüpft seien – wie etwa eine Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung oder Prangerwirkung -, weder ersichtlich noch vorgetragen. Zudem sei die Klägerin den Gefahren des Bewertungsportals nicht schutzlos ausgeliefert, da sie sich gegen ihrer Auffassung nach unzulässige Bewertungen über die entsprechenden Schaltflächen wehren, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von § 10 TMG Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend machen und sich durch Registrierung ihrer E-Mailadresse bei der Beklagten über neue Bewertungen stets informieren lassen könne. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Bewertungen nicht mit dem Vorwurf eines (objektiven) Behandlungsfehlers verbunden seien, da es sich bei den Bewertenden – für den durchschnittlichen Leser erkennbar – typischerweise um medizinische Laien handele. Zuletzt seien die von der Klägerin konkret für ihre Person geltend gemachten Belastungen nicht allzu schwerwiegend, da die von ihr in Bezug genommenen 18 Bewertungen nicht als Schmähkritik einzuordnen seien.

18

Demgegenüber sei von einem ganz erheblichen Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über ärztliche Dienstleistungen auszugehen, dem durch das Portal der Beklagten Rechnung getragen werde. Dem stehe nicht entgegen, dass die dortigen Bewertungen typischerweise nicht von Fachleuten herrührten und subjektiv geprägt seien, da auch dies eine sinnvolle Ergänzung der bisherigen Informationsquellen darstelle. Unschädlich sei auch, dass die Bewertungen anonym abgegeben werden können, da auch anonyme Meinungsäußerungen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt seien und anonyme Bewertungen im Fall eines Ärztebewertungsportals ganz besonderes Gewicht erlangten. Nicht von Bedeutung sei in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte seitens des Landgerichts München I zu

19

Unterlassung einer bestimmten Darstellung einer Suchergebnisliste verurteilt worden sei, da sie den dortigen Anforderungen an eine zulässige Darstellung mittlerweile nachgekommen sei. Schließlich erfülle ein Bewertungsportal, das von der Zustimmung der bewerteten Ärzte abhängig wäre, den mit ihm verfolgten Zweck allenfalls noch eingeschränkt.

Zu berücksichtigen sei zwar, dass zahlende Kunden der Beklagten auf dem Profil der Klägerin angezeigt würden, umgekehrt die Klägerin aber als nicht zahlender Arzt auf den Profilen ihrer unmittelbaren Konkurrenten nicht. Damit sei nicht gänzlich auszuschließen, dass ein potentieller Patient der Klägerin sich aufgrund der dortigen Werbeeinblendung von konkurrierenden Ärzten in unmittelbarer räumlicher Nähe für einen derselben entscheide, was von der Beklagten gegen Entgelt unterstützt werde, ohne dass die Klägerin eine vergleichbare Chance der Abwerbung von Patienten habe. Nicht von der Hand zu weisen sei auch, dass hierdurch ein wirtschaftlicher Druck auf die Klägerin zum Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages mit der Beklagten ausgeübt werde. Demgegenüber sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Werbung für Konkurrenten der Klägerin in ausreichender Art und Weise als solche gekennzeichnet und vom Durchschnittsrezipienten auch nur als solche wahrgenommen werde. Zu beachten sei auch, dass die Konkurrenten weder nach ihrer Gesamtnote noch nach ihrer Entfernung zur Praxis der Klägerin sortiert und auch Konkurrenten mit einer schlechteren Gesamtnote als die Klägerin ausgewiesen würden. Eine Irreführung der Nutzer der Plattform hinsichtlich der Motive der Beklagten oder der Fähigkeiten des jeweiligen Arztes sei damit nicht gegeben. Da eine gewisse Behinderung des eigenen Gewerbes grundsätzlich als Auswirkung des erlaubten Wettbewerbs um Aufmerksamkeit im Internet hinzunehmen sei, müsse die Klägerin auch akzeptieren, dass ihre Konkurrenten sich durch den Abschluss eines entgeltlichen Vertrages mit der Beklagten einen Vorteil in der Wahrnehmung potentieller Patienten verschafften, soweit dies – wie hier der Fall – durch die Gestaltung des Profils der Klägerin und der Anzeige der Konkurrenten offenbart und den Nutzern gegenüber seitens der Beklagten keine Arztempfehlung ausgesprochen werde. Dann obliege es dem jeweils nichtzahlenden Arzt – hier der Klägerin – im Rahmen einer ökonomischen Abwägung zu entscheiden, ob er sich ebenfalls durch den Abschluss eines entgeltlichen Vertrages einen identischen Wettbewerbsvorteil verschaffen wolle.

Der Antrag zu 2. sei demnach ebenfalls unbegründet, da der Klägerin kein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten nach § 4 Abs. 1 BDSG zustehe, sondern die Übermittlung nach § 29 Abs. 2 BDSG zulässig sei. Der - vom Wortlaut der Vorschrift verlangten - glaubhaften einzelfallbezogenen Darlegung des berechtigten Interesses am Abruf durch den Nutzer bedürfe es in der vorliegenden Konstellation nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht. Vorzunehmen sei jedoch auch hier eine Gesamtabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Informationsinteresse desjenigen, dem die Daten über das Internet übermittelt werden. Diese Abwägung falle ebenso aus, wie hinsichtlich des Antrags zu 1. ausgeführt.

Aus den zu den Anträgen zu 1. und 2. genannten Gründen stehe der Klägerin auch kein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gemäß ihrem Antrag zu 3. zu.

Wegen der Einzelheiten des zu Grunde liegenden Sachverhalts sowie der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil verwiesen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Die Klägerin hat form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Sie wendet sich gegen die Güter- und Interessenabwägung des

Landgerichts, das – so die Ansicht der Klägerin – zum einen die Intensität ihrer Grundrechtsbeeinträchtigung, zum anderen aber insbesondere verkannt habe, dass die Beklagte mit ihrem Portal keinen echten Nutzen biete, sondern ihre Nutzer vielmehr (auch aus Profitgier) desinformiere und die Arztwahl durch geschickte Marketingmaßnahmen zu Gunsten ihrer zahlenden Kunden manipulierte. Dieser maßgebliche Aspekt, dass die Beklagte ihr – gegen ihren Willen und ohne ihre Zustimmung eingerichtetes – Profil und ihre Daten nutze, um zahlenden Kunden eine Werbeprojektionsfläche zu bieten, sei in der früheren K-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 23.09.2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 ff = GRUR 2014, 1228 ff. - K I) aus prozessualen Gründen unberücksichtigt geblieben und führe im vorliegenden Fall zu einem Überwiegen ihrer schützenswerten Interessen. Die Desinformation der Nutzer ergebe sich daraus, dass sie durch das Portal der Beklagten dazu verleitet würden, sich aufgrund „falscher“ Bewertungen von Personen, die niemals Patient des bewerteten Arztes gewesen seien, für bzw. gegen den betreffenden Arzt zu entscheiden oder einen Arzt nur deshalb zu wählen, weil dieser die (entgeltliche) Option „Top-Platzierung bei Fachgebieten“ gewählt habe. Desweiteren verleite das Portal Patienten massenhaft zur Wahl eines durch Marketingeffekte positiv herausgestellten zahlenden Kunden statt des ursprünglich von ihnen über Suchmaschinen gesuchten Arztes. Damit Sorge das Portal der Beklagten dafür, dass die Arztwahl nicht aus sachlichen Gründen erfolge, sondern durch geschickte Marketingmaßnahmen gesteuert werde, was gerade nicht im Interesse der Patienten oder der Allgemeinheit sei.

Darüber hinaus habe das Landgericht den Schutzbereich der Meinungsfreiheit überdehnt, indem es angenommen habe, diese Freiheit gewähre ein Recht auf anonyme Bewertungen oder gar Diffamierungen anderer. Dagegen spreche bereits die strafrechtliche Beweislastverteilung des § 186 StGB, zumal es auch nicht zu viel verlangt sei, für die eigene Bewertung einer anderen Person einzustehen. Das gelte auch für Arztbewertungen, da bei den meisten Arztkategorien allein die Preisgabe der Tatsache einer dortigen Behandlung keine Peinlichkeit darstelle.

25

Verkannt habe das Landgericht außerdem, dass das Portal der Beklagten eine negative Auswirkung auf das Gesundheitssystem habe, weil es dazu führe, dass das Arzt–Patienten–Verhältnis von gegenseitigem Misstrauen geprägt werden könne und der Arztberuf dadurch noch unattraktiver werde.

26

Nicht zutreffend gewürdigt habe das Landgericht desweiteren, wie schwierig es sei, nicht Opfer rechtswidriger Bewertungen im Portal der Beklagten zu werden bzw. zu bleiben. Wie ihr Beispiel gezeigt habe, sei ein Vorgehen gegen rechtswidrige Bewertungen ohne anwaltliche Hilfe in der Regel erfolglos, darüber hinaus sei es ihr unzumutbar, ihr Profil regelmäßig auf rechtswidrige Bewertungen überprüfen zu müssen. Die vom Landgericht hierzu angeführte Möglichkeit einer kostenlosen Registrierung bei der Beklagten stelle keinen ausreichenden Ausgleich dar, da sie ihrerseits erhebliche Nachteile durch Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten mit sich bringe.

27

Nicht ausreichend berücksichtigt habe das Landgericht auch die erheblichen negativen Auswirkungen für ihre schutzwürdigen Interessen. Diese ergäben sich bereits daraus, dass die Beklagte ihr Profil ohne ihre Zustimmung und Mitwirkungsmöglichkeit eingerichtet habe. Dabei verwende sie für nicht zahlende Kunden bewusst unattraktiv und abschreckend gestaltete Basisprofile, wohingegen die Profile ihrer Premium–Kunden besonders attraktiv werblich ausgestaltet und mit Fotografien versehen werden könnten. Darüber hinaus mache die Beklagte für den typischen und flüchtigen Nutzer in keiner Weise oder aber nur mit großer Mühe erkennbar, dass diese kostenpflichtigen Premium–Profile bezahlte Werbung sind.

28

Hinzu komme, dass die Gestaltung der Beklagten H–Suchmaschinen-optimiert sei, was dazu führe, dass ein Patient auf der Suche nach ihr - der Klägerin - Gefahr laufe, zuerst auf ihrem unattraktiven Profil bei der Beklagten zu landen. Schließlich werde sie unter erheblichen wirtschaftlichen Druck gesetzt, um sich von einem abträglich gestalteten Profil und einer Umleitung von Kunden „freikaufen“ zu müssen. Hierin liege eine unzulässige werbliche „Zwangskommerzialisierung“ ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts und eine „erpresserische“ Nutzung ihrer persönlichen Daten. Dabei sei zu betonen, dass es ihr nicht darum gehe, das Modell der Beklagten an sich zu untersagen, sondern lediglich die aktuelle und in der konkreten Ausgestaltung angegriffene Gestaltung ihrer Webseite.

Die Klägerin beantragt, 29

das am 13.07.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (28 O 7/16) aufzuheben und der 30
Klage gemäß den erstinstanzlichen Schlussanträgen stattzugeben.

Die Beklagte beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Die Beklagte ist der Ansicht, in der angefochtenen Entscheidung seien alle relevanten 33
Faktoren berücksichtigt und im Rahmen der Gesamtabwägung zutreffend gewichtet worden. Die Klägerin sei lediglich in ihrer Sozialsphäre betroffen, wohingegen ihre Bewertungsplattform - auch unter Berücksichtigung ihrer Eigenschaft als kommerzielles Unternehmen – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte, vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 und des Art. 12 Abs. 1 GG erfasste Funktion von erheblicher Bedeutung erfülle. Der Vorwurf der Desinformation gehe fehl, weil die Plattform gerade dem - nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls grundrechtlich geschützten – Zweck diene, dass medizinische Laien ihre Eindrücke schildern können. Auch der Möglichkeit einer anonymen Bewertung komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, K II) gerade bei Arztbewertungen besondere Bedeutung zu. Darüber hinaus habe sie vielfältige Maßnahmen implementiert, um dem von der Klägerin erhobenen Vorwurf einer missbräuchlichen Nutzung der Bewertungsmöglichkeit zu begegnen und den betroffenen Ärzten die Möglichkeit zu geben, sich gegen aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Bewertungen zu wenden.

Soweit die Klägerin sich auf den Aspekt der „Top-Platzierung“ stütze, habe dies mit dem 34
Profil zu einem einzelnen Arzt nichts zu tun, sondern betreffe die Suchtrefferliste, die angezeigt werde, wenn ein Nutzer allgemein nach einem Arzt einer bestimmten Fachrichtung suche. Zudem seien die in dieser Liste angezeigten Top–Platzierungen deutlich mit „Anzeige“ gekennzeichnet und auch sonst derart abweichend von den sonstigen Suchtreffereinträgen gestaltet, dass für jeden Nutzer ihr werblicher Charakter ersichtlich sei.

Der - als solcher zutreffende - Hinweis der Klägerin darauf, dass in der K I - Entscheidung 35
des Bundesgerichtshofs der Vortrag zu den Einblendungen zahlender Konkurrenten aus prozessualen Gründen nicht gewürdigt worden sei, besage nichts darüber, wie bei Berücksichtigung dieses Aspekts entschieden worden wäre. Überdies sei der seinerzeitige Vortrag des Revisionsklägers insofern falsch gewesen, als darauf verwiesen wurde, dass in den Einblendungen Ärzte mit „besserer Bewertung“ erschienen. Das sei tatsächlich nicht der Fall, weswegen auch die hier vom Landgericht vorgenommene Abwägung nicht zu beanstanden sei.

Soweit die Klägerin außerdem behauptete, durch die Einblendung von Ärzten aus der örtlichen Umgebung ihrer Praxis tatsächlich Nachteile erlitten zu haben, werde dies mit Nichtwissen bestritten und sei von der Klägerin nicht einmal ansatzweise belegt. In rechtlicher Hinsicht habe die Klägerin ohnehin keinen Anspruch darauf, dass Informationen zu ihr in einem werbefreien Umfeld erschienen. Sie – die Beklagte - verwende auch keine manipulativen „geschickten Marketingmaßnahmen“, sondern biete Ärzten nur die Möglichkeit, sich im Rahmen einer eigenen Homepage, welche auf ihrer Plattform gehostet werde, mit zusätzlichen Informationen zu präsentieren. Die Profile zahlender Ärzte unterschieden sich von denjenigen der Nichtzahlenden zudem lediglich durch zusätzliche Informationen zum Arzt und ein Profilbild, die von dem Arzt selbst stammten. Hierüber werde der Nutzer auch mittels der Kennzeichnung der Profile zahlender Ärzte z.B. mit „Gold“ und die über diese Kennzeichnung aufrufbaren Angaben informiert.

Wegen der Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze und Unterlagen verwiesen. 37

II. 38

Die gemäß §§ 511 ff. ZPO statthafte und zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. 39

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche, die auf dem Internet-Ärztewertungsportal über sie veröffentlichten, im Antrag zu 1. genannten Daten zu löschen (**A.**), die Veröffentlichung ihres im Antrag zu 2. wiedergegebenen "Profils" zu unterlassen (**B.**) und die ihr vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten zu erstatten (**C.**) für nicht gegeben erachtet. 40

A. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf **Löschung** ihrer im **Antrag zu 1.** wiedergegebenen persönlichen Daten auf der Internet-Seite der Beklagten zu. 41

I. Die Klägerin wendet sich im Ergebnis ohne Erfolg dagegen, dass das Landgericht die Voraussetzungen eines diesbezüglichen **datenschutzrechtlichen** Löschungsanspruchs gemäß § 1004 analog, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG verneint hat. Zwar hat ist die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der streitgegenständlichen Datenspeicherung – anders als vom Landgericht angenommen – im vorliegenden Fall nicht nur nach § 29 BDSG, sondern auch nach § 28 BDSG zu beurteilen (**1.**). Das verhilft der Berufung im Ergebnis jedoch nicht zum Erfolg, da die Voraussetzungen für eine zulässige Speicherung nach beiden Vorschriften erfüllt sind (**2. und 3.**). 42

1. § 35 BDSG findet im Streitfall, ebenso wie die übrigen Vorschriften des dritten Abschnitts des Bundesdatenschutzgesetzes, grundsätzlich Anwendung (vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2014 - VI ZR 358/13, a.a.O.). Demnach stünde der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG ein Anspruch auf Löschung ihrer im Antrag zu 1. genannten personenbezogenen Daten zu, wenn ihre Speicherung unzulässig wäre. 43

Ob die Speicherung der streitgegenständlichen Daten im vorliegenden Fall zulässig ist, bestimmt sich hier sowohl nach § 29 BDSG als auch nach § 28 BDSG: 44

a. Für die Abgrenzung von § 28 BDSG und § 29 BDSG ist - wie das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend ausgeführt hat - der vom privatwirtschaftlichen Datenverarbeiter verfolgte Zweck entscheidend. Erfolgt die Datenverarbeitung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke, ist sie also lediglich Hilfsmittel zur Erfüllung bestimmter anderer, 45

eigener Zwecke der datenverarbeitenden Stelle, so beurteilt sich ihre Zulässigkeit nach § 28 BDSG. Werden die Daten hingegen geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung verarbeitet, ist die Datenübermittlung selbst also eigentlicher Geschäftsgegenstand, so gilt § 29 BDSG (vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2014 – VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 ff. = GRUR 2014, 1228, Tz. 23; Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888, juris Tz. 24 - spickmich.de). Werden personenbezogene Daten primär für eigene Zwecke verarbeitet und nur gelegentlich an Dritte weitergegeben (z.B. im Falle der Bankauskunft), so bleibt § 28 BDSG anwendbar (vgl. Gola/Schomerus, BDSG 12. Aufl 2015, § 29 Rn. 2). Sobald jedoch die Verarbeitung für "fremde" Zwecke erfolgt und die Daten sich, wie bei Auskunftfeien, in eine Ware verwandeln, die Ziel und Gegenstand der Verarbeitungstätigkeit bestimmt, verlagert sich der Akzent auf die §§ 29, 30 BDSG (vgl. Simitis, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl 2014, § 28 Rn. 22).

Soweit nicht-öffentliche Stellen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eigene und fremde Zwecke verfolgen, müssen sie beide dafür in Betracht kommende Regelungen, also sowohl § 28 BDSG als auch die §§ 29, 30 BDSG, beachten. Das Gesetz kennt kein Entweder-Oder. Jede dieser Vorschriften ist eindeutig auf ein bestimmtes Verwendungsziel zugeschnitten. Ihr Anwendungsbereich bleibt folglich von vorneherein auf die jeweils damit zusammenhängenden Verarbeitungsvorgänge beschränkt. Es ist deshalb weder von Bedeutung, dass eine einzige Stelle die Daten verarbeitet, noch kommt es lediglich darauf an, wo der Schwerpunkt ihrer Aktivitäten und damit auch der Verarbeitung personenbezogener Daten liegt (vgl. Simitis, a.a.O. § 28 Rn. 25 m.w.Nachw.). 46

b. Danach ist hier nicht nur von einer Verwendung der Daten der Klägerin durch die Beklagte für fremde Zwecke (Übermittlung an Nutzer des Portals) auszugehen, sondern auch für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke. Dieser eigene Geschäftszweck liegt darin, Ärzten den kostenpflichtigen Abschluss von Verträgen anzubieten, bei denen ihr Profil - anders als das Basisprofil der nichtzahlenden Ärzte – mit zusätzlichen Informationen und mit einem Foto des Arztes versehen und zudem bei Aufruf des Profils eines nichtzahlenden, im räumlichen Umfeld konkurrierenden Arztes gleicher Fachrichtung eingeblendet wird, während umgekehrt eine Einblendung unmittelbarer Konkurrenten auf dem eigenen Profil des Arztes unterbleibt. Hierbei handelt es sich um einen selbstständigen, zusätzlichen und eigenen Geschäftszweck der Beklagten, für den sie (auch) die persönlichen Daten der Klägerin (ihren Fachbereich und die Anschrift ihrer Praxis) als Hilfsmittel (als Anknüpfung) dafür nutzt, welche konkurrierenden zahlenden Ärzte auf dem Profil der Klägerin eingeblendet werden. Damit geht ihre eigene Nutzung der Daten der Klägerin über die bloße Übermittlung an Nutzer des Portals im Rahmen der Bewertungsfunktion hinaus. 47

Aufgrund dieser Datennutzung als Anknüpfung für die angebotene Werbefunktion stehen der Anwendung von § 28 BDSG auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der oben genannten spickmich.de-Entscheidung zur Einblendung von Werbung auf einem Internet-(Lehrer-)Bewertungsportal nicht entgegen. Danach ist § 28 BDSG zwar nicht schon dann anwendbar, wenn zur Finanzierung des Bewertungsportals der Beklagten auch Werbeanzeigen verbreitet werden, weil diese Werbefinanzierung nicht Zweck der Datenerhebung sei, sondern diese vielmehr im Informationsinteresse und für den Meinungsaustausch der Nutzer erfolge. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Vielmehr beschränkt sich die Beklagte - wie ausgeführt - gerade nicht auf die bloße allgemeine Schaltung von Werbung, sondern benutzt hierfür gezielt die persönlichen Daten der Klägerin, um ihren (potentiellen) Werbekunden einen besonderen Werbeanreiz bzw. eine besondere Werbefläche in Form der Anknüpfung an bereits einschlägige, weil auf einen Arzt der gleichen Fachrichtung und in räumlicher Nähe gerichtete, Suchanfragen zu bieten. 48

Da es nach den obigen Grundsätzen für die Abgrenzung von § 28 BDSG zu § 29 BDSG nicht auf den Schwerpunkt der jeweiligen Tätigkeit ankommt, spielt auch die – zwischen den Parteien streitige – Frage, ob das Potenzial an Ärzten, welche eine kostenpflichtigen Mitgliedschaft bei der Beklagten in Betracht ziehen, bei nur max. 10 % bis 20 % liegt (so der Vortrag der Beklagten), für die Anwendbarkeit von § 28 BDSG keine Rolle. Auch wenn sich die Zahl der zahlenden Ärzte (nur) in diesem Prozentbereich bewegen sollte, ist sie damit jedenfalls nicht so verschwindend gering, dass deswegen von einer nur gelegentlichen Verwendung der Daten zu eigenen Geschäftszwecken auszugehen wäre.

2. Die Zulässigkeit der Speicherung der streitgegenständlichen Daten **nach § 29 BDSG** hat das Landgericht zu Recht bejaht. 50

a. Das Landgericht ist dabei zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Zulässigkeit der Speicherung nach § 29 BDSG auch hier nach den Grundsätzen beurteilt, die der Bundesgerichtshof in der o.g. K I-Entscheidung vom 23.09.2014 (VI ZR 358/14, BGHZ 202, 242 ff. = GRUR 2014, 1228 ff.) entwickelt hat. Danach bestimmt sich der Prüfungsmaßstab für ein Bewertungsportal wie dasjenige der Beklagten einheitlich nach der Regelung des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG und nicht nach der - weniger strengen - Regelung des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, da nur die gemeinsame Verwendung der Daten der Klägerin mit den Bewertungen der Nutzer den von der Beklagten als Arztsuch- und -bewertungsportal verfolgten Zweck erfüllt und daher eine Würdigung im Zusammenhang mit der Speicherung der Bewertungen geboten ist. 51

Nach §29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG ist die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten zum Zweck der Übermittlung zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung oder Speicherung hat. Der wertausfüllungsbedürftige Begriff des „schutzwürdigen Interesses“ verlangt eine Abwägung des Interesses des Betroffenen an dem Schutz seiner Daten und des Stellenwerts, den die Offenlegung und Verwendung der Daten für ihn hat, mit den Interessen der Nutzer, für deren Zwecke die Speicherung erfolgt, unter Berücksichtigung der objektiven Wertordnung der Grundrechte (vgl. BGH, a.a.O.). 52

Im Streitfall hat daher eine Abwägung zwischen dem Schutz des Rechts der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK auf der einen Seite und dem Recht der Beklagten auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK auf der anderen zu erfolgen, bei der auch die mittelbare Drittwirkung des beiden Parteien zustehenden Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, a.a.O.). 53

b. Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass bei dieser Abwägung die Interessen der Klägerin am Ausschluss der Speicherung der streitgegenständlichen Daten (auch) im vorliegenden Fall die Interessen der Beklagten (und der Nutzer) am Betrieb des Portals und der damit verbundenen Datenspeicherung nicht überwiegen. 54

Das Landgericht hat hierbei zu Recht auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der K I – Entscheidung und die dortige Interessenabwägung zu § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG verwiesen. Danach wiegt die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen eines Arztes durch die Erhebung, Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten im Rahmen eines Arztsuche– und Arztbewertungsportals nicht schwerer als das Recht des Portalbetreibers auf Kommunikationsfreiheit, so dass dem betroffenen Arzt weder ein Lösungsanspruch nach § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, § 29 BDSG noch ein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Daten nach § 823 Abs. 2, § 55

1004 BGB analog i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG zusteht (vgl. BGH, a.a.O.).

Diese Gewichtung der widerstreitenden Interessen, der der Senat sich vollumfänglich anschließt, gilt entsprechend auch im vorliegenden Streitfall. 56

Die von der Klägerin dagegen angeführten Gesichtspunkte geben dem Senat keinen Anlass zu einer davon abweichenden Gewichtung: 57

aa. Dem Einwand der Klägerin, anders als vom Bundesgerichtshof in der K I - Entscheidung angenommen komme dem Bewertungsportal der Beklagten kein, jedenfalls kein relevanter seriöser Nutzwert für die nach einem Arzt suchenden Nutzer zu, vermag der Senat nicht zu folgen. 58

(1) Soweit die Klägerin generell geltend macht, bereits die (mögliche) Anonymität der Bewertungen begründe eine erhebliche Missbrauchsgefahr, die der Annahme eines Nutzwerts der Bewertungen entgegenstehe, hat der Bundesgerichtshof dem schon in der K I - Entscheidung eine Absage erteilt. Nach den dortigen Ausführungen (a.a.O. Tz. 41) erlangt die Möglichkeit, Bewertungen auch anonym abgeben zu können, vielmehr gerade im Fall eines Ärztebewertungsportals in Anbetracht der häufig betroffenen sensiblen Daten besonderes Gewicht. Dabei ist nach Auffassung des Senats auch keine Differenzierung danach möglich oder gar geboten, welcher Fachrichtung der betreffende Arzt angehört. 59

(2) Auch der Einwand der Klägerin, gegen die Seriosität der Bewertungen auf dem Portal der Beklagten spreche, dass dort - unstreitig - grundsätzlich eine durchgehende Bewertung mit der Note 6,0 möglich ist bzw. veröffentlicht wird, greift nicht. Zwar weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass im Tatbestand der spickmich.de - Entscheidung des Bundesgerichtshofs erwähnt wird, dass dort Benotungen mit ausschließlich der Note 1 oder 6 ausgesondert wurden und nicht in die Gesamtbenotung einfließen (BGH, Urt. v. 23.06.2009 - VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888). Es ist aber bereits den dortigen Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen, dass dieser Aspekt bei der damaligen Interessenabwägung überhaupt eine Rolle gespielt hat. Das gilt erst Recht für die anschließende K I - Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der dieser Gesichtspunkt an keiner Stelle erwähnt wird und das Bewertungsportal demnach auch ohne Feststellung einer entsprechenden Aussonderung durchgehend einheitlicher Benotungen für zulässig erachtet wurde. Der Senat sieht auch keinen Anlass zu einer davon abweichenden Beurteilung, da auch eine durchgehend einheitliche Benotung durchaus auf der subjektiven Bewertung einer tatsächlich erfolgten ärztlichen Behandlung beruhen kann. 60

(3) Die Klägerin hat auch nicht substantiiert dargetan, dass die auf dem Portal der Beklagten veröffentlichten Bewertungen inhaltlich massenhaft so einseitig und/oder diffamierend wären und/oder auf falschen Tatsachenbehauptungen beruhten, dass ihnen von vorneherein ein seriöser Nutzwert von öffentlichem Interesse abzusprechen wäre. Die von ihr hierfür angeführten Beispiele vermögen eine solche Annahme nicht zu begründen: 61

Soweit die Klägerin auf die von ihr beanstandeten und letztlich von der Beklagten entfernten 18 Bewertungen ihrer eigenen Person verweist, ist zunächst anzumerken, dass diese Bewertungen über einen Zeitraum von ca. fünf 1/2 Jahren hinweg abgegeben wurden. Darüber hinaus hat die Klägerin auch nicht dargetan, in diesem Zeitraum nicht auch positive Bewertungen erhalten zu haben. 62

Desweiteren hat bereits das Landgericht zutreffend festgestellt, dass keine der konkret angeführten 18 Bewertungen der Klägerin als Schmähkritik anzusehen ist, weil sie jeweils 63

durch eine konkrete, teils sogar umfangreiche Beschreibung des Behandlungsverlaufs bzw. des Verhaltens der Klägerin während der Behandlung einen hinreichenden Sachbezug der Kritik aufweisen und eine persönliche Herabwürdigung der Klägerin nicht im Vordergrund steht. Insbesondere vermag der Senat den von ihr konkret beanstandeten Überschriften (GA 33 f.: *"Katastrophe und absolut nicht vertrauenswürdig"*, *"Frau Doktor F geht GAR NICHT"*, *"Sind die Ärzte noch Menschen?"*, *"Frau Doktor F ist nicht kompetent – Eher als Reiseverkehrskauffrau"*, *"Zu vermeiden!!! Sehr schlecht von Empfang bis zum Gespräch und keine Behandlung"*, *"NICHT zu empfehlen – diese Frau versteht ihr Handwerk nicht"*) nicht zu entnehmen, dass die Klägerin – wie sie meint – als Mensch herabgewürdigt oder ihre Eigenschaft als Mensch infrage gestellt wird. Ihre weitere Beschreibung als *"stutenbissig"* (Bewertung vom 11.07.2015: *"Das Personal ist sehr nett, nur nutzt das reichlich wenig, wenn die Ärztin in kompetent ist und nicht einmal im Beruf ihre Stutenbissigkeit unter Kontrolle hat, um Patienten zu behandeln."*) ist zwar nicht besonders niveauvoll und mag kränkend sein, weist allerdings in dem Gesamtkontext der Bewertung doch noch den erforderlichen Sachbezug auf und enthält jedenfalls keine derartige Herabwürdigung, dass sie als Schmähkritik zu bezeichnen wäre.

Dass ihre Bewertungen massenhaft tatsächlich falsch gewesen wären, hat die Klägerin ebenfalls nicht substantiiert dargetan. Dass die Beklagte offenbar sämtliche beanstandete 18 Bewertungen nach Durchlaufen ihres Prüfungsverfahrens von dem Portal entfernt hat, lässt einen derartigen Schluss nicht zu. Die Beklagte hat dazu plausibel angegeben, dass 13 Entfernungen darauf beruhten, dass sie von den Bewertern auf Nachfrage keine Rückmeldung erhalten habe, und fünf Bewertungen entfernt wurden, weil die Rückmeldungen aus ihrer Sicht nicht hinreichend präzise genug waren, um der Beschwerde der Klägerin hinreichend substantiiert entgegentreten zu können. Gerade das Unterbleiben von Rückmeldungen auf länger zurückliegende Bewertungen kann jedoch allein darin liegen, dass der Bewerter kein Interesse mehr an der Weiterverfolgung der Angelegenheit hat. Auch die nicht hinreichend substantiierten Rückmeldungen besagen nicht mit ausreichender Sicherheit, dass die Bewertungen auf unwahren Tatsachenbehauptungen beruhten. Das gilt auch für Bewertungen, in denen die Klägerin durchgehend mit der Note 6 beurteilt worden ist, weil auch eine solche Benotung - wie oben ausgeführt - auf einer wahren Tatsachengrundlage (Behandlung durch die Klägerin) und deren subjektiver Beurteilung durch den Patienten beruhen kann. Schließlich kommt auch hier wiederum der bereits oben genannte Aspekt hinzu, dass es sich um nur 18 abträgliche Bewertungen in einem Zeitraum von über fünf Jahren handelte, so dass daraus nicht auf massenhaft fingierte Bewertungen geschlossen werden kann.

64

Soweit die Klägerin außerdem auf Bewertungen anderer Ärzte verweist, die ihrer Auffassung nach falsche Tatsachenbehauptungen und Schmähkritik auf dem Portal der Beklagten belegen (Anlagenkonvolut K 16), lässt sich aus diesen Einzelbeispielen ebenfalls kein durchgehendes Massenphänomen ableiten.

65

(4) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist dem Portal der Beklagten auch nicht deshalb ein relevanter Nutzwert abzusprechen, weil die Nutzer der Plattform die Einblendung der konkurrierenden (zahlenden) Ärzte fälschlich als Empfehlung der Beklagten (bzw. Darstellung der am besten qualifizierten Ärzte) verstehen und damit in die Irre geführt werden könnten.

66

Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass bereits die optische Gestaltung der Einblendungen für den Durchschnittsrezipienten und den durchschnittlichen Verbraucher, an den sich das Portal richtet, in ausreichender Art und Weise deutlich macht, dass es sich

67

hierbei um eigene Werbung dieser Ärzte handelt: Die eingeblendeten Profile sind durch einen grau unterlegten Balken von den die Klägerin betreffenden Daten und Bewertungen abgesetzt und mit der eigenen Überschrift „Hautärzte (Dermatologen) (mit Bild) in der Umgebung“ sowie – am rechten Rand in etwas hellerer Schrift – mit dem Vermerk „Anzeige“ versehen. Bereits dem kann der durchschnittliche Rezipient hinreichend entnehmen, dass es sich hierbei um eigene Werbung der betreffenden Ärzte handelt. Die - in der von der Klägerin angeführten Entscheidung des Landgerichts München vom 18.03.2015 (37 O 19570/14, WRP 2015, 781, Tz. 71) verneinte - Frage, ob allein die über die zusätzliche Kennzeichnung mit "Gold" abrufbare Information (über den sog. Mouseover-Effekt) ausreichen würde, um den Nutzer über den werbenden Charakter der Einblendung zu informieren, kann daher dahin stehen.

Deutlich gegen den Eindruck einer Empfehlung durch die Beklagte spricht außerdem, dass die Einblendungen der anderen Ärzte weder nach ihrer Gesamtnote noch nach ihrer Entfernung zur Praxis der Klägerin sortiert werden. Insbesondere werden - wie sich aus dem Klageantrag zu 2. und der Anlage B 6 ergibt - auch Konkurrenten dargestellt, die eine schlechtere Gesamtnote als die Klägerin aufweisen. Bereits deshalb kann der Durchschnittsrezipient von vornherein auch nicht annehmen, die Beklagte wolle mit diesen Einblendungen in irgendeiner Weise eine Empfehlung aussprechen.

Darin unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von demjenigen in der von der Klägerin angeführten, oben genannten Entscheidung des Landgerichts München. Dort war eine andere kostenpflichtige Zusatzoption der Beklagten streitgegenständlich, bei der die Ärzte die "Top-Platzierung Fachgebiete" buchen konnten. Bei dieser Funktion wurde die Anzeige des zahlenden Arztes jeweils an oberster Stelle der jeweiligen Ergebnisliste eingeblendet, sofern der Nutzer über die Suchfelder "was" und "wo" nach einem Arzt einer bestimmten Fachrichtung und einem bestimmten Ort ohne weitere Differenzierung suchte. Erst auf den anschließenden Plätzen wurden die Profile derjenigen Ärzte angezeigt, die keine solche Zusatzoption erworben hatten, und ihre Reihenfolge aus einer Kombination der Kriterien "Note" und "Anzahl der Bewertungen" erstellt. Das Landgericht München hat die Darstellung der Beklagten als irreführende Werbung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG gewertet, weil die angesprochenen Verkehrskreise aufgrund der dortigen Gestaltung der irrigen Vorstellung unterliegen würden, die Anzeigen derjenigen Ärzte, die die Zusatzoption "Top-Platzierung Fachgebiete" gebucht hatten, führten die Ergebnisliste deshalb an, weil sie nach dem für alle gelisteten Ärzte geltenden Algorithmus (Kombination aus "Note" und "Anzahl der Bewertungen") das beste Ergebnis erzielt hätten. Eine solche Suchtrefferliste bzw. kostenpflichtige Zusatzoption ist vorliegend jedoch nicht streitgegenständlich. Lediglich ergänzend ist daher anzufügen, dass die Klägerin auch dem Vortrag der Beklagten, dass den Vorgaben des Landgerichts München bei der Gestaltung ihrer Suchtrefferliste inzwischen Rechnung getragen worden sei (GA 94, 104 4, 186, Anl. B 18, 21), nicht substantiiert entgegengetreten ist.

(5) Insgesamt neigt der Senat eher umgekehrt zu der Auffassung, dass der im öffentlichen Interesse liegende Nutzwert des Portals der Beklagten durch die Einblendung der - als solche erkennbaren - Werbeanzeigen konkurrierender Ärzte in der näheren Umgebung sogar erhöht wird, da dem Nutzer dadurch (ihm zuvor vielleicht noch nicht bekannte) Alternativen bei der Arztwahl aufgezeigt werden.

bb. Auch der Auffassung der Klägerin, das Landgericht habe die Beeinträchtigung ihrer Interessen zu gering gewichtet, vermag der Senat nicht zu folgen.

68

69

70

71

72

- (1) Dass die Beklagte – anders als vom Bundesgerichtshof in der K I-Entscheidung angenommen – keine hinreichenden Maßnahmen ergreifen würde, um unzulässigen Bewertungen in dem ihr zumutbaren Rahmen zu begegnen, hat die Klägerin nicht substantiiert dargetan.
- (a) Nach den dortigen Ausführungen des Bundesgerichtshofs muss die Klägerin es grundsätzlich hinnehmen, dass eventuell unzulässige Bewertungen über sie im Internet veröffentlicht sind, bis sie sie bemerkt und gegenüber der Beklagten konkret beanstandet hat. 73
- Danach ist es ihr – entgegen ihrer Ansicht – auch nicht unzumutbar, dass sie ihre Bewertung ständig überprüfen muss, um möglichst zeitnah gegen ihrer Auffassung nach unberechtigte Beurteilungen vorzugehen. Auch dies ist eine Konsequenz, die der beurteilte Arzt nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich hinzunehmen hat. 74
- Damit ist es im Weiteren auch unerheblich, ob die von der Beklagten angebotene kostenlose Basisfunktion, bei der sich Ärzte über Registrierung ihrer E- Mailadresse jeweils über neue Bewertungen auf ihrem Profil informieren lassen können, mit – wie die Klägerin meint – unzumutbaren Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verbunden ist, weil es sich hierbei lediglich um ein nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erforderliches zusätzliches Angebot der Beklagten handelt. 75
- (b) Die Klägerin hat auch nicht substantiiert dargetan, dass die Beklagte den Betroffenen keine problemlose Schutz- und Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stellen würde, weil sie - wie die Klägerin behauptet - auf eigenständiges Vorgehen der betroffenen Ärzte ohne anwaltliche Vertretung grundsätzlich bzw. systematisch nicht reagiere. 76
- Nach dem zugrundezulegenden Sachverhalt hat die Klägerin sich vor ihren anwaltlichen Abmahnungen persönlich lediglich wegen zwei Bewertungen (vom 11.07.2015 und vom 29.03.2015) an die Beklagte gewandt. Wie sich aus der E-Mail der Beklagten vom 23. November 2015, 12:52 Uhr (Antwort auf die anwaltliche Abmahnung vom 17.11.2015) ergibt, hat die Beklagte auf diese zwei persönlichen Beanstandungen offenbar ihren Prüfprozess durchlaufen lassen und die Bewertungen dann „*aufgrund sehr ausführliche(r) Rückmeldung der Verfasser wieder veröffentlicht*“. Nach den weiteren Angaben der Beklagten in dieser Antwortmail erfüllten die Argumente in der anschließenden anwaltlichen Abmahnung vom 17.11.2015, die u.a. erneut die zwei von der Klägerin bereits beanstandeten Beurteilungen zum Gegenstand hatte, die Notwendigkeit einer erneuten Prüfung, worauf die Bewertungen wieder offline gestellt, überprüft und letztlich (offenbar) auch entfernt wurden. 77
- Allein der Umstand, dass zwei persönliche Beanstandungen der Klägerin zunächst nicht zum Erfolg geführt haben, eine anschließende Abmahnung durch ihre Anwälte hingegen doch, lässt noch nicht den Rückschluss zu, dass die Beklagte nicht anwaltlich verfasste Abmahnungen nicht hinreichend ernst nehmen würde. Zudem hat die Beklagte angegeben, die Klägerin habe in ihren Problemmeldungen lediglich ihre Sicht der Dinge geschildert und die Sache nach Abschluss des hierauf von ihr eingeleiteten Prüfvorgangs erst einmal - bis zu ihrer anwaltlichen Abmahnung - auf sich beruhen lassen (GA 84). Dem ist die Klägerin nicht konkret entgegengetreten. Da sie auch ihre persönlichen Beanstandungsschreiben vorgelegt hat, vermag der Senat auch nicht festzustellen, ob die Beklagte darauf anders hätte reagieren müssen. 78
- (2) Schließlich führt auch der - von der Klägerin maßgeblich beanstandete - "Werbeaspekt" in Form der Einblendung der (Anzeigen-)Profile zahlender Kunden der Beklagten auf dem Profil der Klägerin nicht dazu, dass abweichend von der K I - 79

Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine überwiegende Beeinträchtigung ihrer schützenswerten Interessen anzunehmen und die Speicherung ihrer Daten daher als unzulässig anzusehen wäre.

Zutreffend ist, dass dieser Aspekt in der K I - Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus prozessualen Gründen unberücksichtigt geblieben ist. Daraus folgt aber - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht zwangsläufig, dass die Interessenabwägung bei Berücksichtigung dieses Umstands im Ergebnis anders ausgefallen wäre, sondern lediglich, dass nunmehr zu prüfen ist, ob dieser Gesichtspunkt eine andere Gewichtung der beiderseitigen Interessen gebietet. 80

Das ist nach Auffassung des Senats indes nicht der Fall. Der Auffassung der Klägerin, die Beklagte übe durch die Einblendung zahlender Ärzte und den dadurch bewirkten, von ihr beabsichtigten und sogar beworbenen "Umleitungseffekt" einen unzulässigen wirtschaftlichen Druck auf sie dahingehend aus, ebenfalls einen kostenpflichtigen Vertrag mit der Beklagten abzuschließen und sich so von der Einblendung zahlender Kollegen "freizukaufen", vermag der Senat nicht zu folgen. 81

(a) Allerdings wird die Klägerin durch diese Werbefunktion stärker in ihren verfassungsrechtlich geschützten Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen, als in der der K I – Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation. 82

Der Schutzbereich des Artikels 12 Abs. 1 GG umfasst jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient, mithin auch die Außendarstellung von selbständigen Berufstätigen, soweit sie auf die Förderung des beruflichen Erfolges gerichtet ist. Zwar schützt das Grundrecht dabei nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn sich die Inhalte auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken (vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2014 – VI ZR 358/13, a.a.O., juris Tz. 27 m. w. Nachw.). Eine marktwirtschaftliche Ordnung setzt gerade voraus, dass die Marktteilnehmer über ein möglichst hohes Maß an Informationen über marktrelevante Faktoren verfügen. Informationen, welche Markttransparenz verbessern und den Marktteilnehmern eine an den eigenen Interessen orientierte Entscheidung über die Bedingungen der Marktteilhabe ermöglichen, berühren den Schutzbereich der Berufsfreiheit daher auch dann nicht, wenn sie sich auf die Wettbewerbsposition eines einzelnen Unternehmens nachteilig auswirken (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.07.2004 – 1 BvR 2566/95, NJW-RR 2004, 1710, 1711, juris Tz. 27). Insbesondere gewährleistet das Grundrecht auch keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder den Erhalt gleichbleibender Wettbewerbsbedingungen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.07.2004, a.a.O., juris Tz. 26; BGH, Urt. v. 22.02.2011 – VI ZR 120/10, VersR 2011, 632, juris Tz. 20). 83

Eine Beeinträchtigung des Rechts der Klägerin auf freie Berufsausübung ergibt sich hier aber nicht nur daraus, dass sie durch die Aufnahme in das Portal der Beklagten in Verbindung mit deren Werbefunktion nicht nur gegen ihren Willen gezwungen wird, sich in dem von der Beklagten vorgegebenen Rahmen einer breiten Öffentlichkeit präsentieren zu lassen sowie sich einen Vergleich mit anderen im Portal aufgeführten Ärzten zu stellen (vgl. die K I – Entscheidung des Bundesgerichtshofs, a.a.O.). Vielmehr muss sie darüber hinaus auch in Kauf nehmen, dass dem Nutzer in Anknüpfung an ihre Präsentation zugleich Werbung alternativ in Betracht kommender konkurrierender Ärzte angezeigt und dadurch ihre eigene (von der Beklagten bereits zwangsweise vorgegebene) Außendarstellung zusätzlich beeinträchtigt wird. Dabei kann die attraktivere Ausgestaltung der Profile zahlender Kunden auch durchaus geeignet sein, potentielle Patienten, die zunächst auf der Suche nach dem 84

Profil der Klägerin waren, zu diesen Ärzten umzuleiten. Zudem wird den zahlenden Ärzten ein Wettbewerbsvorteil gegenüber der Klägerin dadurch geschaffen, dass auf ihren Profilen keine Konkurrenzangebote eingeblendet werden.

(b) Andererseits ist aber auch zugunsten der Beklagten in die Abwägung einzustellen, dass ihrem - auch ihr als juristische Person des Privatrechts zustehende - durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Recht auf freie Berufsausübung im Hinblick auf ihre Werbefunktion stärkeres Gewicht beizumessen ist. Durch eine Pflicht zur Löschung der streitgegenständlichen persönlichen Daten der Klägerin würde sie in der Ausübung ihres Gewerbes nicht nur in Bezug auf ihre Bewertungsfunktion beschränkt, sondern auch und gerade in Bezug auf den von ihr zusätzlich verfolgten, selbstständigen Geschäftszweck in Form der von ihr angebotenen kostenpflichtigen Werbefunktion, da diese die streitgegenständlichen (gespeicherten) Daten der Klägerin als Anknüpfung für die Einblendung einschlägiger konkurrierender Ärzte nutzt. 85

(c) Bei Abwägung der (auch) insoweit widerstreitenden Interessen der Parteien ist der Senat mit dem Landgericht der Auffassung, dass es sich bei der Werbefunktion um keine unzulässige Manipulation potentieller Patienten, unzulässige Ungleichbehandlung zahlender und nichtzahlender Ärzte oder unzulässige Verschaffung eines Wettbewerbsvorteils für die zahlenden Ärzte handelt, sondern um eine noch zulässige Auswirkung des erlaubten Wettbewerbs um Aufmerksamkeit im Internet, die die Klägerin hinzunehmen hat (vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 4 Rdn. 10/53; LG München, Urt. v. 18.03.2015 - 37 O 19570/14, WRP 2015, 781, juris Tz. 54). 86

(aa) Dass die Werbefunktion der Beklagten (etwa wegen unzulässiger Förderung fremden Wettbewerbs) wettbewerbswidrig sei, wird von der Klägerin selbst nicht geltend gemacht. Daher sind auch etwaige Unterlassungsansprüche der Klägerin nach dem UWG im vorliegenden Verfahren – worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - nicht streitgegenständlich (vgl. BGH, Urt. v. 07.12.2000 - I ZR 146/98, GRUR 2001, 755 ff. - "Telefonkarte", juris Tz. 18 ff.; Urt. v. 06.10.1999 - I ZR 242/97, NJWE-WettbR 2000, 232, juris Tz. 29; Urt. v. 08.06.2000 - I ZR 269/97, GRUR 2001, 181, 182, juris Tz. 16; Urt. v. 08.10.1998 - I ZR 147/97, WRP 1999, 517, 518, juris Tz. 20). 87

(bb) Unabhängig davon ist die Frage der wettbewerbsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit der Einblendung der Profile konkurrierender Ärzte aber dennoch (nur) im Rahmen der Interessenabwägung nach § 29 BDSG mit zu berücksichtigen: Sollte das Zusatzangebot der Beklagten wettbewerbsrechtlich unzulässig sein, dürfte dies wertungsmäßig auch datenschutzrechtlich eine Unzulässigkeit der zu diesem Zweck vorgenommenen Speicherung persönlicher Daten zur Folge haben, während umgekehrt bei erlaubtem Wettbewerb auch die dadurch verursachten Beeinträchtigungen der Klägerin hinzunehmen sein dürften. Letzteres ist hier - wie das Landgericht zwar knapp, aber in der Sache zutreffend festgestellt hat – nach Ansicht des Senats der Fall: 88

(aaa) Eine irreführende - weil als solche nicht erkennbare - Werbung der Beklagten gemäß § 5 UWG liegt nicht vor, da die Einblendung der Arztprofile - wie oben ausgeführt - hinreichend als deren Anzeige gekennzeichnet und zudem in keiner Weise mit deren Bewertungen verknüpft ist. 89

(bbb) Auch die Voraussetzungen einer gezielten Mitbewerberbehinderung gemäß § 4 Nr. 4 (zuvor § 4 Nr. 10) UWG durch den von der Klägerin beanstandeten "Umleitungseffekt" sind nicht erfüllt. 90

Unter Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG ist die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers zu verstehen. Allerdings reicht die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers noch nicht aus, um die Unlauterkeit einer Wettbewerbsmaßnahme zu begründen. Denn der Wettbewerb ist darauf angelegt, auf Kosten der Mitbewerber einen Wettbewerbsvorsprung zu erzielen. Es müssen folglich zur Behinderung des Mitbewerbers noch weitere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Unlauter ist die Beeinträchtigung im allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengungen nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen (vgl. BGH, Urt. v. 17.05.2001, I ZR 216/99, NJW 2001, 3262, 3263 – mitwohnzentrale.de; OLG Stuttgart, Urt. v. 02.07.2015 – 2 U 148/14, WRP 2015, 1128, juris Tz. 52; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rn. 4.8. m.w.Nachw.).

Die Rechtsprechung hat hierzu verschiedene Fallgruppen herausgearbeitet, von denen vorliegend diejenige des Abfangens von Kunden oder der Werbebehinderung in Betracht käme, letztlich aber nicht gegeben ist:

92

- Ein Abfangen von Kunden, d.h. eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers durch Einwirkung auf (potentielle) Kunden, die ihm bereits zuzurechnen sind, liegt nach der Rechtsprechung erst dann vor, wenn auf sie in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen oder zu erhalten. Ein Unternehmen hat keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms; vielmehr gehört das Abwerben von Kunden grundsätzlich zum Wesen des Wettbewerbs. Eine unangemessene Einwirkung liegt daher nur dann vor, wenn der Werbende sich gewissermaßen zwischen den Kaufinteressenten und den Mitbewerber schiebt, um ihm eine Änderung seines Kaufentschlusses aufzudrängen, etwa in Form einer unzumutbaren Belästigung (§ 7 UWG), durch unter Drucksetzung oder sonstige aggressive Beeinflussung (§ 4 a UWG) oder Irreführung (§ 5, § 5 a UWG), oder wenn die Maßnahme auf Verdrängung des Mitbewerbers abzielt (vgl. BGH, Urt. v. 17.05.2001, a.a.O.; Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 30/07, NJW 2009, 2382, juris Tz. 23 - Beta Layout; Urt. v. 13.01.2011 – I ZR 125/07, NJW 2011, 3032, juris Tz. 35 – Bananabay II; Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rn. 4.25 m.w.Nachw.).

93

Das ist hier nicht der Fall. Unabhängig von der Frage, ob die Nutzer des Arztsuche- und -bewertungsportals der Beklagten überhaupt schon als der Klägerin zuzurechnende Kunden anzusehen sind, wenn sie deren Profil auf der Seite der Beklagten aufrufen, fehlt es jedenfalls an einer unangemessenen Einwirkung auf sie. Insoweit kann zum einen auf die oben genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Schlüsselwörtern bei Suchmaschinen zurückgegriffen werden. Nach den Entscheidungen "Beta Layout" und "Bananabay II" stellt der Umstand, dass bei der Eingabe einer fremden Marke als Suchwort in einer Internet Suchmaschine auch eine Anzeige eines Mitbewerbers erscheint, noch keine unangemessene Beeinflussung potentieller Kunden dar. Zum anderen ist nach Rechtsprechung und Literatur selbst eine Werbung, die bewusst in räumlicher Nähe zur Werbung eines Mitbewerbers angebracht oder verteilt wird mit dem Ziel, den Verbraucher auf das eigene Angebot hin zu lenken, grundsätzlich zulässig (allerdings streitig, so OLG Stuttgart, Urt. v. 02.07.2015 – 2 U 148/14, WRP 2015, 1128, juris Tz. 72 – Revision durch Urteil des BGH vom 23.06.2016 – I ZR 137/15 zurückgewiesen; Köhler/Bornkamm, a.a.O., §

94

4 Rn. 4.29, Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, a.a.O. § 4 Rdn. 10/47 – 49, jew. m.w.Nachw.) Werbemaßnahmen in unmittelbarer Nähe zum Mitbewerber sind danach wettbewerbskonform, wenn sie sich darauf beschränken, dem potentiellen Kunden eine Information über andere Kaufmöglichkeiten zu geben, mögen sie auch ihn auch zur Änderung seines Kaufentschlusses veranlassen. Derartige Maßnahmen können insbesondere dem Ausgleich von Standortnachteilen des Werbenden und damit der Chancengleichheit im Wettbewerb dienen. Sie liegen vor allem auch im Interesse des Kunden, insbesondere des Verbrauchers, weil sie ihm (wie auch hier) eine Wahl- und Vergleichsmöglichkeit erschließen, die er sonst vielleicht nicht besäße (Köhler/Bornkamm, a.a.O.). Diesen Aspekt hat auch der Bundesgerichtshof in der oben genannten Entscheidung vom 23.06.2016 (I ZR 137/15, dort Tz. 21) betont und darauf hingewiesen, dass es bereits nach früherer Rechtsprechung nicht zu beanstanden ist, wenn eine aufgestellte Reklametafel den Blick auch die Leuchtreklame eines Mitbewerbers verstellt oder Schutzhüllen für Fernsprechkücher ausgegeben werden, die Werbung auf der Titelseite nicht mehr erkennen lassen. Zwar könne – so der Bundesgerichtshof weiter - die Beeinträchtigung der Werbung eines Mitbewerbers im Einzelfall eine unlautere Behinderung darstellen. Dabei handele es sich aber typischerweise um die Beeinträchtigung der Werbewirkung gegenüber einem durch diese angesprochenen Publikum oder – etwa in Fällen einer Erinnerungswerbung – gegenüber den Erwerbern eines bestimmten Produkts, ohne dass dies auf einer freien Entscheidung derer beruhe, an die sich die Werbung richte. Verfehle eine Werbung ihre Wirkung dagegen erst aufgrund einer bewussten Entscheidung der Verbraucher, liege grundsätzlich keine unlautere Beeinträchtigung der Werbung des Mitbewerbers vor.

- Es liegt auch keine unlautere Behinderung der eigenen Werbung der Klägerin vor. 95
Dass sie nicht mehr in der Lage wäre, ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengungen in angemessener Weise zur Geltung zu bringen, ist nicht ersichtlich, da die Einblendung der Profile anderer Ärzte ihre Werbemöglichkeiten als solche in keiner Weise beschränkt. Insbesondere wird weder die Anzeige ihres Profils noch der für sie abgegebenen Bewertungen in irgendeiner Weise eingeschränkt.

Allein der Umstand, dass die zusätzliche Anzeige der konkurrierenden Ärzte mittelbar dazu 96
führt, dass die Werbung der Klägerin nicht oder nicht mehr so wie zuvor zur Geltung kommt, kann den Gesichtspunkt der Unlauterkeit nicht begründen. Es handelt sich schlichtweg um die Anzeige von Gegenwerbung, d.h. bewusst in räumlicher Nähe zur Werbung der Klägerin angebrachte Werbung mit dem Ziel, den Verbraucher auf das eigene Alternativangebot hin zu lenken. Der Leistungsvergleich für den Verbraucher wird dadurch nicht ausgeschlossen, sondern überhaupt erst ermöglicht (vgl. Köhler/Bornkamm a.a.O., § 4 Rn. 4.73, 4.75; OLG Stuttgart, a.a.O., juris Tz. 70).

(ccc) Eine aggressive geschäftliche Handlung der Beklagten gemäß § 4 a UWG ist 97
ebenfalls zu verneinen. Nach dieser Vorschrift ist eine geschäftliche Handlung aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen durch Belästigung, Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder unzulässige Beeinflussung. Letzteres liegt vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

All dies ist hier nicht der Fall, da die Beklagte sich darauf beschränkt, die Profile konkurrierender Ärzte als deutliche Anzeige gekennzeichnet und ohne jeglichen eigenen Empfehlungscharakter einzublenden. Damit wird im Gegenteil die Möglichkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung gerade erweitert.

(ddd) Schließlich handelt es sich bei der Einblendung konkurrierender Ärzte auch nicht um unzulässige vergleichende Werbung im Sinne von § 6 UWG, da sich die Beklagte – wie ausgeführt – lediglich auf die Anzeige der Werbung der Konkurrenten unabhängig von deren Bewertungsnote beschränkt und damit ihrerseits keine Vergleiche anstellt. 99

Dass die Inhalte der eingeblendeten Profile konkurrierender Ärzte unzulässige (weil gegen § 6 Abs. 2 UWG oder die Berufsordnung der Ärzte, etwa § 27 Abs. 3 BO NRW, verstoßende) vergleichende Werbung enthielten, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Zudem ist hier auch zu berücksichtigen, dass auch Werbeanzeigen von Ärzten mit einer schlechteren Bewertung als der Klägerin eingeblendet werden. Unabhängig davon wäre die Beklagte hierfür als Störerin nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber auch erst nach Inkennzeichnung über derartige Inhalte zur Prüfung und gegebenenfalls Löschung und Unterlassung verpflichtet. 100

(3) Der damit allein verbleibende Umstand, dass die eingeblendeten Profile zahlender Ärzte werblich attraktiver ausgestaltet, mit Fotografien versehen sind und auf den Profilen der zahlenden Ärzte keine Konkurrenten eingeblendet werden, vermag für sich genommen keine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Klägerin zu begründen. 101

Dass ein Mitbewerber bereit ist, für eine attraktivere Gestaltung seines Profils und Nichteinblendung von Konkurrenzangeboten ein Entgelt zu zahlen, ist aus Unlauterkeitsgesichtspunkten nicht anders zu beurteilen als die Schaltung von teureren, als solche erkennbaren Werbeanzeigen in anderen Presseerzeugnissen an herausgehobenen, gegebenenfalls singulär herausgestellten Stellen (vgl. OLG Düsseldorf, WRP 2007, 440, juris Tz. 24). 102

Dass die Klägerin sich - wie sie geltend macht - einer Gegenüberstellung ihres Profils mit den Profilen konkurrierender zahlender Ärzte anders als zB in den "Gelben Seiten" nicht entziehen kann, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Da sie – wie oben ausgeführt – sowohl eine Werbung in unmittelbarer räumlicher Nähe als auch die Verwendung ihres Namens als Schlüsselwort im Internet akzeptieren müsste, kann sie sich auch nicht gegen eine dadurch ermöglichte (zwangsweise) Gegenüberstellung im Rahmen des Arztbewertungsportals wenden. 103

(4) Anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin behaupteten Suchmaschinenoptimierung der Beklagten, die – so die Klägerin - zur Folge habe, dass das Bewertungsportal der Beklagten bei der Suchtrefferliste von H möglichst weit oben erscheine und dadurch auch Patienten, die auf der Webseite H nach ihr suchten, umgehend auf ihr Bewertungsprofil bei der Beklagten verwiesen würden. 104

Die Klägerin hat keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Mechanismen für die Suchtrefferliste nicht - wie von der Beklagten eingewandt - von H selbst festgelegt werden und die Reihenfolge der Trefferangaben dynamisch ist, d.h. von den gewählten Spruchparametern abhängt. Damit besteht für die Beklagte - nach dem zugrunde zu legenden Sachverhalt - auch keine derartige Einflussmöglichkeit auf die Trefferanzeige bei H, dass daraus ein besonderes, von ihr steuerbares beeinträchtigendes Gewicht ihres Bewertungsportals abgeleitet werden könnte. 105

(5) Letztlich hat die Klägerin auch nicht dargetan, dass sie konkret tatsächlich unzumutbare Belastungen durch negative Bewertungen auf der Seite der Beklagten erlitten hat. Zwar hat sie – anders als der betroffene Arzt in der K I-Entscheidung (dort Tz. 37) - dargetan, dass sie Opfer von (jedenfalls nach den Richtlinien der Beklagten) unzulässigen Bewertungen geworden ist. Diese Bewertungen hat die Beklagte aber nach Durchlaufen des entsprechenden Prüfverfahrens auch entfernt und damit der ihr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung insoweit obliegenden Verantwortlichkeit genügt. 106

Dass bei der Klägerin tatsächlich Umsatzeinbußen oder ein Patientenrückgang wegen schlechter Bewertungen oder in den Zeiten einer besonders schlechten Gesamtnote zu verzeichnen gewesen wären, hat sie nicht ansatzweise vorgetragen, geschweige denn belegt. 107

c. Insgesamt ist die Speicherung und Veröffentlichung der persönlichen Daten der Klägerin daher - auch unter Berücksichtigung der von ihr vorgetragenen Gesichtspunkte, insbesondere des von ihr maßgeblich beanstandeten "Werbeaspekts" - bei der gebotenen Interessenabwägung nach § 29 BDSG als zulässig anzusehen. 108

3. Die Voraussetzungen für eine zulässige Speicherung der Daten **nach § 28 BDSG** sind ebenfalls erfüllt. 109

a. In diesem Kontext bestimmt sich der Prüfungsmaßstab nach Auffassung des Senats nach der weniger strengen Vorschrift des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG, da es sich bei den von der Beklagten für ihre eigenen Geschäftszwecke verwendeten persönlichen Daten der Klägerin (Anschrift, Fachrichtung, Öffnungszeiten) um Daten handelt, die allgemein zugänglich sind. 110

Anders als bei der Prüfung der Zulässigkeit der Speicherung im Rahmen der Bewertungsfunktion nach § 29 BDSG ist die Speicherung der Nutzerbewertungen in diesem Kontext nicht mit zu berücksichtigen, da das kostenpflichtige Angebot der Klägerin zur Einblendung von Profilen bei konkurrierenden Ärzten - soweit ersichtlich - allein an den Fachbereich der Klägerin und den Sitz ihrer Praxis anknüpft. Die von der Beklagten ebenfalls gespeicherten Bewertungen der Nutzer sind dagegen im Rahmen dieser Funktion unerheblich, da die Einblendung der Profile konkurrierender Ärzte unstreitig unabhängig davon erfolgt, ob diese Ärzte eine bessere oder schlechtere Gesamtnote als die Klägerin (bzw. nichtzahlende Ärzte) haben. Die Nutzerbewertung spielt demnach für die eigenen Geschäftszwecke der Beklagten – anders als für die nutzerbezogene Übermittlungsfunktion - keine Rolle. 111

b. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG ist die Speicherung allgemein zugänglicher Daten zulässig, es sei denn, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegen. Das ist jedoch nicht der Fall. Insoweit gelten die obigen Ausführungen zur Interessenabwägung entsprechend, so dass hierauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. 112

c. Auch wenn man aber nicht § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG sondern - wie in § 29 BDSG - eine Einbeziehung der Speicherung der Bewertung für geboten und daher § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG für einschlägig hält, ist die Speicherung der persönlichen Daten der Klägerin zulässig. 113

Voraussetzung ist dann nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, dass die Speicherung zu Wahrung berechtigter Interessen der Beklagten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der Klägerin an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt:

115

Wann ein "berechtigtes Interesse" der verantwortlichen Stelle zu bejahen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Überwiegend wird es als ein nach vernünftiger Erwägung durch die Sachlage gerechtfertigtes, also ein tatsächliches Interesse definiert, das wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann, d.h. es muss sich um einen Zweck handeln, der vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28 Rdn. 24 m.w.Nachw.). Das ist hier bei der von der Beklagten bezweckten Werbefunktion (insbesondere auch unter UWG-Gesichtspunkten, s.o.) der Fall.

116

Auch die "Erforderlichkeit" der Datenspeicherung für den Zweck der Beklagten ist zu bejahen. Hierfür reicht zwar bloße "Dienlichkeit" nicht aus. Andererseits ist darunter aber auch keine "zwingende Notwendigkeit" zu verstehen, vielmehr geht es um ein bei vernünftiger Betrachtung zu bejahendes Angewiesensein auf das in Frage stehende Mittel. Es genügt daher, wenn nach den Gesamtumständen die Wahl einer anderen Informationsmöglichkeit oder der Verzicht auf die Speicherung zur Erreichung des - legitimen - Zwecks nicht sinnvoll oder unzumutbar wäre (vgl. Gola/Schomerus, a.a.O. § 28 Rdn. 15). Auch das ist hier gegeben. Schließlich ergibt sich aus der obigen, hier entsprechend geltenden Abwägung im Rahmen von § 29 BDSG, dass auch kein Grund für die Annahme überwiegender schutzwürdiger Interessen der Klägerin besteht; auch insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

117

II. Ohne Erfolg macht die Klägerin desweiteren geltend, ihr stehe gegen die Beklagte (auch) ein **Löschungsanspruch** wegen Verletzung ihres **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** gemäß § 1004 analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG zu, da ihre persönlichen Daten durch die Speicherung und Veröffentlichung im Zusammenhang mit der Einblendung der Profile (zahlender) konkurrierender Ärzte über die bloße Bewertungsfunktion des Portals der Beklagten hinaus in unzulässiger Weise auch zu werblichen Zwecken Dritter zwangskommerzialisiert werde.

118

1. Eine Verletzung des Namensrechts der Klägerin im Sinne von § 12 BGB (als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) durch Benutzung zu Werbezwecken liegt nicht vor.

119

Wie sich aus dem Wortlaut von § 12 Satz 1 BGB ergibt, schützt die Vorschrift gegen eine Identitätsverwirrung durch unbefugten Namensgebrauch sowie davor, dass dem Namensträger das Recht zum Gebrauch des Namens von einem anderen bestritten wird (vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1990 – VI ZR 104/90, NJW 1991, 1532 – Notfallarzt). Beides ist hier nicht gegeben.

120

Es geht auch im Übrigen zu weit, jeden eigenmächtigen namentlichen Hinweis auf eine andere Person, wenn er im Zusammenhang mit einer Werbung erfolgt, ausnahmslos als einen Namensmissbrauch im Sinne von § 12 BGB zu bezeichnen. Schließt die Art dieses Hinweises die Annahme aus, dass die angepriesenen Leistungen oder Erzeugnisse dem Genannten irgendwie zuzurechnen seien oder unter seinem Namen in Erscheinung treten sollen, so kann eine solche Erwähnung seiner Person zwar aus anderen Gründen eine Rechtsverletzung sein; sie ist aber kein unbefugter Gebrauch des Namens, da sich der

121

Werbende in einem solchen Falle, den durch den Namen repräsentierten Eigenwert der Person des anderen weder für sich noch für seine Erzeugnisse oder Leistungen Dritter aneignet (vgl. BGH, Urt. v. 18.03.1959 - IV ZR 182/58, BGHZ 30, 7 ff., juris Tz. 11 - Caterina Valente; v. 26.06.1981 - I ZR 73/79, BGHZ 81, 75 ff., juris Tz. 9 - Carrera).

Das ist hier der Fall, da der Name der Klägerin im Rahmen der von ihr beanstandeten Werbefunktion der Beklagten gerade nicht dazu dient, ihr die in den Einblendungen anderer Ärzte ausgewiesenen Leistungen in irgendeiner Weise zuzurechnen, sondern vielmehr dazu, Nutzern des Portals alternativ konkurrierende Ärzte in ihrer Umgebung anzuzeigen. 122

2. Auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin durch die Verwendung ihrer persönlichen Daten für werbliche Zwecke Dritter („Zwangskommerzialisierung“) liegt nicht vor. 123

a. Zutreffend ist, dass in der Verwendung des Namens eines anderen zu Werbezwecken ein Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht liegen kann. 124

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt dem Berechtigten einen generellen Schutz von den die Person als solche berührenden Eingriffen Dritter. Ihm allein ist es deshalb vorbehalten, darüber zu befinden, ob und unter welchen Voraussetzungen sein Name in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt. Damit würde es nicht in Einklang stehen, wenn der Berechtigte es dulden müsste, dass sein Name ungefragt oder sogar gegen seinen Willen für fremde Werbung Verwendung findet. Im Wesen des Namensrechts als eines Persönlichkeitsrechts liegt es, ihn selbst entscheiden zu lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen sein Name für Werbezwecke anderer zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.1981 - I ZR 73/79, a.a.O., juris Tz. 14). Dies dürfte - insbesondere auch unter Berücksichtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - entsprechend auch für die weiteren persönlichen Daten des Betreffenden gelten. 125

Das Gewicht eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch werbliche Vereinnahmung bemisst sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere danach, in welchem Ausmaß und in welcher Weise sich die jeweilige Werbung den Werbewert und das Image der betreffenden Person zunutze macht. Besonderes Gewicht hat ein solcher Eingriff, wenn die Werbung den Eindruck erweckt, die abgebildete Person identifiziere sich mit dem beworbenen Produkt, empfehle es oder preise es an (Testimonialwerbung). Erhebliches Gewicht kommt einem derartigen Eingriff auch dann zu, wenn durch ein unmittelbares Nebeneinander der Ware und des Abgebildeten in der Werbung das Interesse der Öffentlichkeit an der Person und deren Beliebtheit auf die Ware übertragen wird, weil der Betrachter der Werbung eine gedankliche Verbindung zwischen dem Abgebildeten und dem beworbenen Produkt herstellt, die zu einem Imagetransfer führt. Dagegen hat der Eingriff geringeres Gewicht, wenn die Abbildung einer prominenten Person in der Werbung weder Empfehlungscharakter hat noch zu einem Imagetransfer führt, sondern lediglich die Aufmerksamkeit des Betrachters auf das beworbene Produkt lenkt (Aufmerksamkeitswerbung; vgl. BGH, Urt. v. 29.10.2009 - I ZR 65/07, GRUR 2010, 546 ff., juris Tz. 19 f. - Der strauchelnde Liebling; Urt. v. 18.11.2010 - I ZR 119/08, GRUR 2011, 647 ff., juris Tz. 31 - Markt & Leute). 126

b. Danach ist hier nach Auffassung des Senats bereits eine werbliche Vereinnahmung der persönlichen Daten der Klägerin durch die Werbefunktion der Beklagten im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung zu verneinen. 127

Die Werbefunktion der Beklagten bzw. deren Anknüpfung an die persönlichen Daten der Klägerin hat ersichtlich nicht den Zweck, einen Image- oder Werbewert der Klägerin auf die eingeblendeten anderen Ärzte zu übertragen, geschweige denn zum Ausdruck zu bringen, die Klägerin empfehle die eingeblendeten konkurrierenden Ärzte. Die persönlichen Daten der Klägerin werden auch nicht als Bestandteil der von der Beklagten eingeblendeten Werbung Dritter im Sinne eines Aufmerksamkeitsfaktors genutzt, sondern dienen allein als Anknüpfung dafür, möglichst einschlägig suchende Nutzer mit den eingeblendeten Konkurrenzangeboten anzusprechen.

c. Auch wenn man aber in dieser Anknüpfung an die persönlichen Daten der Klägerin eine werbliche Vereinnahmung in Form einer Aufmerksamkeitswerbung im weitesten Sinne sieht, ist die darin liegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin nach Auffassung des Senats nicht rechtswidrig, weil das Interesse der Klägerin am Schutz ihrer Persönlichkeit bei der insoweit gebotenen Interessenabwägung hinter dem Interesse der Beklagten an der Schaltung der streitgegenständlichen werbenden Einblendungen und dem damit mittelbar verbundenen Informationsinteresse der Nutzer ihres Portals zurückzustehen hat. 129

aa. Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss erst durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 13.01.2015 – VI ZR VersR 2015, 336 Rn. 13; Urt. v. 30.09.2014 – VI ZR490/12, AfP 2014, 534, 536 m.w.N.). 130

bb. Hier wiegt der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin durch die werbliche Anknüpfung an ihre persönlichen Daten - wenn überhaupt (s.o.) - nur gering. Zum einen handelt es sich (wie ausgeführt) nur um die schwächste Form der werblichen Vereinnahmung in Form der sogenannten Aufmerksamkeitswerbung, die zudem nur an allgemein zugängliche Daten der Klägerin aus ihrer Sozialsphäre anknüpft. Hinzu kommt, dass dieser Eingriff lediglich die - nur einfachrechtlich geschützten - vermögenswerten Bestandteile ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts betrifft. Die ideellen Teile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, deren Schutz durch die Menschenwürdegarantie von Verfassungs wegen geboten ist, sind durch die hier konkret in Rede stehende werbliche Anknüpfung an ihre persönlichen Daten (Name, Anschrift, Öffnungszeiten und Fachrichtung) nicht betroffen; eine Beschädigung ihres (ideellen) Ansehens als Person ist damit nicht verbunden. Betroffen ist die Klägerin allerdings wiederum auch in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. 131

c. Umgekehrt ist zu Gunsten der Beklagten in die Abwägung indes nach den obigen Ausführungen ebenfalls das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht auf freie Berufsausübung einzustellen, da sie durch eine Pflicht zur Löschung der streitgegenständlichen persönlichen Daten der Klägerin in der Ausübung ihres Gewerbes auch und gerade in Form der von ihr angebotenen kostenpflichtigen Werbefunktion beeinträchtigt würde. 132

Ob zu ihren Gunsten außerdem noch das – ihr als juristischer Person des Privatrechts grundsätzlich zustehende – Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 133

Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen ist, erscheint hingegen allein in Bezug auf die von ihr angebotene Werbefunktion (als Mittel der „Zwangskommerzialisierung“) fraglich. Der Schutz des Rechts auf Kommunikationsfreiheit erstreckt sich zwar auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen und auf reine Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat (vgl. BGH, urt. v. 05.06.2008 - I ZR 96/07, GRUR 2008, 1124, juris Tz. 16 m.w.Nachw. - Zerknitterte Zigarettenschachtel). Beides ist bei der streitgegenständlichen Werbefunktion der Beklagten für sich genommen aber nicht der Fall, da diese sich auf die bloße Anzeige von Profilen konkurrierender Ärzte beschränkt, ohne insoweit irgendeine eigene Aussage zu tätigen. Ob die bloße Veröffentlichung von Werbeanzeigen und/oder deren rein technische Verbreitung durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt ist, ist jedenfalls fraglich (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.04.1967 – 1 BvR 414/64, BVerfGE 21, 271 ff., juris Tz. 28 ff.; Beschl. v. 25.06.2009 – 1 BvR 134/03, NJW-RR 2010, 470, juris Tz. 59; BGH, Urt. v. 23.09.2014 – VI ZR 358/13, a.a.O., juris Tz. 28). Dass die Einblendung der Profile konkurrierender Ärzte mittelbar auch dem - verfassungsrechtlich geschützten - Informationsinteresse der Nutzer des Portals dient, die dadurch bei ihrer Suche nach einem geeigneten Arzt über mögliche Alternativen informiert werden, dürfte für sich genommen nicht ausreichen, um die (reine) Werbefunktion der Beklagten auch unter den Schutz der Meinungsfreiheit zu fassen, da dies letztlich für jegliche Schaltung von Werbung für alternative Leistungsangebote/Erzeugnisse gelten würde.

Eine andere Beurteilung dürfte daher nur dann in Betracht kommen, wenn man die Bewertungsfunktion des Portals der Beklagten einbezieht, die nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der K I – Entscheidung (a.a.O., dort Tz. 28) dazu führt, dass der Betrieb dieses Portals nicht nur als rein technische Verbreitung von Informationen anzusehen und daher noch unter den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG zu fassen ist. Ob dies jedoch auch noch auf die zusätzliche Schaltung konkurrierender Werbeeinblendungen erstreckt werden kann, erscheint fraglich. 134

cc. Dies kann letztlich jedoch offen bleiben, da nach Auffassung des Senats die Interessen der Beklagten (und der Nutzer) am Betrieb des Portals und der damit verbundenen Datenspeicherung/–nutzung die Interessen der Klägerin unabhängig davon überwiegen, ob man bei der Interessenabwägung ausschließlich auf die Werbefunktion der Beklagten abstellt oder die Bewertungsfunktion der Beklagten mit einbezieht. 135

Wie oben dargelegt, sind sowohl die Bewertungsfunktion als auch die Werbefunktion der Beklagten nach den in §§ 28, 29 BDSG und in den Vorschriften des UWG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen für sich genommen unter datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig und von der Klägerin nach diesen Vorgaben hinzunehmen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Gesichtspunkt der „Zwangskommerzialisierung“ nach höchstrichterlicher Rechtsprechung primär erst bei der Frage zum Tragen kommt, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe für eine vorliegende Persönlichkeitsrechtsverletzung aus Präventionsgesichtspunkten eine Geldentschädigung geboten ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.03.2000 – 1 BvR 1127/96, JNW 2000, 2187, 2188; BGH, Urt. v. 17.12.2013 – VI ZR 211/12, GRUR 2014, 693, juris Tz. 49 – Sächsische Korruptionsaffäre). 136

Dass sich aus der Kombination dieser beiden Funktionen eine darüber hinausgehende, weitere persönlichkeitsrelevante Interessenbeeinträchtigung für die Klägerin ergäbe, die im Rahmen der Interessenabwägung der datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften nicht bereits hinreichend berücksichtigt worden wäre, ist nicht ersichtlich. Das gilt insbesondere in Anbetracht dessen, dass die ideellen Teile des allgemeinen 137

Persönlichkeitsrechts der Klägerin durch die von ihr angegriffene Werbefunktion nicht betroffen sind, wohingegen dem vermögensrelevanten Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere durch die Regelungen des UWG bereits hinreichend Rechnung getragen wird.

Insgesamt überwiegt daher nach Ansicht des Senat auch bei der im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gebotenen Gesamtabwägung das Interesse der Beklagten an der Speicherung und Nutzung der streitgegenständlichen persönlichen Daten der Klägerin für ihr Angebot einer kostenpflichtigen Werbefunktion gegenüber dem Interesse der Klägerin am Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. 138

B. Der Klägerin steht gegen die Beklagte auch kein Anspruch auf **Unterlassung der Veröffentlichung ihres Profils** in der im **Antrag zu 2.** wiedergegebenen Weise zu. 139

I. Die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs nach **datenschutzrechtlichen** Vorschriften gemäß § 823 Abs. 2, § 1004 Abs. 1 analog BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG sind nicht erfüllt. 140

Im Rahmen der Bewertungsfunktion der Beklagten ist die Speicherung und Nutzung sowie Übermittlung der streitgegenständlichen Daten an die Nutzer zulässig gemäß § 29 Abs. 2 BDSG. Der Darlegung eines berechtigten Interesses durch die Nutzer gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BDSG bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierbei nicht (vgl. Ur. v. 23.09.2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 = GRUR 2014, 1228 ff., juris Tz. 45). Nach den obigen Erwägungen, die hier entsprechend gelten und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, besteht auch kein Grund zu der Annahme, dass die Klägerin ein (überwiegendes) schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung der Daten im Rahmen der Bewertungsfunktion hat. 141

Das Gleiche gilt für die Speicherung und Nutzung der Daten der Klägerin für die Veröffentlichung des Profils der Klägerin im Rahmen der eigenen Geschäftszwecke der Beklagten. Auch diese ist aus den oben genannten, hier entsprechend geltenden Gründen zulässig gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bzw. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG. 142

II. Schließlich besteht auch kein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte wegen Verletzung ihres **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** durch eine "Zwangskommerzialisierung" ihrer persönlichen Daten zu Werbezwecken Dritter gemäß § 1004 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG. Insoweit wird ebenfalls auf die obigen, hier entsprechend geltenden Abwägungen verwiesen. 143

C. Mangels Begründetheit ihrer Hauptanträge hat die Klägerin auch keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Freistellung von **Rechtsanwaltskosten** für die vorgerichtliche Anspruchsgeltendmachung gemäß § 823 Abs. 1, § 257 BGB. 144

III. 145

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 ZPO. 146

Die Revision wird im Hinblick auf die höchstrichterlich noch nicht entschiedene datenschutz- und persönlichkeitsrechtliche Bewertung der von der Beklagten zu ihrem Arztsuche- und Bewertungsportal angebotenen kostenpflichtigen Werbefunktion zugelassen (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). 147

