

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

Der Dinosaurier Buchpreisbindung im elektronischen Zeitalter

1181 Prof. Dr. Otto Teplitzky

Verfahrensgrundrechte im Recht der einstweiligen Verfügung

1189 Dr. Alexander Birnstiel, LL.M. und Dr. Philipp Eckel, LL.M.

Das Paper „Competition Law and Data“ des Bundeskartellamts und der Autorité de la concurrence – eine zusammenfassende Analyse

1195 Dr. Ulrich Franz

Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen

1203 Dr. Hermann Dück, Gerrit Terhorst und Dr. Christopher Weidt

Verbot von Spielertransfers? – Lauterkeits- und kartellrechtliche Schranken für (Fußball-)Vereine

1210 Moritz Schroeder und Andreas Starcke

Anrühige Düfte? Zur lauterkeitsrechtlichen Dimension von Duftmarketing

1214 Dr. Christof Krüger

Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen aus Unternehmenskennzeichen

1217 Apothekenabgabepreis

BGH, Urteil vom 31.03.2016 – I ZR 31/15

1219 Textilkennzeichnung

BGH, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 7/15

1221 LGA tested

BGH, Urteil vom 21.07.2016 – I ZR 26/15

1228 Geo-Targeting

BGH, Urteil vom 28.04.2016 – I ZR 23/15

1232 Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur

BGH, Urteil vom 31.03.2016 – I ZR 88/15

1236 Baumann II

BGH, Urteil vom 23.06.2016 – I ZR 241/14

1242 mt-perfect

BGH, Urteil vom 07.04.2016 – I ZR 237/14

1260 auf fett getrimmt

BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 9/15

der Literatur beispielsweise für die Problematik der Durchsetzung von Verfahrensgarantien durch das Kartellrecht, namentlich der kartellrechtlichen Beurteilung von Schiedsklauseln, gleichermaßen vorgeschlagen, als Voraussetzung für einen Missbrauch einen Konnex zwischen der Verfestigung der Marktmarkt und der Rechtsverletzung zu schaffen.¹⁰⁵⁾ Im Ergebnis wird damit eine Parallelität zum lauterkeitsrechtlichen Rechtsbruch geschaffen, der Datenschutznormen als Marktverhaltensnormen anerkennt, wenn die Datenerhebung zu kommerziellen Zwecken erfolgt.¹⁰⁶⁾

- 41 Ferner ist auf eine Entscheidung der belgischen Wettbewerbsbehörde hinzuweisen. Diese hat im Wege eines Settlements eine Geldbuße i. H. v. 1.190.000 Euro gegen den nationalen Lotterieveranstalter verhängt, dem vorgeworfen worden war, bei der Markteinführung des Sportwetten-Produkts „Scoop!“ seine marktbeherrschende Stellung gem. Art. 102 AEUV durch Datenschutzverstöße missbraucht zu haben.¹⁰⁷⁾ Der Lotterieveranstalter nutzte die Kunden- und Kontaktdaten, die im Zusammenhang mit der monopolisierten Lotterietätigkeit erlangt wurden, um diese für die Markteinführung von „Scoop!“ einzusetzen. Derartige Daten konnten von den Wettbewerbern nicht reproduziert werden.
- 42 Das BKartA seinerseits hat am 02.03.2016 ein Verfahren gegen Facebook wegen des Verdachts des Konditionenmissbrauchs eingeleitet, da der Verdacht bestehe, die Nutzungsbedingungen verstießen gegen Datenschutzrecht.¹⁰⁸⁾

IV. Fazit

- 43 Der seitens des BKartA und der Autorité de la concurrence gewählte Ansatz *de lege lata* ist begrüßenswert, ist die Veröffentlichung von *soft law* doch zur Schaffung von Rechtssicherheit geeignet. Als Wermutstropfen verbleibt dabei aber, dass die Kartellbehörden letztlich – nicht unnachvollziehbar – für die kartellrechtliche Beurteilung einen case-by-case-approach propagieren, der ihnen für die künftige kartellrechtliche Beurteilung einen weiten Handlungsspielraum einräumt. Berücksichtigt man die überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer in digitalen Sektoren¹⁰⁹⁾ – allein das Verfahren der Kommission gegen Microsoft

zog sich über 14 Jahre – so ist in diesem Zusammenhang noch einmal die Forderung der Monopolkommission¹¹⁰⁾ in Erinnerung zu rufen, wonach es einer noch verbesserten Ausstattung der Kartellbehörden bedürfe, um über das ökonomische und technische Know-how sowie über ausreichende finanzielle und personelle Ressourcen zu verfügen, um Verfahren in diesem Bereich effizient und zügig durchzuführen.

Ferner hat man sich vor Augen zu halten, dass der zunehmenden Digitalisierung nicht allein mit dem Schwert des Kartellrechts begegnet werden kann, sondern es auch entscheidend auf eine effektive parallele Anwendung des Verbraucherschutz- und Datenschutzrechts ankommen wird. Denn insbesondere kleinere Unternehmen, die abhängig von Online Plattformen sind, wird das Kartellrecht in Zukunft nicht ausreichend Schutz bieten können.¹¹¹⁾ Die europäische Datenschutzgrundverordnung treffen daher große Erwartungen.

Mit Spannung sind schließlich die Ergebnisse der seitens der Autorité de la concurrence als Reaktion auf die Zusammenarbeit mit dem BKartA eingeleitete Sektorenuntersuchung „Online Werbung“ zu erwarten, die sich zum Ziel gesetzt hat, zu untersuchen, ob ungerechtfertigte Zugangsbeschränkungen zu den für die Werbung erforderlichen Daten seitens vertikal integrierter Unternehmen bestehen.¹¹²⁾

105) Vgl. *Eckel/Richter*, WuW 2015, 1078, 1083.

106) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, Kommentar zum UWG, 34. Aufl. 2016, § 3a Rn. 1.74 m. w. N.

107) Belgische Mededingingsautoriteit, 22.09.2015 – BMA-2015-P/K-27-AUD – *Nationale Loterij NV* = WUW1189183; in niederländischer Sprache abrufbar unter: <http://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/2015pk27-aud-bma-pub.pdf>.

108) Vgl. hierzu *Bischke/Brack*, NGZ 2016, 502; Bundeskartellamt, Pressemitteilung v. 02.03.2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen2016/02_03_2016_Facebook.html.

109) Vgl. *Jaeger*, WuW 2015, 702, 705.

110) Monopolkommission, (Fn. 25), Rn. 510; *Birstiel/Heinrich/Kruis*, in: *Bräutigam/Klindt*, (Fn. 21), S. 153, 159 und 163.

111) Mlex, Mitteilung vom 26.04.2016. Demnach kündigt ein Entwurf eines EU-Grundsatzdokuments künftig neue Gesetzesvorhaben mit Blick auf das Lauterkeitsrecht an.

112) *Autorité de la concurrence*, Pressemitteilung v. 23.05.2016, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=630&id_article=2780.

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin*

Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen

INHALT

- I. Einleitung
- II. Gefahren für den Betroffenen
- III. Unmittelbare Inanspruchnahme des Kritikers
- IV. Ermittlung des Kritikers
- V. Inanspruchnahme des Portalbetreibers
- VI. Datenschutz
- VII. UWG
- VIII. Harmonisierung mit der Warentestrechtsprechung

IX. Anforderungen an ein neutrales, objektives und sachkundiges Verfahren

1. Neutralität
2. Objektivität und Sachkunde
 - a) Nutzerkreis
 - b) Nutzerregistrierung und -verifizierung
 - c) Nutzungsbedingungen
 - d) Bewertungskriterien
 - e) Kontrolle, Auswahl, Gewichtung und Aktualität der Bewertungen
 - f) Darstellung
 - g) Recht auf Gegenrede und Abuse-Button
 - h) Schutz gegen fingierte Bewertungen
 - i) Keine Archivierung und Abschirmung

X. Fazit

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Partner von GABLER & FRANZ Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1308.

I. Einleitung

- 1 Bewertungsportale sind aus dem täglichen Leben nicht mehr hinwegzudenken. Bei der angebotenen Waren- und Dienstleistungsvielfalt neigt der Verbraucher naturgemäß dazu, vor einer Kaufentscheidung Informationen und Bewertungen über die Qualität eines Produktes einzuholen; er möchte kein „Versuchskaninchen“ sein, sondern sein Geld für ein Produkt ausgeben, das seinen Gütevorstellungen und Erwartungen entspricht. In der analogen Welt konnte der Verbraucher auf die Veröffentlichungen von Waren- und Dienstleistungstests anerkannter Testveranstalter zurückgreifen. Warentests haben indes zwangsläufig den Nachteil, dass nur ein kleiner Ausschnitt des aktuell vorhandenen Produktsortiments geprüft und bewertet werden kann. Viele Bereiche – man denke an das Handwerk oder ärztliche und anwaltliche Dienstleistungen – werden von Testveranstaltern überhaupt nicht geprüft. Als Informationsquelle blieben dem Verbraucher nur Umfragen im eigenen Freundes- oder Bekanntenkreis („Kennst Du einen guten ...?“). Von dieser Form von Mund-zu-Mund-Propaganda lebten bislang ganze Branchen; auf die von einem Freund oder Bekannten ausgesprochene Empfehlung verlässt sich der Verbraucher nahezu blind.
- 2 Das digitale Zeitalter hat für den Verbraucher ungeahnte Möglichkeiten eröffnet, seine positive oder negative Kritik an Waren oder Dienstleistungen mitzuteilen. Aus Meinungsforen und öffentlichen Marktplätzen ist mittlerweile eine Vielzahl von Bewertungsportalen entstanden, die dem Verbraucher als Informationsquelle jederzeit abrufbar, aktuell und kostenlos zur Verfügung stehen.¹⁾ Der Wert des Portals liegt aus Sicht der Nutzer darin, dass sie Bewertungen von anderen Nutzern erhalten.²⁾ Diesen wird ein höheres Maß an Glaubwürdigkeit beigegeben; man wähnt sich „in einem Boot“ und unterstellt keine finanziellen Eigeninteressen.³⁾ Zudem wird jeder Nutzer instinktiv zu der Annahme neigen, dass eine Vielzahl subjektiver Einzelbewertungen ein objektives Gesamtbild abgibt. Diese Grundannahme ist auch nicht falsch, sondern Grundlage aller Anwendungstests, bei denen Verbraucher zur Prüfung von Produkten als „Messinstrument“ eingesetzt werden (z.B. bei hedonischen Geschmackstests oder bei home-use-tests von Kosmetika).⁴⁾ Auch dort gilt, dass das Urteil eines einzigen Verbrauchers subjektiver Natur ist, dieses subjektive Urteil jedoch verobjektiviert wird, wenn ein mit strenger Methodik geplanter, mit einer statistisch relevanten Anzahl von Konsumenten durchgeführter und nach strengen statistischen Grundsätzen ausgewerteter Produkttest vorgenommen wird. Hierdurch erhält der Testveranstalter reproduzierbare und damit objektive Aussagen über das geprüfte Produkt. Die Vergleichbarkeit zu Bewertungen durch Verbraucher in Bewertungsportalen liegt nahe, wenn eine Vielzahl von Bewertungen vorhanden ist und der Portalbetreiber diese unter Beachtung statistischer Regeln gewichtet und veröffentlicht. Damit leisten Bewertungsportale einen Beitrag für den Verbraucherschutz durch Information. Das fördert rationale Kaufentscheidungen und erhöht die Markttransparenz. Die Zulässigkeit von Bewertungsportalen steht daher außer Frage.⁵⁾

1) Einen guten Überblick findet man unter www.emarcon.de/die-wichtigsten-bewertungsportale-150629/.

2) Leistner, in: FS Köhler, 2014, S. 415, 426.

3) Jahn/Palzer, K&R 2015, 767, 769.

4) Franz, in: Fezer/Büscher/Oberfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. 2016, S. 8 Rn. 61 und 237 ff.

5) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979 – spickmich.de. Das gilt aber nicht für Denunziantenportale wie www.rottenneighbor.com, s. nur Gomille, ZUM 2009, 815, 820. Ebenso zweifelhaft sind www.dontdateimgirl.com, www.vermieterbewertung.net oder www.fahrerbewertung.de.

II. Gefahren für den Betroffenen

Für den Betroffenen stellt sich die Lage anders dar, wenn er oder seine Produkte negativ bewertet werden. Zwar wird negative Kritik über Lehrer oder Professoren regelmäßig keine unmittelbaren Auswirkungen auf deren Anstellungs- oder Beamtenstatus haben. Gleichwohl kann diese Kritik tiefgreifende psychische Folgen (Cyber-Mobbing) und Auswirkungen auf die Reputation im Kollegium haben, wenn ein Professor als „Psychopath“ und „echt das Letzte“ betitelt wird.⁶⁾ Auch darf nicht vernachlässigt werden, dass Informationen über Suchmaschinen von Personen ermittelt werden können, die kein unmittelbares Sachinteresse an der Bewertung haben, sondern sich aus reiner Neugier darüber informieren, wie ihr Nachbar in seinem beruflichen Wirkungskreis bewertet wird. In der freien Wirtschaft, im Handwerk und bei den Freiberuflern kann Produkt- oder Unternehmenskritik dagegen unmittelbaren Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg haben. Der Verbraucher trifft seine Auswahlentscheidung nach der einfachen Regel: Wenn es diverse Ärzte oder Handwerker in seiner Stadt mit ausschließlich positiven Bewertungen gibt, wird er einen Arzt oder Handwerker, der eine oder gar mehrere schlechte Bewertungen erhalten hat, gar nicht erst in Betracht ziehen.⁷⁾ Wie die Bewertungen zustande gekommen sind und ob sie auch inhaltlich richtig oder von Seiten des Kritikers oder – besonders perfide – von Seiten des Bewerteten frei erfunden sind, kann und wird der Nutzer nicht hinterfragen. Wenn über einen Arzt dauerhaft behauptet wird, in seiner Praxis würden „Patientenakten in den Behandlungsräumen in Wäschekörben gelagert“ und „eine Schilddrüsenüberfunktion sei von ihm nicht erkannt und kontraindiziert behandelt worden“,⁸⁾ werden weniger Patienten seine Arztpraxis aufsuchen und Umsatzeinbußen eintreten. Wenn über ein Hotel behauptet wird, „die Zimmer beziehungsweise Betten waren mit Bettwanzen befallen“,⁹⁾ „an den Handtüchern war überall Stuhlglas“, „alte Tappans, Dreckflusen wurden von Reinigungskräften nicht weg gemacht“, „das Zimmer war eine Katastrophe, Dreck ohne Ende“,¹⁰⁾ wird der Hotelbetrieb in seiner Existenz gefährdet sein. Es ist ja richtig, dass die in Portalen veröffentlichten Bewertungen „nur“ die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und damit seine Sozialsphäre berühren, wie es der Bundesgerichtshof immer wieder betont.¹¹⁾ Was aber nützt einem von einer ungerechtfertigten Kritik Betroffenen diese Aussage, wenn er seine berufliche Existenz verliert?¹²⁾ Die jahrzehntlang bewährte Einteilung in Eingriffe in die Intim-, Geheim-, Privat- oder Sozialsphäre als Ausdruck des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erscheint im digitalen Zeitalter der „social media“ und des „user-generated content“ zunehmend fragwürdig.¹³⁾ In Zeiten von Personalknappheit werden auch rufschädigende Äußerungen ehemaliger

6) LG Berlin, 31.05.2007 – 27 S 2/07, Orientierungssatz 2 aus juris, insoweit in ZUMRD 2007, 527 nicht abgedruckt. Drastische Kritik bei www.meinprof.de war auch Gegenstand bei LG Regensburg, 21.01.2009 – 1 O 1642/08 (2), AfP 2009, 175.

7) LG München I, 18.03.2015 – 37 O 19570/14, WRP 2015, 781, 784, Rn. 40 – Premium Partner. A. A. KG, 15.07.2011 – 5 U 193/10, WRP 2012, 224, 226, Rn. 25 – Hotelbewertungsportal, wonach der verständige Portalbesucher bei einer Mehrheit von positiven Bewertungen in einer negativen Kritik unsicher einen bei der eigenen Meinungsbildung zu vernachlässigenden „Ausreißer“ erkenne.

8) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 903 – Ärztebewertung.

9) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1327, Rn. 5 – Hotelbewertungsportal. m. Anm. Hofmann, WRP 2015, 1331.

10) LG Hamburg, 01.09.2011 – 327 O 607/10, Volltext aus juris, insoweit in WRP 2012, 94 nicht abgedruckt.

11) BGH, 23.09.2014 – VI ZR 358/13, WRP 2014, 1473, 1477, Rn. 35 – jameda.de. A. A. Graef, ZUM 2009, 759, 760, nach dem mit Bewertungen in www.spickmich.de auch die Privatsphäre der Lehrerin betroffen ist.

12) Ladeur, JZ 2009, 966, 967 weist zutreffend darauf hin, dass eine abwertende Kritik über Kleinunternehmen oder Freiberufler gravierende Konsequenzen haben kann, die die Folgen einer Verletzung der Privatsphäre weit in den Schatten stellen.

13) Für Kühling, NJW 2015, 447, 449 ist das Sozialsphären-Konzept bei einer weltweit verfügbaren und schwer löschbaren Kritik aus der Anonymität heraus hölzern und unpassend, weil es für Kommunikationsformen „mit offenem Visier“ und mit der „Gnade des Vergessens“ entwickelt worden sei.

Mitarbeiter in Arbeitgeberbewertungsportalen zunehmend problematisch. Hier besteht ein erhebliches Risiko, dass das alleinige Motiv für eine rufschädigende Kritik Rache am Arbeitgeber wegen einer als ungerechtfertigt empfundenen Kündigung oder eines nicht akzeptierten schlechten Zeugnisses darstellt. Subjektiven Bewertungen ist immanent, dass der Kritiker allein seine Sicht der Dinge äußert mit der Folge, dass der Nutzer nicht die „ganze Geschichte“ erfährt. Portalbetreiber eröffnen keinen „Markt der Meinungen“, sondern ein Forum für einseitige Produktkritik.¹⁴⁾

4 War Mund-zu-Mund-Propaganda durch ihre Flüchtigkeit und ihren äußerst eingeschränkten Wirkungskreis geprägt, werden Bewertungen in Portalen grundsätzlich einem unbegrenzten Nutzerkreis dauerhaft zugänglich gemacht. Sie sind auch über Suchmaschinen schnell auffindbar. Das Internet vergisst nichts, und das vom EuGH geschaffene Recht auf Vergessen¹⁵⁾ muss erst einmal durchgesetzt werden. Da Bewertungen jederzeit abgegeben und veröffentlicht werden, ist der Betroffene im Prinzip zu einer ständigen Kontrolle seiner digitalen Repräsentation gezwungen.¹⁶⁾ Hinzu kommt die Asymmetrie der Kommunikationssituation: während der Kritiker im Schutze der Anonymität jede noch so unsinnige, unfaire und unsubstantiierte Äußerung tätigen darf, steht der Betroffene mit vollem Namen im Licht der Öffentlichkeit und kann sich gegen diese Äußerungen kaum wehren.¹⁷⁾

5 Die rechtliche Ausgangslage der widerstreitenden Interessen ist typisch für das gesamte Medienrecht: Dem Betroffenen steht sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht zu, insbesondere das Recht der persönlichen Ehre, der Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Hinzu kommt das Grundrecht der Berufsfreiheit und bei Unternehmen deren Recht am Unternehmen. Dem Kritiker und dem Portalbetreiber stehen das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Kommunikationsfreiheit zu. Am Ende muss auch die Informationsfreiheit auf Seiten der Nutzer berücksichtigt werden. Eine Entscheidung zwischen diesen kollidierenden Grundrechten kann nur aufgrund einer umfassenden Güter- und Pflichtenabwägung getroffen werden.

III. Unmittelbare Inanspruchnahme des Kritikers

6 Der Betroffene hat gegen den Kritiker als Täter nach den allgemeinen äusserungsrechtlichen Grundlagen Ansprüche auf Unterlassung, wenn über ihn unwahre Tatsachen (§ 824 Abs. 1 BGB) oder Beleidigungen bzw. Schmähkritik (§ 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB) geäußert werden. Schmähkritik liegt vor, wenn bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung des Betroffenen im Vordergrund steht und dieser jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den (digitalen) Pranger gestellt werden soll.¹⁸⁾ Die meisten Bewertungen werden, soweit sie auf zutreffender Tatsachengrundlage basieren, zulässige Meinungsäußerungen sein.

7 Das Hauptproblem besteht allerdings in der Durchsetzung der Ansprüche. Denn in aller Regel wird der Kritiker seine Äußerungen im Schutz der Anonymität tätigen. Auch Meinungen, die nur unter einer E-Mail-Adresse anonym oder unter einem Pseudonym im Internet abgegeben werden, genießen den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG.¹⁹⁾ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs würde

eine Verpflichtung, sich namentlich zu einer bestimmten Meinung zu bekennen, die Gefahr begründen, dass der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen sich dahingehend entscheidet, seine Meinung nicht zu äußern.

Nur in Ausnahmefällen wird der Betroffene aufgrund des unmittelbaren Kontakts oder des Inhalts der Äußerungen wissen, wer der Kritiker ist. Diese Fälle kommen bei Kundenbewertungsportalen nach Durchführung eines Kaufvertrages vor, wie sie z. B. von Amazon angeboten werden,²⁰⁾ oder im Nachgang zu Versteigerungen im Internet wie bei eBay.²¹⁾ Hier kann der Betroffene neben äusserungsrechtlichen auch vertragsrechtliche Ansprüche reklamieren,²²⁾ weil die Kritiker verpflichtet sind, die jeweiligen Nutzungsbedingungen einzuhalten.²³⁾

IV. Ermittlung des Kritikers

Naheliegender ist daher der Versuch des Betroffenen, zunächst vom Portalbetreiber im Wege der Auskunft die personenbezogenen Daten des Kritikers zu erhalten, um anschließend gegen diesen vorgehen zu können. Ein dahingehender Anspruch wird indes von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verneint.²⁴⁾ Zwar bestehe nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Auskunftspflicht bei jedem Rechtsverhältnis, dessen Wesen es mit sich bringe, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Hierfür genüge auch ein gesetzliches Schuldverhältnis, wenn der Betroffene einen auf §§ 823, 1004 BGB gestützten Unterlassungsanspruch gegen den Portalbetreiber habe. Gleichwohl sei dem Portalbetreiber die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges rechtlich unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), weil er zur Herausgabe der Anmeldeinformationen ohne Einwilligung des Nutzers nicht befugt sei, § 12 Abs. 2 TMG.²⁵⁾ Nach dieser Norm darf der Diensteanbieter die für die Bereitstellung von Telemedien erhobenen personenbezogenen Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat. Nach Ansicht des BGH kommt eine Erlaubnis durch Rechtsvorschrift außerhalb des TMG wegen des sog. Zitiergebotes nur dann in Betracht, wenn sich eine solche Vorschrift ausdrücklich auf Telemedien beziehe. Das sei bei dem aus Treu und Glauben hergeleiteten allgemeinen Auskunftsanspruch nicht der Fall. § 14 Abs. 2 TMG, wonach der Diensteanbieter auf Anordnung der zuständigen Stellen im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen darf, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr oder zur Durchsicht der Rechte am geistigen Eigentum erforderlich ist, greife bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten regelmäßig nicht ein. Der Bundesgerichtshof lehnt auch eine analoge Anwendung dieser Norm mangels Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke ab.²⁶⁾ Er stützt sich vornehmlich auf die Gesetzesbegründung, aus der sich ergebe, dass mit der Erweiterung der Auskunftsermächtigung in § 14 Abs. 2 TMG nur die mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Sicherstellung bestimmter Auskunftsrechte nach der Enforce-mentrichtlinie 2004/48/EG umgesetzt werden sollte, diese

14) Graef, ZUM 2009, 759, 761.

15) EuGH, 13.05.2014 – C-131/12, WRP 2014, 805 – Google Spain u. a./AEPD u. a. m. Anm. Alexander, WRP 2014, 814 und Bäcker, Editorial WRP 2014 Heft 7.

16) Kühling, NJW 2015, 447, 449.

17) Kühling, NJW 2015, 447, 448.

18) BGH, 29.01.2002 – VI ZR 20/01, NJW 2002, 1192, 1193.

19) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 984, Rn. 38 – spickmich.de.

20) LG Köln, 08.05.2013 – 28 O 452/12, ZUM-RD 2013, 660.

21) OLG Oldenburg, 03.04.2006 – 13 U 71/05, MMR 2006, 556.

22) Hierzu Janal, NJW 2006, 870 ff.; Petershagen, NJW 2008, 953 ff. Zur Haftung von Kauf- und Buchungsportalen mit Bewertungsfunktion ausführlich Leistner, in: FS Köhler, 2014, S. 415 ff.

23) S. § 7 Ziffer 2 der AGB von ebay: „Nutzer sind verpflichtet, in den abgegebenen Bewertungen ausschließlich wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Die von Nutzern abgegebenen Bewertungen müssen sachlich gehalten sein und dürfen keine Schmähkritik enthalten.“

24) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902 – Ärztebewertung.

25) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 903, Rn. 9 ff. – Ärztebewertung.

26) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 904, Rn. 15 f. – Ärztebewertung.

Franz, Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen

Richtlinie sich jedoch nicht auf Persönlichkeitsrechte beziehe. Auch sei in den Gesetzesberatungen hierüber diskutiert worden; insofern könne man nicht davon ausgehen, der Gesetzgeber habe die Problematik bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen übersehen. Der Bundesgerichtshof weist abschließend darauf hin, dass diese Beschränkung zwar wenig nachvollziehbar und eine Ausweitung auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen wünschenswert sein möge. Er stellt indes klar: „Eine solche Regelung müsste jedoch der Gesetzgeber treffen.“²⁷⁾

- 10 Von der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sollte sich der Betroffene nichts versprechen. Versteckt sich der Kritiker hinter einer anonymisierten und nicht rückverfolgbaren E-Mail-Adresse, kann er nicht ermittelt werden. Ohnehin besteht bei den Ermittlungsbehörden wenig Neigung, Äußerungsdelikte auszuermitteln, sondern diese verweisen regelmäßig auf den Privatklageweg.²⁸⁾

V. Inanspruchnahme des Portalbetreibers

- 11 Kann der Betroffene seinen Kritiker regelmäßig nicht in Anspruch nehmen, bleibt ihm nur der Weg gegen den Portalbetreiber. Ein Anspruch auf vollständige Löschung sämtlicher Bewertungen (allgemeines Bewertungsverbot) steht dem Betroffenen nicht zu.²⁹⁾ In Betracht kommt nur ein Anspruch auf Unterlassung konkreter Äußerungen, wenn und soweit deren Inhalt rechtswidrig ist. Der Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass der in Anspruch Genommene eine eigene rechtswidrige Behauptung aufstellt, sich eine fremde rechtswidrige Behauptung zu eigen macht oder eine fremde rechtswidrige Behauptung verbreitet. Der Portalbetreiber macht sich fremde Inhalte zu eigen, wenn er nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf seiner Internetseite veröffentlichten Inhalte übernommen oder den zurechenbaren Anschein erweckt hat, er identifiziere sich mit diesen.³⁰⁾ Das ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs bei Bewertungsportalen grundsätzlich nicht der Fall, weil nur fremde Kritik verbreitet werde.³¹⁾ Anderes gelte nur dann, wenn der Portalbetreiber die Äußerungen inhaltlich-redaktionell aufbereite oder ihren Wahrheitsgehalt überprüfe. Die statistische Auswertung zu bestimmten Durchschnittswerten und einer Weiterempfehlungsrate sei mit einer inhaltlich-redaktionellen Kontrolle nicht vergleichbar, weil der Portalbetreiber dadurch keinen Einfluss auf den Inhalt der Bewertungen nehme.³²⁾ Auch eine automatische Überprüfung durch einen Wortfilter, die darauf ausgerichtet sei, Formalbeleidigungen oder unzulässige Eigenbewertungen zu finden, stelle keine inhaltlich-redaktionelle Kontrolle dar. Das gelte auch für eine sich gegebenenfalls anschließende manuelle Durchsicht, weil auch damit keine inhaltliche Kontrolle der Bewertungen auf Richtigkeit erfolge, sondern es sich lediglich um eine weitere Überprüfung auf Einhaltung der Nutzungsbedingungen handele.
- 12 Die Verantwortlichkeit des Portalbetreibers richtet sich daher grundsätzlich nach §§ 7, 10 TMG.³³⁾ Danach sind Provider für fremde Inhalte nicht verantwortlich, wenn sie keine Kenntnis

von der Rechtswidrigkeit der Informationen haben, die Informationen auch nicht offensichtlich rechtswidrig sind oder wenn sie diese unverzüglich sperren, sobald sie Kenntnis von deren Rechtswidrigkeit erlangen. Dieses sog. Hostprovider-Privileg betrifft allerdings nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung; in die Zukunft gerichtete Unterlassungsansprüche, die, wenn die Unterlassung nur über die Beseitigung durchgesetzt werden kann, faktisch auf einen Lösungsanspruch hinauslaufen, bleiben von dieser Vorschrift unberührt.³⁴⁾ Der Portalbetreiber kann als Störer in Anspruch genommen werden, weil er die technischen Möglichkeiten für rechtsverletzende Kritik schafft. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat für die Haftung für fremde Inhalte im Internet mittlerweile ein Stufenmodell entwickelt,³⁵⁾ das ein qualifiziertes „notice and action“-Verfahren darstellt.³⁶⁾ Ausgangspunkt dieses Stufenmodells ist, dass ein Hostprovider nicht verpflichtet ist, die von den Nutzern in das Netz gestellten Beiträge vor der Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen, wenn es hierfür keinen Anlass gibt. Er darf daher grundsätzlich ohne vorherige Prüfung sämtliche Meinungen und Kritiken in seinem Portal veröffentlichen und verbreiten. Tätig werden muss er erst dann, wenn er von einem Betroffenen über eine Verletzung von dessen Persönlichkeitsrechten informiert wird.³⁷⁾ Bei dieser Information muss die Beanstandung so konkret gefasst sein, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer, d. h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung bejaht werden kann.³⁸⁾ In diesem Fall ist der Betreiber verpflichtet, die Beanstandung an den Kritiker weiterzuleiten und zu einer Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist aufzufordern. Bleibt diese aus, ist der beanstandete Eintrag zu löschen.³⁹⁾ Stellt der Kritiker die Berechtigung der Beanstandung substantiiert in Abrede und ergeben sich berechtigte Zweifel, ist der Betreiber grundsätzlich gehalten, dem Betroffenen dies – anonymisiert – mitzuteilen und gegebenenfalls Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. Nunmehr ist wieder der Betroffene gefordert: bleibt seine Stellungnahme aus oder legt er erforderliche Nachweise nicht vor, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst; der Eintrag bleibt bestehen. Ergibt sich dagegen aus der Stellungnahme des Betroffenen oder den vorgelegten Nachweisen auch unter Berücksichtigung einer etwaigen Äußerung des Kritikers eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts, ist der beanstandete Eintrag zu löschen. Der Portalbetreiber agiert insoweit als eine Art neutraler Schiedsrichter zwischen den widerstreitenden Positionen.⁴⁰⁾

In der jüngsten Entscheidung zu Bewertungsportalen hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die vom Portalbetreiber durchzuführende Überprüfung erkennbar zum Ziel haben müsse, die Berechtigung der Beanstandung des Betroffenen zu klären.⁴¹⁾ Er müsse ernsthaft versuchen, sich hierzu die notwendige Tatsachengrundlage zu verschaffen und dürfe sich nicht auf eine

27) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 904, Rn. 17 – Ärztebewertung. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers fordern u. a. Spindler, EWIR 2014, 711, 712 und Paal, MMR 2016, 422, 424.

28) Höch, BB 2016, 1475, 1477 dort Fn. 26.

29) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979 – spickmich.de und BGH, 23.09.2014 – VI ZR 358/13, WRP 2014, 1473 – jameda.de.

30) BGH, 12.11.2009 – I ZR 166/07, WRP 2010, 922, 925, Rn. 27 – marions-kochbuch.de.

31) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1328, Rn. 25 ff. – Hotelbewertungsportal; bestätigt von BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 732 f., Rn. 17 und 18 – jameda.de II., m. Anm. Herrmann/Schwarz, WRP 2016, 736.

32) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1329, Rn. 28 – Hotelbewertungsportal.

33) Hierzu ausführlich Köhler/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 8 Rn. 2.25 ff.

34) BGH, 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 – Internet-Versteigerung zu § 11 S. 1 TDG und BGH, 27.03.2007 – VI ZR 101/06, WRP 2007, 795, 796, Rn. 7 – Meinungsforum im Internet zu § 10 TMG.

35) Insbesondere durch BGH, 25.10.2011 – VI ZR 93/10, WRP 2012, 217, 220, Rn. 24 ff. – Prüfpflichten und Störerhaftung des Hostproviders.

36) Lauber-Rönsberg, MMR 2014, 10, 12.

37) Nur i. E. richtig LG Berlin, 31.05.2007 – 27 S 2/07, ZUM-RD 2007, 527, weil der Betreiber die inkriminierenden Begriffe „Psychopath“ und „echt das Letzte“ unverzüglich nach Inkennnissetzung löschte.

38) BGH, 25.10.2011 – VI ZR 93/10, WRP 2012, 217, 220, Rn. 26 – Prüfpflichten und Störerhaftung des Hostproviders.

39) BGH, 25.10.2011 – VI ZR 93/10, WRP 2012, 217, 220, Rn. 27 – Prüfpflichten und Störerhaftung des Hostproviders.

40) Höch, BB 2016, 1475, 1478. Der immer wieder auftauchende Begriff eines „notice and take down“-Verfahrens passt nicht, weil der beanstandete Beitrag eben nicht sofort zu löschen ist.

41) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 735, Rn. 42 f. – jameda.de II.

rein formale Prüfung zurückziehen. Bei einem Ärztebewertungsportal sei nicht genügend, von einem Patienten zu verlangen, die Behandlung in mindestens zwei Sätzen zu umschreiben und den Behandlungszeitraum zu nennen. Vielmehr müsse dieser den Behandlungskontakt möglichst genau beschreiben und belegende Unterlagen (Rechnungen, Terminkarten und -zettel, Eintragungen in Bonushefte, Rezepte o. ä.) möglichst umfassend übermitteln. Zumindest sei dem bewerteten Arzt der vom Patienten bekannt gegebene Behandlungszeitraum mitzuteilen, damit dieser den behaupteten Behandlungszeitraum überprüfen könne. Der Portalbetreiber trägt damit eine sekundäre Darlegungslast, in deren Rahmen er zu Nachforschungen verpflichtet ist. Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, ist die Behauptung des Bewerteten, es läge kein Behandlungskontakt zugrunde, als zugestanden anzusehen.⁴²⁾

- 14 Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs fragt zusätzlich danach, ob der Portalbetreiber hinsichtlich der Veröffentlichung der beanstandeten Behauptung seine neutrale Vermittlerposition verlassen und eine aktive Rolle eingenommen habe.⁴³⁾ Das Host-provider-Privileg käme dem Portalbetreiber nur dann zu Gute, wenn er sich darauf beschränke, seinen Dienst mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen.⁴⁴⁾ Keine aktive Rolle liege in der statistischen Auswertung von Bewertungen, im Einsatz eines Wortfilters zum Auffinden von rechtsverletzenden Inhalten und in der nach Ansprechen des Wortfilters vorgenommene Überprüfung der Beiträge durch Mitarbeiter.
- 15 Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Portalbetreibers für fremde Beiträge entfällt auch nicht deshalb, weil dem Betroffenen die Identität des Kritikers bekannt ist. Wird ein ehrverletzender Beitrag in ein Forum eingestellt, ist der Portalbetreiber bei Verletzung der ihn treffenden Pflichten als Störer i. S. v. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zur Unterlassung verpflichtet.⁴⁵⁾ Der Bundesgerichtshof vergleicht die Situation mit einem Verleger, der die Quelle einer von einem Presseerzeugnis ausgehenden Störung beherrsche und deshalb grundsätzlich neben dem Autor eines beanstandeten Artikels verantwortlich sei. Der Betreiber eines Bewertungsportals verfüge über den rechtlichen und tatsächlichen Zugriff; er sei insoweit „Herr des Angebots“.

VI. Datenschutz

- 16 Die Rechte Betroffener können regelmäßig nicht über das Datenschutzrecht durchgesetzt werden.⁴⁶⁾ Nach § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BDSG sind personenbezogene Daten aus einer Datenbank zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG sind die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten – hierunter fallen auch Meinungsäußerungen und Beurteilungen über bestimmte oder bestimmbare Betroffene – zulässig, soweit dies durch Gesetz erlaubt oder angeordnet ist oder der Betroffene eingewilligt hat. Auf das Medienprivileg des § 41 Abs. 1 BDSG kann sich ein Portalbetreiber nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht berufen; die bloß automatische Auflistung von redaktionellen Beiträgen und automatische Bildung eines arithmetischen Mittels aus den abgegebenen Noten sei noch keine eigene journalistisch-redaktionelle Gestaltung.⁴⁷⁾

Als Erlaubnis kämen nur § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG in Betracht. Danach ist das geschäftsmäßige Erheben, Speichern, Verändern oder Nutzen 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, Speicherung oder Veränderung hat (Nr. 1), oder die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung offensichtlich überwiegt (Nr. 2). Der wertausfüllungsbedürftige Begriff des schutzwürdigen Interesses verlangt immer 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. Die Interessen des Betroffenen überwiegen nur dann, wenn unwahre Tatsachen oder Meinungen geäußert werden, die die Grenze zur Schmähkritik überschreiten.⁴⁸⁾

VII. UWG

Die Inanspruchnahme eines Portalbetreibers kann auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen, insbesondere auf der Grundlage der Herabsetzung (§ 4 Nr. 1 UWG) oder Anschwärzung (§ 4 Nr. 2 UWG). Das ist für den Portalbetreiber deshalb gefährlich, weil er die Beweislast für die Wahrheit der kreditgefährdenden Tatsachenbehauptungen trägt und er den Beweis nur dann erbringen kann, wenn der Kritiker als Zeuge zur Verfügung steht und eine glaubhafte Aussage macht.⁴⁹⁾ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des UWG ist, dass das Verhalten des Bewertungsportals im Internet eine geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt und die Parteien Mitbewerber i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind.

Beide Voraussetzungen wurden vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung Hotelbewertungsportal bejaht.⁵⁰⁾ Die Klägerin betrieb in Berlin ein Hotel, das unmittelbar über ihre Internetseite gebucht werden konnte. Die Beklagte betrieb ein Online-Reisebüro und ein Hotelbewertungsportal, das dazu diente, ihr Reisebüro bekannt zu machen und seine Attraktivität zu steigern. Das genügte dem Bundesgerichtshof für das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung und eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses. Zwar versuchten die Parteien nicht, gleichartige Dienstleistungen abzusetzen. Gleichwohl werde durch die Förderung des Absatzes der Dienstleistungen der Beklagten auch der Wettbewerb der Klägerin beeinträchtigt. Durch das Verhalten von Bewertungen auf ihrem Hotelbewertungsportal suche die Beklagte die Attraktivität ihres Online-Reisebüros zu erhöhen, wohingegen die Anzeige einer negativen Bewertung des Hotels der Klägerin geeignet sei, den Absatz ihrer Beherbergungsdienstleistung zu beeinträchtigen.⁵¹⁾

Die Entscheidung überzeugt, dürfte aber eher einen atypischen Einzelfall darstellen. Bewertungsportale werden in der Regel nicht als Hilfsdienstleistung für ein anderes Geschäft, sondern als originär eigenes werbefinanziertes Geschäftsmodell betrieben. Im Regelfall ist der Portalbetreiber kein Mitbewerber des Betroffenen.

42) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 737, Rn. 47 ff. – jameda.de II. Die Auswirkungen dieses Urteils auf die Praxis beschreibt Höch, BB 2016, 1475, 1478 f. und auch Herrmann/Schwarz, WRP 2016, 736.

43) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1329, Rn. 34 – Hotelbewertungsportal.

44) EuGH 23.03.2010 – C-236/08 bis C-238/08, GRUR 2010, 445, Rn. 114, 120 – Google und Google France.

45) BGH, 27.03.2007 – VI ZR 101/06, WRP 2007, 795, 797, Rn. 13 – Meinungsforum im Internet.

46) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979 – spickmich.de.

47) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 982, Rn. 21 f. – spickmich.de.

48) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 984, Rn. 34 – spickmich.de. Bestätigt von BGH, 23.09.2014 – VI ZR 358/13, WRP 2014, 1473, 1477, Rn. 36 – jameda.de.

49) Beispielfall LG Hamburg, 01.09.2011 – 327 O 607/10, WRP 2012, 94, 98 f., Rn. 49 f. – Haftung von Hotelbuchungsportalen.

50) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326 – Hotelbewertungsportal.

51) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1328, Rn. 20 – Hotelbewertungsportal.

- 20 Stellt ein Unternehmen fingierte Belobigungen über seinen Betrieb ins Internet, dann besteht zwischen dem täuschenden Unternehmen und den anderen bewerteten Unternehmen ein unmittelbares Wettbewerbsverhältnis. Die benachteiligten Unternehmen haben gegen das täuschende Unternehmen auf das UWG gestützte Unterlassungs- und Lösungsansprüche,⁵²⁾ die allerdings aufgrund der dargestellten Probleme, den Täter zu ermitteln, kaum durchsetzbar sind. Ebenso wettbewerbswidrig handelt derjenige, der Kunden gegen Auslobung von Rabatten auffordert, positive Empfehlungen in einem Bewertungsportal abzugeben.⁵³⁾ Der Verkehr erwartet, dass die Kunden ihre Bewertungen frei und unbeeinflusst abgeben.

VIII. Harmonisierung mit der Warentestrechtsprechung

- 21 Die dargestellte Rechtsprechung zu Bewertungsportalen befindet sich in einem noch nicht abgeschlossenen Entwicklungsprozess. Der Bundesgerichtshof hat inzwischen das mit Bewertungsportalen verbundene Missbrauchspotential erkannt und zum Schutze des von einer Kritik Betroffenen ein materiell-rechtliches Beanstandungs- und Nachweisverfahren entwickelt. Der Betroffene kann nicht mehr nur gegen unwahre Tatsachenbehauptungen und Schmähkritik vorgehen, sondern generell bestreiten, dass der Kritiker seine Leistung in Anspruch genommen hat. Erbringt der Kritiker hierfür keinen Nachweis, ist die Bewertung zu löschen. Von diesem Verfahren zur Löschung falscher Beurteilungen profitieren nicht nur die Betroffenen, sondern alle Nutzer und am Ende das Portal selbst,⁵⁴⁾ indem der Öffentlichkeit verlässlichere Informationen bereitgestellt werden. Durch das ansteigende Maß an Vertrauen, das die Verbraucher dem Portal entgegenbringen, steigen nicht nur Nutzung und Werbeeinnahmen, sondern die Stellung des Portalbetreibers im öffentlichen Meinungsbildungsprozess. Es entwickelt sich zu einem ernst zu nehmenden kontrollierenden Gegengewicht zur Anbieterseite.⁵⁵⁾
- 22 Gleichwohl hinterlässt die Rechtsprechung Schutzlücken, die im Wege der Rechtsfortbildung zu schließen sind.⁵⁶⁾ Das könnte durch Heranziehung der gefestigten Rechtsprechung zum vergleichenden Warentest als Urform der Produktkritik umgesetzt werden.⁵⁷⁾ Danach muss die dem Testbericht zugrunde liegende Untersuchung neutral, objektiv im Sinne eines Bemühens um Richtigkeit und sachkundig durchgeführt werden und sowohl die Art des Vorgehens bei der Prüfung als auch die aus den Untersuchungen gezogenen Schlüsse vertretbar, d. h. diskutabel, erscheinen.⁵⁸⁾ Sind diese Anforderungen erfüllt, steht nichts entgegen, dem Testveranstalter im Hinblick auf die Angemessenheit der Prüfungsmethoden, die Auswahl der Testobjekte und die Darstellung der Untersuchungsergebnisse einen erheblichen Ermessensspielraum einzuräumen. Nicht mehr hinzunehmen ist die Veröffentlichung eines Testberichts, wenn in ihm unwahre Tatsachen behauptet werden oder rechtswidrig in den Gewerbebetrieb des betroffenen Unternehmens eingegriffen wird. Das ist

bei bewussten Fehltritten und bewussten Verzerrungen, insbesondere bei unrichtigen Angaben und einseitiger Auswahl der zum Vergleich gestellten Waren und Leistungen, der Fall, aber auch dort, wo die Art des Vorgehens bei der Prüfung und die sich aus den durchgeführten Untersuchungen gezogenen Schlüsse als sachlich nicht mehr vertretbar erscheinen.

Einen ersten Ansatzpunkt für die Heranziehung der Warentest-Rechtsprechung hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aufgezeigt. In der Entscheidung Hotelbewertungsportal führt er aus, dass eine einschränkende Auslegung des Begriffs des Verbreitens nur dann in Betracht komme, wenn der Portalbetreiber sich darauf beschränke, seinen Dienst mittels rein technischer und automatisierter Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen.⁵⁹⁾ Verlasse er dagegen seine neutrale Vermittlerposition und spiele er eine aktive Rolle, die ihm eine Kenntnis von bestimmten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffe, könnte eine eigene Verbreiterhaftung gerechtfertigt sein. Auch das vom VI. Zivilsenat entwickelte Stufenmodell läuft darauf hinaus, dass der Portalbetreiber als eine Art neutraler Schiedsrichter zwischen den widerstreitenden Positionen agiert.⁶⁰⁾ Die Neutralität des Portalbetreibers als wesentlicher Grund für seine Privilegierung ist daher als Zulässigkeitskriterium bereits erkannt.⁶¹⁾ Generell sollte derjenige, der gegenüber der Öffentlichkeit den Anspruch auf Neutralität, Objektivität und Sachkunde erhebt, diese von der Rechtsprechung zum vergleichenden Warentest aufgestellten Zulässigkeitskriterien auch erfüllen.⁶²⁾ Das „mit Abstand größte Ärztestbewertungsportal“ www.jameda.de wirbt mit dem Qualitätsanspruch, für authentische Arztbewertungen zu sorgen, eigen- und andere manipulierte Bewertungen nicht zu akzeptieren, alle Bewertungen nach den rechtlichen Vorgaben zu prüfen, zu veröffentlichen und gleich zu behandeln (Seriosität und Unparteilichkeit).⁶³⁾ Portalbetreiber nehmen verstärkt eine zentrale Rolle ein, wie sie Testveranstalter von vornherein innehaben. Anknüpfungspunkt besonderer Verhaltenspflichten wäre nicht mehr die Inkenntnissetzung des Portalbetreibers von einem Rechtsverstoß, sondern der Start des Portalbetriebs.

Eine vergleichbare Vorverlagerung von Verhaltenspflichten ist der Störerhaftung nicht unbekannt. So trifft z. B. in Filesharing-Fällen jeden Inhaber eines Internetanschlusses die Pflicht, diesen ausreichend gegen rechtswidrige Nutzungen durch Dritte zu sichern, anderenfalls er bereits beim ersten Verstoß in die unmittelbare Haftung hineingerät.⁶⁴⁾ Wenn aber jeden Verbraucher eine dahingehende Verhaltenspflicht trifft, dann kann auch von einem (gewerblich handelnden) Portalbetreiber ein Mindestmaß an vorverlagerten Verhaltenspflichten verlangt werden. Diese dürfen natürlich nicht das von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte Geschäftsmodell wirtschaftlich gefährden oder unverhältnismäßig erschweren.⁶⁵⁾ Wird das Bewertungsportal neutral, objektiv im Bemühen um Richtigkeit und sachkundig betrieben, scheidet eine unmittelbare Haftung des Portalbetreibers grundsätzlich aus.

52) Sog. „Astroturfing“, dazu *Krieg/Roggenkamp*, K&R 2010, 689 ff.; *Ahrens/Richter*, WRP 2011, 814 ff. und *Heermann*, WRP 2014, 509 ff.

53) OLG Hamm, 23.11.2010 - 4 U 136/10, WRP 2011, 501 - Bewertungsrabatt.

54) *Herrmann/Schwarz*, WRP 2016, 736, 738.

55) *Peifer*, NJW 2014, 3067.

56) *Kaiser*, K&R 2015, Beihefter 2, S. 9, 11.

57) So schon *Peifer/Kamp*, ZUM 2009, 185, 188 f. Dagegen OLG Hamburg, 10.11.2015 - 7 U 18/15, MMR 2016, 355, 356 für das Bewertungsportal www.yelp.de.

58) BGH, 09.12.1975 - VI ZR 157/73, WRP 1976, 166, 169 - Zur Haftung der Stiftung Warentest.

59) BGH, 19.03.2015 - I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1329, Rn. 34 - Hotelbewertungsportal.

60) *Höch*, BB 2016, 1475, 1478.

61) *Koreng/Feldmann*, in: Hoeren/Bensinger (Hrsg.), Haftung im Internet 2014, Kap. 8 Rn. 34.

62) *Peifer/Kamp*, ZUM 2009, 185, 188.

63) <http://www.jameda.de/jameda/>.

64) BGH, 12.05.2010 - I ZR 121/08, WRP 2010, 912 - Sommer unseres Lebens.

65) BGH, 19.03.2015, I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, 1330, Rn. 37 - Hotelbewertungsportal und BGH, 01.03.2016 - VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 735, Rn. 40 - [jameda.de](http://www.jameda.de).

IX. Anforderungen an ein neutrales, objektives und sachkundiges Verfahren

1. Neutralität

- 25** Der Portalbetreiber muss eine neutrale und äquidistante Position zwischen Kritiker und Betroffenen einnehmen. Das ist bereits anerkannt (s. o. Rn. 14). Neutralität ist auch für den Kritiker zu fordern. Daher müssen Portalbetreiber in ihren Nutzungsbedingungen klarstellen, dass die Kritiker nicht diejenigen Unternehmen bewerten dürfen, zu denen sie eine persönliche oder wirtschaftliche Verbindung unterhalten.⁶⁶⁾
- 26** Erhebliche Zweifel an der Neutralität begründen sog. Premium-Pakete, die Portalbetreiber interessierten Ärzten gegen Entgelt anbieten.⁶⁷⁾ Mit diese Paketen wird bei Aufruf eines Arztprofils gezielte Werbung konkurrierender Ärzte unterdrückt, wohingegen Ärzte, die dieses Paket nicht erwerben, es hinnehmen müssen, dass nach Aufruf ihres Profils sämtliche im räumlichen Umfeld konkurrierende Ärzte gleicher Fachrichtung mit besserer Bewertung präsentiert werden. Damit wird Ärzten, die dieses Paket abonnieren, ein unmittelbarer Wettbewerbsvorteil verschafft. In jedem Fall ist der Portalbetreiber verpflichtet, die durch Entgelt bewirkte Top-Platzierung eines Arztes als Anzeige deutlich kenntlich zu machen.⁶⁸⁾ Nach Auffassung des Verfassers sollten Bewertungsportale – im Gegensatz zu reinen Suchmaschinen – auf derartige käuflich erwerbbar Topplatzierungen zur Wahrung ihrer Neutralität gänzlich verzichten.⁶⁹⁾ Nicht zu beanstanden sind dagegen entgeltliche Angebote, mit denen der Betroffene über alle neu eingehenden Bewertungen benachrichtigt und ihm ermöglicht wird, diese zu kommentieren.⁷⁰⁾ Dieser Dienst entlastet ihn bei der ständigen Kontrolle seiner digitalen Repräsentation spürbar.

2. Objektivität und Sachkunde

a) Nutzerkreis

- 27** Nicht jedes Portal darf einem unbeschränkten Nutzerkreis zugänglich gemacht werden. Das öffentliche Interesse an bestimmten Informationen variiert erheblich, je nachdem, welcher Personenkreis überhaupt mit der Berufsausübung des Bewerteten in Kontakt kommt.⁷¹⁾ Wer seine beruflichen Dienstleistungen öffentlich gegenüber jedermann anbietet, hat keinen Anspruch darauf, dass das Portal nur einem beschränkten Nutzerkreis offensteht. Bei Lehrern, deren berufliche Öffentlichkeit auf die Tätigkeit in bestimmten Klassen an einer bestimmten Schule beschränkt ist, ist das anders. Dort besteht kein generelles öffentliches Interesse an ihren Bewertungen.⁷²⁾ Derartige Portale sollten nur Personen zugänglich gemacht werden, die ihre Zugehörigkeit zum jeweiligen Schulumfeld gegenüber dem Portalbetreiber nachweisen.⁷³⁾ Wenn und soweit dies für den Portalbetreiber

einen unzumutbar hohen Aufwand darstellt, dann ist zumindest eine Registrierungspflicht für die Nutzer (mit Angaben zur Schule oder Hochschule) und eine stichprobenartige Überprüfung erforderlich.⁷⁴⁾

b) Nutzerregistrierung und -verifizierung

Der Portalbetreiber muss von allen Nutzern bei der erstmaligen Registrierung die Angabe von Name, Vorname, Geschlecht, Geburtsdatum, Adresse und Telefonnummer verlangen.⁷⁵⁾ Über diesen Weg wird die Verantwortlichkeit der Kritiker für ihre Inhalte deutlicher aufgezeigt, als alle Warnhinweise und Nutzungsbedingungen hierzu in der Lage sind. Ein Verstoß gegen § 13 Abs. 6 TMG liegt darin nicht, weil sich der Schutz auf Anonymität nur auf die Nutzung von Telemedien bezieht, nicht aber eine anonyme Registrierung garantieren soll.⁷⁶⁾ Die Anonymität des Kritikers gegenüber dem Betroffenen bei der Kritik selbst bleibt gewahrt. Ohnehin bedarf die von der Rechtsprechung heraufbeschworene Gefahr, ohne Anonymität würde sich der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen dahingehend entscheiden, seine Meinung nicht zu äußern, einer kritischen Überprüfung. Sie kann für Lehrerbewertungsportale gelten, sie passt aber nicht auf andere Portale. Welche Repressalien oder sonstige Nachteile kann ein Arzt oder Hotelbetreiber dem Patienten oder Hotelgast zufügen? Dieser wird nach der Veröffentlichung seiner Kritik längst auf Alternativen ausgewichen sein.

Ebenso gehört es zu den Pflichten des Portalbetreibers, die Existenz der E-Mail-Adresse des Kritikers zu überprüfen, indem er eine Antwort auf eine Kontroll-E-Mail verlangt. Damit wird nicht das Ende der anonymen Internetnutzung eingeläutet,⁷⁷⁾ sondern allenfalls das Ende rufschädigender Kritik aus dem Schutz der Anonymität mittels sog. Wegwerf-E-Mails. Von einem Kritiker kann erwartet werden, dass er seine Kritik, wenn schon anonym, dann jedenfalls über eine für den Portalbetreiber verifizierbare E-Mail-Adresse abgibt.

c) Nutzungsbedingungen

Zu einem objektiven und sachkundigen Verfahren gehört, dass der Portalbetreiber einen Verhaltenskodex und Nutzungsbedingungen aufstellt, mit denen er die Nutzer verpflichtet, dass ausschließlich wahre Tatsachenbehauptungen, sachliche Bewertungen und Meinungen, die keinen beleidigenden Inhalt haben oder Schmähkritik darstellen, geäußert werden dürfen. Die Nutzer müssen diese Nutzungsbedingungen durch einen Klick akzeptieren.

d) Bewertungskriterien

Wenn der Portalbetreiber den Nutzern Bewertungskriterien vorgibt, müssen diese nach Anzahl, Vielfalt und vor allem Inhalt den Anforderungen an eine sachkundige Evaluation entsprechen. Bei der Bewertung von Lehrern sind die Kriterien „motiviert“ und „guter Unterricht“ akzeptabel, die Kriterien „beliebt – unbeliebt“, „cool und witzig – peinlich und öde“, oder „leichte Prüfungen“ sind es nicht. Daran ändert auch nichts, dass sowohl Kritiker als auch Nutzer vorwiegend Schüler sind.⁷⁸⁾ Denn auch ein Schüler will und darf nur nach sachlichen Kriterien bewertet werden.⁷⁹⁾

66) Dies sehen die Hotelbewertungsportale www.holidaycheck.de (unter den Nutzungsbedingungen) und www.tripadvisor.de (in der Bewertungsmaske als Zusicherung) bereits vor. In den Nutzungsrichtlinien von www.jameda.de heißt es, dass Angestellte, Verwandte oder vom Arzt beauftragte Dienstleister und Agenturen diesen nicht bewerten dürfen. Auch Gefälligkeitsbewertungen unter Kollegen sind nicht erlaubt.

67) BGH, 23.09.2014 – VI ZR 358/13, WRP 2014, 1473, 1475, Rn. 18 – [jameda.de](http://www.jameda.de) (in der Revision verspäteter und damit nicht mehr zugelassener Sachvortrag).

68) LG München I, 18.03.2015 – 37 O 19570/14, WRP 2015, 781 – Premium Partner.

69) Zur Neutralität eines Testveranstalters Franz, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 4), S. 8 Rn. 160–181.

70) Wie vom Ärztebewertungsportal www.sanego.de angeboten, s. OLG Düsseldorf, 18.12.2015 – I-16 U 2/15, NJW-RR 2016, 656.

71) OLG Hamm, 03.08.2011 – I-3 U 196/10, K&R 2011, 733.

72) Ernst, NJW 2009, 1320, 1321; Graef, ZUM 2009, 759, 761 und Ladeur, JZ 2009, 966, 968, der davor warnt, ein „Grundrecht auf Spaß“ zu installieren. Kulow, K&R 2009, 678 lehnt Lehrerbewertungsportale aus schulrechtlichen Gründen (Art. 7 Abs. 1 GG i. V. m. §§ 2, 3 SchulG NRW) generell ab. S. auch die insoweit strengeren Entscheidungen des Tribunal de Grande Instance vom 03.03.2008 und der Cour d'Appel de Paris vom 25.06.2008, dargestellt von Greve/Schärdel, MMR 2008, 644, 645 f.

73) www.spickmich.de und www.schulradar.de sind allerdings seit August 2014 abgeschaltet.

74) Greve/Schärdel, MMR 2008, 644, 649 und Ohst, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht, Band 5, 3. Aufl. 2014, Kap. 3 Rn. 73.

75) Zu weitgehend wäre, von den Nutzern einen eingescannten Personalausweis zu fordern. Dies wird allerdings beim Portal zur weltweiten Vermittlung privater Unterkünfte www.airbnb.de von mehr als 60 Mio. Benutzern als selbstverständlich akzeptiert.

76) Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 13 TMG Rn. 22.

77) Die Frage stellt Feldmann, K&R 2012, 113, 115.

78) A. A. BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 984, Rn. 39 – [spickmich.de](http://www.spickmich.de).

79) Graef, ZUM 2009, 759, 761.

Franz, Die rechtliche Beurteilung von Bewertungsportalen

Besteht gar die Möglichkeit, das Aussehen und Verhalten des Lehrers mit Kriterien wie „sexy“,⁸⁰⁾ „dufter Typ“, „hässlich“ oder „fieser Idiot“ zu bewerten, besteht die Gefahr, dass auch begleitende Kommentare im Freitextfeld entsprechend drastisch formuliert werden. Hier kann der Portalbetreiber wegen Schaffens einer Gefahrenquelle in die unmittelbare Eigenhaftung hineingeraten.⁸¹⁾

- 32** Generell muss der Portalbetreiber danach differenzieren, ob die Kritiker überhaupt in der Lage sind, das angebotene Produkt sachkundig beurteilen zu können. Ob ein Zimmer sauber oder verdreckt ist, kann jeder Hotelbenutzer beurteilen. Dafür muss man kein Fachmann sein. Ebenso zulässig ist die Vergabe von Schulnoten für vorformulierte Kriterien wie „Behandlung“, „Aufklärung“, „Vertrauensverhältnis“, „genommene Zeit“ und „Freundlichkeit“.⁸²⁾ Ein Laie kann aber nicht beurteilen, ob ein Arzt eine fachgerechte Diagnose gestellt hat oder ihm ein Behandlungsfehler unterlaufen ist.⁸³⁾ Dahingehende Äußerungen sind unmittelbar existenzgefährdend und dürfen in einem Portal nur dann aufgestellt werden, wenn der Kritiker nach Einholung einer zweiten Meinung sicher vom Vorliegen eines Behandlungsfehlers und gegenüber dem Portalbetreiber nachweisbar ausgehen darf. Richtig ist, dass mit einer schlechten Bewertung kein konkludenter Vorwurf eines objektiven Behandlungsfehlers verbunden ist.⁸⁴⁾

e) Kontrolle, Auswahl, Gewichtung und Aktualität der Bewertungen

- 33** Eine generelle Eingangskontrolle im Sinne einer proaktiven Prüfungspflicht ist wegen des klaren Wortlauts des § 7 Abs. 2 S. 1 TMG abzulehnen. Auch eine Pflicht des Betreibers, sein Portal nach gemeldeten Erstverstößen künftig ganz oder in Teilen zu überwachen, um Wiederholungen auszuschließen (Vorsorgepflicht), kann nicht gefordert werden.⁸⁵⁾ Dagegen ist der Betreiber verpflichtet, eine spezielle Wortfiltersoftware zu installieren, die sämtliche Äußerungen auf Beleidigungen, und Schmähkritik überprüft.⁸⁶⁾ An das Auffinden derartiger Äußerungen schließt eine manuelle Nachkontrolle an, wenn und soweit der damit verbundene Personalaufwand für den Portalbetreiber zumutbar ist. Beides wird bereits umgesetzt.⁸⁷⁾ Natürlich ist eine noch so ausgereifte Software nicht in der Lage, eine korrekte rechtliche Subsumtion herbeizuführen. Gleichwohl indizieren bestimmte Wörter das Vorliegen von Beleidigungen und Schmähkritik, so dass derartige Äußerungen gar nicht erst erscheinen sollten.⁸⁸⁾ Die immer wieder heraufbeschworene Gefahr, dies führe zu einer erheblichen Einschränkung der Meinungsfreiheit und sei für den Portalbetreiber technisch und wirtschaftlich unzumutbar,⁸⁹⁾ mag bei reinen Meinungsforen überzeugen. Sie überzeugt nicht bei Bewertungsportalen, bei denen es – auch – um berufliche Existenzen geht. Negative Kritik fördert die Markttransparenz

80) Dieses Kriterium hatte www.spickmich.de bereits vor der Entscheidung des BGH freiwillig aus dem Angebot genommen.

81) *Roggenkamp/Stadler*, in: *jurisPK-Internetrecht*, 4. Aufl. 2014, Kap. 10 Rn. 549.

82) Wie beim Ärztebewertungsportal www.jameda.de, s. BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, Rn. 2 – *jameda.de* II.

83) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 734, Rn. 35 – *jameda.de* II.

84) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 734, Rn. 35 – *jameda.de* II.

85) *Nieland*, NJW 2010, 1494, 1497.

86) *Leistner*, in: FS Köhler, 2014, 415, 423 und *Jahn/Palzer*, K&R 2015, 767, 770; a. A. *Koreng/Feldmann*, in: *Hoeren/Bensinger* (Fn. 61), Kap. 8 Rn. 86.

87) Z. B. von www.docinsider.de, www.sanego.de und www.jameda.de.

88) Nach Ansicht des EGMR, 16.06.2015 – 64569/09, NJW 2015, 2863 (Delfi AS/Estland) haftet der Betreiber eines (estnischen) Nachrichtenportals für beleidigende Kommentare, wenn der von ihm installierte Wortfilter nicht imstande war, die eindeutig rechtswidrigen Kommentare aufzufinden.

89) *Nieland*, NJW 2010, 1494, 1497 f.

90) *Ernst*, NJW 2009, 1320, 1321.

und die Verbraucherinformation nur dann, wenn sie sachlich ist. Das Portal dient nicht dazu, im Schutze der Anonymität über den Bewerteten ungeniert herziehen zu können.⁹⁰⁾

- Nicht zu beanstanden ist, wenn der Portalbetreiber nicht alle **34** Bewertungen veröffentlicht, sondern über eine spezielle Software eine Sortierungs- und Auswahlentscheidung trifft und Bewertungen nach „empfehlenswert“ und „momentan nicht empfehlenswert“ differenziert.⁹¹⁾ Die Auswahlkriterien müssen allerdings Sachkunde erkennen lassen.

- Werden aus den Bewertungen Durchschnittswerte oder Gesamtnoten gebildet, muss der Portalbetreiber allgemein gültige Regeln der Statistik einhalten. Generell gilt, dass eine einzelne Bewertung im Vergleich zu einer Vielzahl von Bewertungen verzerrend wirkt, so dass eine Mindestanzahl von Bewertungen einzufordern ist, wenn Gesamtnoten vergeben werden.⁹²⁾ Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, diese Mindestanzahl für das jeweils in Rede stehende Portal festzusetzen. **35**

- Der Portalbetreiber muss zur Wahrung des Aktualitätsgrundsatzes sicherstellen, dass bisherige Bewertungen nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums automatisch gelöscht werden.⁹³⁾ Alternativ kommt in Betracht, ältere Bewertungen geringer als aktuelle Bewertungen zu gewichten oder nur noch wiederzugeben, aber nicht in die Gesamtnote einfließen zu lassen. Jede Einzelbewertung ist mit dem jeweiligen Datum zu versehen. **36**

f) Darstellung

- Der Portalbetreiber muss möglichst detailliert darstellen, wie die Bewertungen zustande kommen, wie Durchschnitts- oder Gesamtnoten gebildet werden etc. Das Transparenzgebot ist einzuhalten. **37**

g) Recht auf Gegenrede und Abuse-Button

- Der Portalbetreiber muss dem Betroffenen die Gelegenheit geben, auf jede Kritik seine Sicht darzustellen. Das könnte analog zum äußerungsrechtlichen Gegendarstellungsanspruch (§ 56 RStV) umgesetzt werden, wobei sich diese Form einer veröffentlichten Gegenrede auch auf Meinungsäußerungen beziehen muss. Gerade bei existenzgefährdender, aber auf zutreffenden Tatsachen basierender sachlicher Kritik ist es sinnvoll, wenn dem Betroffenen Gelegenheit gegeben wird, die berechtigte Kritik einzuräumen und seine sofort umgesetzten Verbesserungsmaßnahmen darzustellen. Auch in Bewertungsportalen sollte jeder Betroffene eine zweite Chance erhalten; die Existenzvernichtung kann nicht das Ziel sein. Auch das wird überwiegend bereits umgesetzt.⁹⁴⁾ **38**

- Darüber hinaus sollte jedes Portal einen Abuse-Button vorhalten, d. h. eine Möglichkeit für Jedermann, auf Unstimmigkeiten oder Missbrauch hinzuweisen. **39**

h) Schutz gegen fingierte Bewertungen

- Der Portalbetreiber muss sicherstellen, dass nur wirkliche Kunden eine Bewertung abgeben, indem diese durch einen Haken bestätigen, Kunde oder Patient des Bewerteten (gewesen) zu **40**

91) KG, 10.12.2015 – 10 U 26/15, MMR 2016, 352 mit Anm. *Plog/Zimprich* und OLG Hamburg, 10.11.2015 – 7 U 18/15, MMR 2016, 355 für www.yelp.de.

92) *Kaiser*, K&R 2015, Beihefter 2, S. 9, 10. Das nichtkommerzielle Ärztebewertungsportal der AOK www.weisse-liste.arzt.aok-arztnavi.de verlangt mindestens 5 Bewertungen, bevor diese angezeigt werden.

93) *Kaiser*, K&R 2015, Beihefter 2, S. 9, 10. Beim Bewertungsportal www.spickmich.de wurden die eingegebenen Daten nach Ablauf von 12 Monaten gelöscht, wenn innerhalb eines Jahres keine Neubewertung stattfand, s. BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 984, Rn. 37 – *spickmich.de*.

94) Z. B. von www.jameda.de, www.docinsider.de, www.tripadvisor.de, www.holidaycheck.de und www.yelp.de. Auch bei eBay kann jeder Bewertete einen Gegenkommentar einstellen.

Dück/Terhorst/Weidt, Lauterkeits- und kartellrechtliche Schranken für (Fußball-)Vereine

sein. Bewertungen eines Nichtkunden sind ohne Prüfung nach noch zulässigem Inhalt vollständig zu unterlassen.⁹⁵⁾ Auch Mehrfachbewertungen müssen im Rahmen der technischen Möglichkeiten erkannt und eliminiert werden. Hat der Portalbetreiber Kenntnis von einer hohen Missbrauchsquote, was insbesondere bei Produkt- und Hotelbewertungsportalen der Fall ist, wird er im Rahmen des Zumutbaren eine Filtersoftware installieren und Personal einstellen müssen, das sich mit dem Auffinden und Löschen derartiger gefälschter Bewertungen beschäftigt.⁹⁶⁾ In Zweifelsfällen ist vom Kritiker die Vorlage eines Beweismittels (Rechnung, Buchungsbestätigung) zu verlangen.

i) Keine Archivierung und Abschirmung

- 41 Der Portalbetreiber sollte auf das Anlegen eines Archivs verzichten. Darüber hinaus sollte er durch eine entsprechende Programmierung verhindern, dass die Daten in Online-Archiven gespeichert werden.⁹⁷⁾ Schließlich sollte er durch entsprechende Pro-

grammierung verhindern, dass Bewertungen durch allgemeine Suchmaschinen erfasst werden.⁹⁸⁾

X. Fazit

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung eines Portalbetreibers ist mit der gefestigten Rechtsprechung zum vergleichenden Warentest zu verbinden, was zu einer Vorverlagerung spezifischer Verhaltenspflichten führt. Hält der Betreiber eines Bewertungsportals die Grundregeln eines neutralen, objektiven und sachkundigen Verfahrens ein und verletzt er nach einer Beanstandung keine Prüf- und Kontrollpflichten, kann er nicht in Anspruch genommen werden.

95) OLG München, 17.10.2014 – 18 W 1933/14, MMR 2015, 620 und LG Frankfurt a. M., 05.03.2015 – 2-03 O 188/14, Rn. 45, aus juris.

96) Das wird vom Hotelbewertungsportal www.holidaycheck.de bereits umgesetzt.

97) Schröder, VerwArch 2010, 205, 230.

98) Greve/Schärdel, MMR 2008, 644, 649 und Kaiser, K&R 2015, Beihefter 2, S. 9, 10.

Dr. Hermann Dück, Gerrit Terhorst und Dr. Christopher Weidt, Siegen*

Verbot von Spielertransfers? – Lauterkeits- und kartellrechtliche Schranken für (Fußball-)Vereine

INHALT

I. Einleitung

II. Lauterkeitsrechtliche Schranken gemäß § 4 Nr. 4 UWG

1. Gezielte Behinderung von Mitbewerbern

2. Gezielte Behinderung durch Transfers

- Unlauterer Zweck
- Unlautere Mittel

III. Kartellrechtliche Schranken

1. Marktabgrenzung

- Sachlich relevanter Markt
 - Bestimmung der Marktgegenseite
 - Bedarfsmarkt
- Räumlich relevanter Markt

2. Absolute Marktmacht gemäß Art. 102 AEUV bzw. § 18 Abs. 1, 3 GWB

- Anknüpfungspunkt bei Nachfragemacht
- Beherrschende Stellung

3. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 GWB

- Überlegene Marktmacht
- Ausnutzung von Marktmacht
- Unbillige Behinderung

4. Beweislast gemäß § 20 Abs. 4 GWB

IV. Ergebnis

I. Einleitung

- 1 Die Konzentration von Weltklassem Spielern beim FC Bayern München ist in den vergangenen Jahren stark angestiegen. Die Transferpolitik des Vereins zeigt eine eindeutige Tendenz, Leistungsträger anderer Bundesligavereine zu verpflichten. Dies hat in

den vergangenen Jahren insbesondere Ligakonkurrent Borussia Dortmund zu spüren bekommen, der mit *Mario Götze* und *Robert Lewandowski*¹⁾ sowie jüngst *Mats Hummels*²⁾ drei Spieler an den deutschen Branchenprimus verloren hat. Satirisch wurde daraufhin bereits ein Einschreiten des Bundeskartellamtes gefordert.³⁾ Es stellt sich die Frage, ob das Lauterkeits- und Kartellrecht zugunsten der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei Transfers Restriktionen vorsieht.

II. Lauterkeitsrechtliche Schranken gemäß § 4 Nr. 4 UWG

1. Gezielte Behinderung von Mitbewerbern

Gemäß § 4 Nr. 4 UWG sind geschäftliche Handlungen unlauter, 2 die Mitbewerber gezielt behindern. Transfervorhaben von Fußballvereinen stellen als ein Verhalten zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen geschäftliche Handlungen im Sinne des UWG dar (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Mitbewerber sind alle Unternehmen, zwischen denen als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Werben mehrere Vereine um die Gunst eines Spielers, treten diese jedenfalls als Mitbewerber bei der Nachfrage nach der Arbeitskraft des Spielers⁴⁾ auf.

Der Begriff der Behinderung ist weit auszulegen und meint jegliche Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Wettbewerbers.⁵⁾ Dies umfasst insbesondere

1) <http://www.zeit.de/sport/2013-04/goetze-bayern-dortmund-guardiola>; <http://www.zeit.de/sport/2014-01/bayern-lewandowski-transfer-dortmund>.

2) <http://www.tagesspiegel.de/sport/mats-hummels-verlaesst-borussia-dortmund-bayern-muenchen-sie-kriegen-sie-alle/13577066.html>.

3) <http://www.welt.de/sport/fussball/bundesliga/fc-bayern-muenchen/article154896080/Monopolstellung-Kartellamt-ermittelt-gegen-Bayern.html>.

4) Siehe hierzu näher III. 1. a) aa).

5) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 4 Rn. 4.6.; Omsels, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 4 Nr. 10 Rn. 5; BGH, 17.05.2001 – I ZR 216/99, GRUR 2001, 1061, 1062 = WRP 2001, 1286 ff. – Mitwohnzentrale.de; BGH, 21.02.2002 – I ZR 281/99, NJW 2002, 2642, 2644 = WRP 2002, 1050 ff. – Vanity-Nummer.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1308.