

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

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. Petra Pohlmann und Christian Peter

Wie muss Google über das Presseverleger-Leistungsschutzrecht verhandeln?

265 Dr. Martina Schwonke

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Markenrecht und zu geschützten geografischen Angaben im Jahr 2021

275 Dr. Hermann-Josef Omsels

Informationspflichten beim Ranking

282 Rolf Becker und Dipl.-Wirtschaftsjurist Martin Rätze

Belehrung über das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht: Probleme und Lösungsmöglichkeiten – Reloaded

290 Sebastian Laoutoumai und Dr. Matondo Cobe

Anlageempfehlungen und Finanztipps von sog. „Finfluencern“

296 Dr. Ulrich Franz

Zum Bewertungsportal Jameda

302 „Visma Enterprise“ SIA/Konkurences padome

EuGH, Urteil vom 18.11.2021 – C-306/20

310 Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen fachgerichtliche Versagung der Auskunft über Bestandsdaten gegenüber einer Social Media Plattform

BVerfG, Beschluss vom 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20

315 Kopplungsangebot III

BGH, Urteil vom 25.11.2021 – I ZR 148/20

318 ÖKO-TEST III

BGH, Urteil vom 16.12.2021 – I ZR 201/20

329 Kabelkanalanlagen II

BGH, Urteil vom 14.12.2021 – KZR 23/18

332 Aktivlegitimation und individuelle Schadensersatzansprüche von Verbrauchern nach dem öUWG

OGH, Beschluss vom 16.12.2021 – 4 Ob 49/21s

337 Kommentar von Prof. Dr. Christian Alexander

347 Hausverkauf zum Höchstpreis

OLG Hamburg, Urteil vom 09.12.2021 – 5 U 180/20

über ein bestehendes Eigeninteresse an der Anlageempfehlung sind für die Entscheidungsfindung eines Verbrauchers wesentlich. So führt die ESMA in ihrer Stellungnahme zu den Interessen der Verbraucher ausdrücklich aus:

„Was ist das Problem? Das Potenzial, Investoren irreführen. Die Anlageempfehlungen müssen auf eine bestimmte – und transparente – Art und Weise erfolgen, damit die Anleger vor einer Anlageentscheidung Folgendes erkennen und bewerten können: 1) die Glaubwürdigkeit der Empfehlung – und wie objektiv sie ist; und 2) etwaige Interessen derjenigen, die die Empfehlungen abgeben. Auf diese Weise steht es jedermann frei, Meinungen zu äußern, ohne dabei möglicherweise anderen zu schaden.“⁷¹⁾

- 40 Stellen die aufsichtsrechtlichen Regelungen zu Anlageempfehlungen Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 3a UWG dar, können Verstöße hiergegen unter anderem von Mitbewerbern über das Wettbewerbsrecht geahndet werden. Gegen eine Durchsetzung der Pflichten aus der Marktmissbrauchsverordnung über § 3a UWG könnte jedoch sprechen, dass das Sanktionssystem der Marktmissbrauchsverordnung abschließend sein könnte. Die Marktmissbrauchsverordnung sieht ausdrücklich nur ein verwaltungsbehördliches Sanktionssystem vor. Nach Art. 22 S. 1 MarktmissbrauchsVO soll je Mitgliedstaat nur eine „einzige Behörde“ benannt werden, die für die Zwecke dieser Verordnung zuständig ist. Allerdings verpflichtet Erwägungsgrund 63 der MarktmissbrauchsVO nach dessen S. 1 auch die Marktteilnehmer und sämtliche Wirtschaftsakteure dazu, einen Beitrag zur Marktintegrität zu leisten. Im zweiten Satz von Erwägungsgrund 63 heißt es dann wörtlich:

„In dieser Hinsicht sollte die Benennung einer einzigen zuständigen Behörde für Marktmissbrauch eine Zusammenarbeit mit Marktteilnehmern oder die Delegation von Aufgaben unter der Verantwortlichkeit der zuständigen Behörde an die Marktteilnehmer zu dem Zweck, die wirksame Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieser Verordnung zu gewährleisten, nicht ausschließen.“

- 41 Neben der Zusammenarbeit mit der Behörde durch Bereitstellung von Informationen (vgl. Erwägungsgrund 63, S. 3) können den einzelnen Marktteilnehmern auch Aufgaben der Behörde selbst übertragen werden. Ob hiermit ausschließlich ein nur an die Marktteilnehmer delegiertes verwaltungsbehördliches Sanktionssystem gemeint ist, ergibt sich aus dem Wortlaut von S. 2 des Erwägungsgrundes 63 nicht eindeutig.⁷²⁾ Ein lauterkeits-

rechtliches Sanktionssystem neben dem verwaltungsbehördlichen hat sich in anderen Bereichen jedenfalls als äußerst effektiv erwiesen. Die Marktmissbrauchsverordnung erkennt in Erwägungsgrund 63 jedenfalls ausdrücklich an, dass neben der einzig zuständigen Behörde auch die Marktteilnehmer zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen der Verordnung beitragen können und sollen.

IV. Zusammenfassung

Auch wenn die Werbung für Finanzinstrumente durch Finfluencer keiner (wohl auch unverhältnismäßigen) KWG-Erlaubnis bedarf, sind Finfluencern aufsichtsrechtliche Grenzen bei der Abgabe von Anlageempfehlungen gesetzt. Insbesondere die Marktmissbrauchsverordnung verpflichtet Finfluencer, objektive, sachliche und transparente Anlageempfehlungen abzugeben. Jegliche Interessenkonflikte müssen dabei offengelegt werden. Zu beachten ist auch, dass die Finfluencer ihre Anlageempfehlungen gegenüber der BaFin jederzeit begründen können müssen. Verstöße gegen die Marktmissbrauchsverordnung können ein Bußgeld in Höhe von bis zu € 500.000 nach sich ziehen. Darüber hinaus sollten Finfluencer vor Beginn ihrer Tätigkeit eine Anzeige bei der BaFin einreichen, wenn sie aus Deutschland heraus agieren. Die MarktmissbrauchsVO ist auch auf Finfluencer anwendbar, die nicht in Deutschland oder gar in der EU leben bzw. arbeiten.

Medien- und wettbewerbsrechtlich treffen den Finfluencer die gleichen (Kennzeichnungs-)Pflichten wie Influencer in Bereichen wie Lifestyle, Beauty, Reisen und Sport. Eine Besonderheit liegt hier in der Regel darin, dass Finfluencer ihre Beiträge vor allem auf Video-Sharing-Portalen wie YouTube veröffentlichen und sich die Art der Kennzeichnung vorwiegend aus dem Medienstaatsvertrag ergibt, wenn und soweit der Finfluencer einen eigenen Kanal betreibt.

71) ESMA's Statement on Investment Recommendations on Social Media - ESMA70-154-2780, 28.10.2021.

72) Aus der Formulierung „unter der Verantwortlichkeit der zuständigen Behörde“ lässt sich allerdings schlussfolgern, dass die Marktteilnehmer lediglich für die Behörde verwaltungsbehördliche Aufgaben wahrnehmen. Zwingend ist diese Schlussfolgerung allerdings nicht.

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin *

Zum Bewertungsportal Jameda

Zugleich Besprechung von BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488 / 19 und VI ZR 489 / 19 –
Ärztewertungsportal I und II**

INHALT

- I. Ausgangslage
- II. Sachverhalt
- III. Entscheidungen der Vorinstanzen
- IV. Entscheidungen des BGH
 - 1. Datenschutzrechtliche Grundlagen
 - 2. Abwägungsgrundlagen bei einem Bewertungsportal

3. Subsumtion

- a) Ärzteliste für spezielle Behandlungsgebiete
- b) Werbung für Drittunternehmen
- c) Leistungsangebot
- d) Fotografie
- e) Individuelle Inhalte etc.
- f) Verlinkung zur Praxishomepage
- g) Abfrage individueller Bewertungskriterien
- h) Texterstellung und -pflege durch Jameda
- i) Kommunikation mit Jameda
- j) Artikel, Interviews und Werbeanzeige
- k) Gesamtschau

V. Kritik und Ausblick

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 382.

** Abgedruckt in WRP 2022, 193 ff. und WRP 2022, 203 ff.

I. Ausgangslage

- 1 Seit mehr als einer Dekade halten Bewertungsportale die Rechtsprechung in Atem. Nahezu einmal jährlich muss der BGH Zweifelsfragen höchstrichterlich klären, was allein Ausdruck dessen ist, dass die Auswirkungen der Veröffentlichungen von Nutzerbewertungen auf die Geschäftstätigkeit von Unternehmen und Freiberuflern erheblich sind.
- 2 In der Rechtspraxis spielt das Vorgehen des Betroffenen gegen negative Bewertungen die Hauptrolle. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Betriebs eines (Lehrer-)Bewertungsportals hatte der BGH bereits im Jahre 2009 festgestellt.¹⁾ Die gerichtliche Inanspruchnahme des Kritikers scheidet regelmäßig an dessen Anonymität. Der BGH schützt die anonyme Meinung ohne jede Einschränkung,²⁾ und der Betroffene hat gegen den Portalbetreiber keinen Anspruch auf Auskunft, weil jener mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung und mangels Einwilligung die Bestandsdaten des Kritikers nicht herausgeben darf.³⁾ Eine Ausnahme besteht gemäß § 14 Abs. 3 TMG nur im Anwendungsbereich des NetzDG. Kritik in Bewertungsportalen erreicht indes regelmäßig nicht die Eingriffsschwelle des NetzDG. Die Folge ist, dass der Betroffene in der Regel den Portalbetreiber verklagen muss, der dann nolens volens eine Art Stellvertreterprozess führen muss.
- 3 In diesem Rechtsverhältnis kommen regelmäßig datenschutz- und äußerungsdeliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen in Betracht. Ansprüche aus dem UWG können nur in atypischen Konstellationen geltend gemacht werden, wenn die Parteien Mitbewerber i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind.⁴⁾ Eine Klage gegen den Portalbetreiber ist erfolgreich, wenn dieser im Rahmen des von der Rechtsprechung entwickelten „Notice-and-Action“-Verfahrens seine Prüfpflichten verletzt⁵⁾ oder sich fremde rechtswidrige Kritik – z. B. durch eigenmächtige Änderungen – zu eigen gemacht hat.⁶⁾ Dabei kommen Ansprüche immer nur im Hinblick auf konkrete Äußerungen in Betracht, d. h. bei unwahren Tatsachenbehauptungen (§ 824 Abs. 1 BGB) oder bei unzulässigen Meinungsäußerungen (§ 823 Abs. 1 BGB). Hat der Kritiker die Leistung des Bewerteten überhaupt nicht in Anspruch genommen, ist jede Meinungsäußerung als fingierte Bewertung unzulässig.⁷⁾ Ein Anspruch auf vollständige Löschung sämtlicher Bewertungen besteht nur ausnahmsweise, wenn der Portalbetreiber seine Rolle als neutraler Informationsmittler verlässt, wie es beim Ärztebewertungsportal www.jameda.de mit den entgeltlichen „Premium-Paketen“ der Fall war.⁸⁾ Dort beanstandete der BGH, dass das Portal dem ein Arztprofil aufsuchenden Nutzer die Basisdaten nebst Bewertung des betreffenden nichtzahlenden Arztes anzeigt und ihm mittels eines eingeblen- deten Querbalkens „Anzeige“ Informationen zu örtlich konkurrierenden Ärzten bietet, wohingegen das Portal beim Profil der zahlenden Ärzte solche über die örtliche Konkurrenz unterrichtenden werblichen Hinweise nicht zulässt. Schließlich hat der Betroffene keine rechtliche Handhabe, die algorithmusbasierte Auswahlentscheidung des Portalbetreibers der Beiträge als

„empfohlen“ oder „nicht empfohlen“ und damit auch den für sein Geschäft wichtigen Bewertungsdurchschnitt überprüfen zu lassen.⁹⁾

II. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall vor dem BGH¹⁰⁾ ging es erneut um das konkrete Geschäftsmodell des bekanntesten und mit über sechs Millionen Besuchern meistgenutzten Ärztebewertungsportal Deutschlands www.jameda.de (dem Burda-Konzern zugehörig). In diesem Portal sind alle in Deutschland tätigen Ärzte und Angehörige anderer Heilberufe „zwangsverzeichnet“, d. h. auch gegen ihren ausdrücklich erklärten Willen. Für jeden Nutzer besteht ohne Registrierung die Möglichkeit, die entsprechenden Arztprofile abzurufen. Diese sind auch über Suchmaschinen leicht auffindbar. Jameda erstellt für alle Ärzte unter Verwendung von Daten aus allgemein zugänglichen Quellen ein Basisprofil mit Namen, akademischem Grad, Fachrichtung, Praxisanschrift sowie weiteren Kontaktdaten und Sprechzeiten. In dieses Basisprofil wird eine graue Silhouette als Platzhalter für ein Profilfoto mit der Aufschrift *„Dieser Arzt hat leider noch kein Portrait hinterlegt“* eingeblendet.

Patienten können die Ärzte nach bestimmten, vorgegebenen Kriterien benoten und in Form von Freitextkommentaren bewerten. Jameda bildet aus den abgegebenen Einzelbewertungen für die unterschiedlichen Kategorien Durchschnittsnoten, aus denen wiederum eine Gesamtnote für den jeweiligen Arzt gebildet wird. Darüber hinaus bietet Jameda allen Ärzten ein Gold- und ein Platin-Paket zum Preis von EUR 69,00 bzw. 139,00 pro Monat an.¹¹⁾ Mit diesen Paketen erhalten zahlende Ärzte zahlreiche offene und versteckte Sondervorteile im Vergleich zu den nichtzahlenden Ärzten. So werden die Profile der nichtzahlenden Ärzte in verschiedenen Formen als „Werbefläche“ für konkurrierende zahlende Ärzte genutzt, wohingegen Profile zahlender Ärzte von solcher Werbung freibleiben. Darüber hinaus haben zahlende Ärzte zahlreiche Möglichkeiten, ihr eigenes Profil aufzuwerten und von den Profilen nichtzahlender Ärzte positiv abzuheben (u. a. durch Hinterlegung eines Portraitbildes, Verlinkung zur Homepage der Praxis, Verlinkung zu Fachartikeln und Interviews, Einstellen eines Praxis-Videos). Ferner bestehen für zahlende Ärzte Möglichkeiten, sich auch außerhalb des eigenen Profils vorteilhafter darzustellen als nichtzahlende Ärzte (u. a. Veröffentlichung von Artikeln und Interviews auf der Unterseite „Experten-Ratgeber“). Schließlich bietet Jameda den zahlenden Ärzten professionelle Hilfe beim Verfassen von Texten, eine kostenlose Hotline und verbesserte Kontaktaufnahmemöglichkeiten (persönlicher Ansprechpartner) an. Bei den Basisprofilen nichtzahlender Ärzte wird darauf hingewiesen: *„Homepage: noch nicht hinterlegt“, „Leider noch keine Bilder hinterlegt“, „Sind Sie Dr. (...) ? Jetzt Artikel verfassen“, „Noch keine Leistungen von Dr. (...) hinterlegt. Sind Sie Dr. (...) ? Hinterlegen Sie jetzt Ihre Leistungsübersicht“* etc. Hat ein Arzt ein entsprechendes Paket gebucht, macht Jameda dies auf der Profelseite des Arztes durch ein Symbol mit dem Text „Gold“ bzw. „Platin“ deutlich; fährt man mit der Computermaus über das Symbol, erscheint ein Text, dass es sich bei den „Gold“- bzw. „Platin“-Profilen um zusätzliche Serviceleistungen handelt, die von den Premiumkunden gegen Entgelt gebucht worden sind, die aber keinen Einfluss auf die Bewertungen oder die Platzierung haben.

Zwei nichtzahlende Zahnärzte waren mit dieser ungefragten Zwangsmitgliedschaft bei Jameda nicht einverstanden. Da sie

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

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

3) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 904, Rn. 9 ff. – Ärztebewertung.

4) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326 – Hotelbewertungsportal. Die Mitbewerbereigenschaft konnte in der dort vorliegenden Konstellation zwischen einem klagenden Hotelbetreiber und einem Hotelbewertungsportal mit online-Reisebüro bejaht werden.

5) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 735, Rn. 37 ff. – jameda.de II.

6) BGH, 04.04.2017 – VI ZR 123/16, WRP 2017, 806, 808, Rn. 17 ff. – Haftung des Betreibers eines Bewertungsportals für Äußerungen Dritter.

7) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, 735, Rn. 36 – jameda.de II.

8) BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, 691, Rn. 16 ff. – jameda.de III.

9) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483 ff. – Yelp. Kritisch hierzu Franz, WRP 2020, 696 ff.

10) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193 – Ärztebewertungsportal I und BGH, 12.10.2021 – VI ZR 489/19, WRP 2022, 203 – Ärztebewertungsportal II.

11) Mittlerweile kostet das Gold-Paket EUR 99,00/Monat, das Platin-Paket EUR 159,00/Monat, s. <https://www.jameda.de/premium/bestellen/bestellen.php>.

Franz, Zum Bewertungsportal Jameda

in ihre Aufnahme in das Portal nicht eingewilligt hatten, klagten sie auf vollständige Löschung ihrer Daten aus dem Portal, hilfsweise auf Unterlassung, ihre Daten im Portal zu verwenden oder öffentlich zugänglich zu machen, wenn zwischen zahlenden und nichtzahlenden Ärzten Ungleichbehandlungen gemäß Anträgen zu a) bis x) vorliegen. Zur Begründung verwiesen sie u. a. darauf, dass Jameda mit der Ungleichbehandlung zwischen zahlenden und nichtzahlenden Ärzten die Rolle als neutraler Informationsmittler verlasse. Das Portal sei kein neutrales Bewertungsportal zur Steigerung der Transparenz, sondern diene ausschließlich wirtschaftlichen Zwecken.

III. Entscheidungen der Vorinstanzen

- 7 Das LG Bonn hatte den Klagen stattgegeben.¹²⁾
- 8 Die hiergegen von Jameda eingelegten Berufungen waren überwiegend erfolgreich: Das OLG Köln bestätigte die Entscheidungen der Vorinstanz nur im Hinblick auf vier Funktionen, bei denen die Profile der nichtzahlenden Ärzte als Werbepattform für zahlende Ärzte benutzt und letzteren für den Nutzer nicht erkennbare Vorteile gewährt werden.¹³⁾ Untersagt wurde beim Basisprofil der Kläger
- das Einblenden einer Liste weiterer Ärzte in der näheren Umgebung,
 - das Einblenden einer Liste von mit Fotos dargestellten Ärzten,
 - das Einblenden von Artikeln zahlender Ärzte,
 - und das Einblenden einer Liste mit Ärzten für spezielle Behandlungsgebiete auf demselben Fachgebiet,

während diese Einblendungen auf den Profilen zahlender Ärzte unterbleiben. Nach Ansicht des OLG Köln würden bei diesen Funktionen die Basisprofile als Werbepattform benutzt, um den Premiumkunden nicht hinreichend offengelegte und damit „verdeckte Vorteile“ zu gewähren. Damit würde der Portalbetreiber seine Funktion als neutraler Informationsmittler verlassen. Alle anderen mit den Klagen angegriffenen Funktionen, mit denen eine Besserstellung der zahlenden Ärzte im Vergleich zu den nichtzahlenden Ärzten bewirkt wird, wurden nicht beanstandet. Insbesondere würden in diesen Fällen die Basisprofile nicht als Werbepattform für zahlende Ärzte benutzt oder die gewährten Vorteile seien für den Nutzer nicht erkennbar. Die Revision zum BGH wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts bzw. zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen. Jameda legte gegen die Teilverurteilungen keine Revision ein.

IV. Entscheidungen des BGH

- 9 Die Revisionen der beiden Kläger wurden zurückgewiesen.¹⁴⁾
1. **Datenschutzrechtliche Grundlagen**
- 10 Zunächst befasst sich der BGH mit den datenschutzrechtlichen Grundlagen und dem aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO folgenden Unterlassungsanspruch. Jameda könne sich nicht auf das aus Art. 38 Abs. 1 BayDSG i. V. m. Art. 85 Abs. 2 DSGVO folgende Medienprivileg berufen, weil die Daten der Kläger nicht zu journalistischen Zwecken verarbeitet worden seien.¹⁵⁾ Die technische Erfassung von bewerteten Drittbeiträgen und die automatisierte, wenn auch strukturierte Zusammenstellung von Bewertungen

Dritter und das Errechnen von Durchschnitts- und Gesamtnoten würden noch keine journalistisch-redaktionelle Gestaltung des Portalbetreibers darstellen.¹⁶⁾ Auch der „einfache“ Bewerter werde nicht journalistisch tätig. Zwar erfasse das Medienprivileg nicht nur Medienunternehmen, sondern jeden, der journalistisch tätig werde. Hieraus sei aber ein allgemeines Meinungsprivileg nicht zu folgern. Für eine journalistische Tätigkeit genüge die bloße Bewertung eines persönlichen Behandlungskontakts im Einzelfall auf einer Bewertungsplattform im dort vorgegebenen Rahmen grundsätzlich nicht.¹⁷⁾

Die von Jameda vorgenommene Datenverarbeitung sei gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f. DSGVO nur unter drei kumulativen Voraussetzungen zulässig:

- Erstens müsse von der Beklagten oder den Portalnutzern ein berechtigtes Interesse wahrgenommen werden,
- zweitens müsse die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich sein,
- und drittens dürften die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der Kläger nicht überwiegen.¹⁸⁾

Diese drei Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. Indem die Beklagte die personenbezogenen Daten der Kläger erhebe, erfasse, ordne, speichere und offenlege, „verarbeite“ sie diese Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO¹⁹⁾ und nehme damit sowohl eigene berechnete Interessen als auch berechnete Interessen der Portalnutzer wahr.²⁰⁾ Durch die (möglichst) vollständige Aufnahme aller Ärzte verschaffe die Beklagte der ihr Portal nutzenden Öffentlichkeit einen geordneten Überblick über das Angebot ärztlicher Leistungen. Mit der Sammlung, Speicherung und Weitergabe der Bewertungen vermittele sie der das Portal nutzenden Öffentlichkeit einen Einblick in persönliche Erfahrungen und subjektive Einschätzungen von Patienten des jeweiligen Arztes. Daher könne sich die Beklagte auf die gemäß Art. 11 Abs. 1 GRCh geschützte Meinungsfreiheit berufen. Da die Beklagte eine von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion erfülle, gehöre der Portalbetrieb – gerade auch in seiner Ausprägung als Geschäftsmodell – zu der von Art. 16 GRCh geschützten gewerblichen Tätigkeit der Beklagten.²¹⁾ Indem die Beklagte den aktiven Nutzern die Abgabe und Verbreitung einer Meinung und den passiven Nutzern die Möglichkeit verschaffe, davon Kenntnis zu nehmen, nehme sie auch gemäß Art. 11 GRCh berechnete Nutzerinteressen wahr.²²⁾ Die (möglichst vollständige) Verarbeitung der personenbezogenen Daten der gelisteten Ärzte, insbesondere deren Identifizierbarkeit, sei zur Verwirklichung der berechtigten Interessen der Beklagten und ihrer Nutzer unabdingbar und damit erforderlich.²³⁾

2. Abwägungsgrundlagen bei einem Bewertungsportal

Schließlich kommt der BGH zum Kern des Rechtsstreits, wenn er feststellt, dass im Hinblick auf die streitgegenständlichen Verhaltensweisen der Beklagten die Interessen der Kläger auch nicht die von der Beklagten mit dem Portalbetrieb wahrgenommenen berechtigten Interessen überwiegen würden.²⁴⁾ Zunächst

12) LG Bonn, 29.03.2019 – 9 O 157/18, juris = MMR 2019, 695 m. Anm. Schmid-Petersen und LG Bonn, 28.03.2019 – 18 O 143/18, juris = MMR 2019, 759.

13) OLG Köln, 14.11.2019 – 15 U 89/19, AfP 2020, 59 m. Anm. Franz = ZUM-RD 2020, 198 und OLG Köln, 14.11.2019 – 15 U 126/19, MMR 2020, 186 m. Anm. Zipfel = ZUM-RD 2020, 251. Die Kostenquote betrug 82% (Klägerin) zu 18% (Jameda), im Parallelverfahren 86% (Kläger) zu 14% (Jameda).

14) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193 – Ärztebewertungsportal I und BGH, 12.10.2021 – VI ZR 489/19, WRP 2022, 203 – Ärztebewertungsportal II. Der Verf. orientiert sich im Folgenden an der erstgenannten Entscheidung.

15) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 14 ff. – Ärztebewertungsportal I.

16) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 20 – Ärztebewertungsportal I. Bestätigung von BGH, 23.09.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, Rn. 19 ff. – spickmich.de unter der Rechtslage von § 57 Abs. 1 S. 1 RStV a. F. bzw. § 41 Abs. 1 BDSG a. F.

17) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 21 – Ärztebewertungsportal I.

18) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 24 – Ärztebewertungsportal I.

19) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 26 – Ärztebewertungsportal I.

20) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 27 – Ärztebewertungsportal I.

21) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 28 – Ärztebewertungsportal I.

22) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 29 – Ärztebewertungsportal I.

23) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 30 – Ärztebewertungsportal I.

24) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 31 ff. – Ärztebewertungsportal I.

bestätigt er seine Ausführungen zu dem von Jameda betriebenen Portal aus seinen früheren Entscheidungen.²⁵⁾ Ein Arzt werde durch seine Aufnahme in das von der Beklagten betriebene Ärztebewertungsportal nicht nur unerheblich belastet, weil (negative) Bewertungen nicht nur Auswirkungen auf seinen sozialen Geltungsanspruch (Art. 7 GRCh), sondern unmittelbar auf den Wettbewerb mit anderen Ärzten bis hin zur Existenzgefährdung haben könnten (Art. 16 GRCh). Die Breitenwirkung sei erheblich und das Missbrauchspotential im Hinblick auf unwahre und beleidigende Aussagen nicht ausgeschlossen. Andererseits berührten die gespeicherten Informationen nur die Berufs- und Sozial-sphäre des Arztes.²⁶⁾ Dem stehe das erhebliche Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über ärztliche Dienstleistungen gegenüber. Ein Portal sei grundsätzlich geeignet, zu mehr Leistungstransparenz im Gesundheitswesen beizutragen. Diesen Zweck könne das Portal nur eingeschränkt erfüllen, wenn es von der Zustimmung der bewerteten Ärzte abhängig wäre.²⁷⁾ Die Meinungs- und Medienfreiheit des Portalbetreibers würde die Grundrechtspositionen der Ärzte aber nur überwiegen, wenn er seine Rolle als neutraler Informationsmittler wahre. Das sei nicht der Fall, wenn der Portalbetreiber bei dem nichtzahlenden Arzt dem ein Arztprofil aufsuchenden Nutzer die Basisdaten nebst Bewertungen anzeige und ihm mittels des eingebundenen Querbalkens „Anzeige“ Informationen zu örtlich konkurrierenden Ärzten biete, wohingegen derartige werbende Hinweise – ohne hinreichende Offenlegung gegenüber dem Nutzer – auf dem Profil eines zahlenden „Premium-Kunden“ nicht zugelassen würden.²⁸⁾

- 14 Im Rahmen der Abwägung müsse berücksichtigt werden, inwiefern die Beklagte im Portalbetrieb als neutrale Informationsmittlerin agiere. Ein strenges Gleichbehandlungsgebot mit der Folge, dass eine Ungleichbehandlung von nichtzahlenden und zahlenden Ärzten stets zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung führe, könne jedoch nicht abgeleitet werden, weil dieser Automatismus mit der nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f. DSGVO gebotenen Abwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls unvereinbar sei.²⁹⁾ Anderes ergäbe sich auch nicht aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Warentests, weil die Funktion eines Bewertungsportals mit der Funktion eines eigenen Bewertung vornehmenden Warentesters nicht vergleichbar sei.³⁰⁾ Hier sei maßgeblich, welche konkreten Vorteile die Beklagte zahlenden gegenüber nichtzahlenden Ärzten gewähre und ob die sich daraus ergebende Ungleichbehandlung in einer Gesamtschau mit allen Umständen des Einzelfalls zu einem Überwiegen der Interessen des gegen seinen Willen in das Portal aufgenommenen Arztes führe. Dies sei der Fall, wenn der Portalbetreiber die Basisprofile nichtzahlender Ärzte als Werbepattform für unmittelbar konkurrierende zahlende Ärzte nutze, um potentielle Patienten von den nichtzahlenden zu den zahlenden Ärzten zu lenken und dadurch nur mit ihren Basisdaten aufgenommene Ärzte gezielt dazu zu bewegen, sich der Gruppe der zahlenden Ärzte anzuschließen. In diesem Falle würden die Daten des nichtzahlenden Arztes gleichsam als „Köder“ dafür missbraucht, ihm potentielle Patienten zu entziehen und zahlenden Wettbewerbern zuzuführen, wohingegen dies umgekehrt nicht der Fall sei.³¹⁾ Anderes müsse dagegen gelten, wenn dem

Arzt durch die konkrete Gestaltung kein Nachteil drohe, der über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten als solche und die mit der Bewertungsmöglichkeit verbundenen, von jedem Arzt grundsätzlich hinzunehmenden Gefahren nicht nur unerheblich hinausgehe. Dies sei dann der Fall, wenn der nichtzahlende Arzt durch seine Aufnahme in das Bewertungsportal nicht entscheidend schlechter stehe, als er ohne seine Aufnahme in das Portal stünde.³²⁾

3. Subsumtion

Nach diesen Grundsätzen subsumiert der BGH die von den Klägern mit ihren Anträgen 2d bis 2x im Revisionsverfahren noch angegriffenen Verhaltensweisen und erachtet diese alle für zulässig.³³⁾

a) Ärzteliste für spezielle Behandlungsgebiete

Der Verweis auf eine Ärzteliste für spezielle Behandlungsgebiete auf dem Basisprofil der Kläger sei keine besondere Belastung, weil sie keine Rückschlüsse auf die Qualität der vom jeweiligen Arzt angebotenen Leistungen zulasse. Eine Gefahr, potentielle für sie interessierende Patienten an die in dieser Liste aufgeführten Ärzte zu verlieren, werde damit nicht begründet.³⁴⁾ Das gelte auch, soweit in dieser Ärzteliste zahlende Ärzte durch eine Platzierung und ein Bild im Vergleich zu nichtzahlenden Ärzten besonders herausgehoben würden. Für den Nutzer werde schon durch die farbliche Absetzung und das Wort „Anzeige“ in der rechten oberen Ecke ohne Weiteres erkennbar gemacht, dass es sich um einen Teil des kostenpflichtigen Platin-Pakets handele und diese Anzeige in keinem Zusammenhang mit abgegebenen Bewertungen stehe. Zudem handele es sich nicht um in unmittelbarer örtlicher Nähe zu den Klägern praktizierende Ärzte.³⁵⁾

b) Werbung für Drittunternehmen

Auch mit der Werbung für Drittunternehmen seien keine besonderen Nachteile für die Kläger verbunden. Werbeeinblendungen für ein Lottounternehmen, einen Reiseveranstalter, eine Automarke, einen Domain-Vertrieb, Geldanlagen und den Handel mit Kryptowährungen seien nicht geeignet, das Ansehen der Kläger in fachlicher oder persönlicher Hinsicht zu beeinträchtigen. Eine Patientenlenkung hin zu konkurrierenden zahlenden Ärzten sei damit nicht verbunden.³⁶⁾

c) Leistungsangebot

Die Möglichkeit, dass zahlende Ärzte in größerem Umfang als nichtzahlende Ärzte auf ihrem Profil ihre angebotenen Leistungen angeben können, sei zulässig, weil ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot nicht bestehe.³⁷⁾ Da sich auf den Basisprofilen kein Hinweis auf die umfangreicheren Leistungsbeschreibungen auf Premiumprofilen befinde, würden die Basisprofile nicht als Werbepattform für zahlende Ärzte genutzt oder gar als „Köder“ zugunsten zahlender Ärzte missbraucht.³⁸⁾ Ohnehin könnten sich auch nichtzahlende Ärzte kostenlos registrieren lassen und anschließend ihre Leistungen beschreiben. Hier von hätten die Kläger keinen Gebrauch gemacht.³⁹⁾ Die unterschiedliche Behandlung von nichtzahlenden und zahlenden Ärzten werde für den durchschnittlichen passiven Nutzer auch erkennbar gemacht, indem die Premiumprofile als solche gekennzeichnet seien und im Rahmen der „Mouse-Over-Funk-

25) BGH, 23.09.2014 – VI ZR 358/13, WRP 2014, 1473 – jameda.de und BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, 691 – jameda.de III.

26) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 34 – Ärztebewertungsportal I.

27) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 35 – Ärztebewertungsportal I.

28) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 36 – Ärztebewertungsportal I.

29) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 39 – Ärztebewertungsportal I.

30) Bestätigung von BGH, 14.01.2020 – VI ZR 497/18, WRP 2020, 483 ff. – Yelp.

31) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 39 – Ärztebewertungsportal I und Bestätigung von BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, 691 – jameda.de III.

32) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 40 – Ärztebewertungsportal I.

33) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 41–66 – Ärztebewertungsportal I.

34) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 43 – Ärztebewertungsportal I.

35) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 45 – Ärztebewertungsportal I.

36) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 46 – Ärztebewertungsportal I.

37) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 48 – Ärztebewertungsportal I.

38) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 49 – Ärztebewertungsportal I.

39) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 50 – Ärztebewertungsportal I.

Franz, Zum Bewertungsportal Jameda

tion“ näher erklärt werde, was sich dahinter verberge, auch wenn man diesen Hinweis noch deutlicher, insbesondere permanent und unabhängig von der „Mouse-Over-Funktion“ hätte verankern können.⁴⁰⁾

d) Fotografie

- 19 Das Fehlen eines Fotos auf den Basisprofilen der Kläger werde der Nutzer erst bemerken, wenn er das Profil eines Premium-Kunden mit demjenigen eines nichtzahlenden Arztes vergleiche. Diese Belastung der nichtzahlenden Ärzte sei aber nicht besonders schwerwiegend. Das Fehlen eines Bildes lasse schon im Ausgangspunkt nicht den Schluss zu, der betreffende Arzt sei weniger qualifiziert als der Inhaber eines Premiumprofils mit Bild. Die Gefahr, dass sich potentielle Patienten bei einem Vergleich der beiden Profile eher für eine Behandlung durch den Inhaber eines Premiumprofils mit Bild entscheiden, erscheine dem erkennenden Senat sehr gering. Im Vordergrund stünden nach der Konzeption des Portals die von der Art des Profils unabhängigen Patientenbewertungen, insbesondere die Noten.⁴¹⁾ Der Text auf dem Schattenriss der Basisprofile „Dieser Arzt hat leider noch kein Portrait hinterlegt.“ lasse keinen negativen Schluss auf die technischen Fähigkeiten bzw. das persönliche Engagement der nichtzahlenden Ärzte zu.⁴²⁾

e) Individuelle Inhalte etc.

- 20 Der mit der Möglichkeit, dass zahlende Ärzte auf ihrem Profil individuelle Inhalte, Bilder, Fachartikel, Videos und Interviews präsentieren können, verbundenen Ungleichbehandlung komme kein zum Überwiegen der klägerischen Interessen führendes Gewicht zu. Denn mit dieser Gestaltung würden die Basisprofile nicht als Werbepattform oder „Köder“ für konkurrierende Ärzte missbraucht. Zwar möge – anders als beim Portraitbild – ein potentieller Patient bei flüchtigem Blick aus dem unterschiedlichen Informationsgehalt der Seiten Rückschlüsse auf Unterschiede in der fachlichen Qualifikation der jeweiligen Ärzte ziehen. Jedoch sei für ihn bei genauerem Hinsehen auch hier über die „Mouse-Over-Funktion“ erkennbar, worauf die unterschiedliche Informationsmenge und -tiefe beruhen könne.⁴³⁾

f) Verlinkung zur Praxishomepage

- 21 Die mit der Möglichkeit zur Angabe und Verlinkung mit der eigenen Praxishomepage verbundene Belastung nichtzahlender Ärzte sei gering. Sie beschränke sich darauf, dass potentielle Patienten die Praxishomepage nichtzahlender Ärzte mit Hilfe einer Suchmaschine recherchieren müssten, wohingegen dieser Zwischenschritt bei zahlenden Ärzten entfalle.⁴⁴⁾

g) Abfrage individueller Bewertungskriterien

- 22 Die mit der Möglichkeit zur Abfrage individueller Bewertungskriterien verbundene Benachteiligung beschränke sich darauf, dass zahlenden Ärzten ein Werkzeug zur Verfügung gestellt werde, mit dem sie für sich selbst ein ausdifferenzierteres Feedback als nichtzahlende Ärzte erlangen können. Dies belaste nichtzahlende Ärzte nicht weiter.⁴⁵⁾

h) Texterstellung und -pflege durch Jameda

- 23 Auch die zahlenden Ärzten eingeräumte Möglichkeit, ihr Profil von Jameda erstellen und pflegen zu lassen oder die Dienste professioneller Texter in Anspruch zu nehmen, sei eine hinzunehmende Ungleichbehandlung. Auch dadurch würden die Ba-

sisprofile nicht als Werbepattform oder „Köder“ zugunsten zahlender Ärzte missbraucht. Die Gefahr, dass potentielle Patienten durch einen Vergleich der jeweiligen Profile Rückschlüsse auf einen – auch fachlichen – Qualitätsvorsprung des zahlenden Arztes ziehen könnten, sei gering. Auch hier sei dem Portalnutzer hinreichend erkennbar, dass die aufwändigere Gestaltung der Premiumprofile ihren Grund darin habe, dass der Inhaber eines Premiumprofils zahlender Kunde sei.⁴⁶⁾

i) Kommunikation mit Jameda

Bei der zahlenden Ärzten gewährten Möglichkeit, dass ihnen ein persönlicher Ansprechpartner zur Seite gestellt werde oder mit der Beklagten über eine Hotline in Kontakt zu treten, handele es sich um Serviceleistungen und reine Interna des Kommunikationsprozesses mit zahlenden Kunden. Diese seien nicht geeignet, irgendwelche Fehlvorstellungen bei den Portalnutzern auszulösen.⁴⁷⁾

j) Artikel, Interviews und Werbeanzeige

Auch die zahlenden Ärzten gewährte Möglichkeit, Artikel auf der Unterseite „Experten-Ratgeber“ zu veröffentlichen oder sich von der Beklagten interviewen zu lassen und dieses Interview zu veröffentlichen, müsse hingenommen werden, weil es ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für die Beklagte nicht gebe.⁴⁸⁾ Das gelte auch für die zahlenden Ärzten eingeräumte Möglichkeit, sich bei Suchanfragen zu speziellen Fachgebieten oder Suchbegriffen auffälliger darstellen zu lassen und eine Anzeige dieser Ärzte bereits auf der Jameda-Startseite platzieren zu können.⁴⁹⁾

k) Gesamtschau

Die Kläger hatten die einzelnen Klageanträge auch mit einem „oder“ verklammert. Hierzu führt der BGH aus, dass alle diesen zahlenden Ärzten gewährten Vorteile auch in ihrem Zusammenwirken im Rahmen der Gesamtabwägung nicht zu einem Überwiegen der berechtigten Interessen der Kläger im Verhältnis zu den Interessen der Beklagten und ihrer Nutzer führen würden.⁵⁰⁾

V. Kritik und Ausblick

Die Entscheidung überzeugt nicht. Schon rein formal fällt auf, dass der BGH sich mit den zahlenden Ärzten gewährten Vorteilen Punkt für Punkt in aller Ausführlichkeit befasst und – wenn auch mit sich wiederholenden Argumenten – darlegt, warum diese Vorteile nicht dazu führten, dass die Interessen der nichtzahlenden Ärzte überwiegen. An dem Punkt, an dem es hätte spannend werden können und nach diesseitiger Rechtsauffassung müssen, nämlich bei der Gesamtschau aller Vorteile, fehlt jede eingehende Begründung. Durchaus lapidar verweist der Senat darauf, dass die Vorteile gemäß Anträgen 2d bis 2x auch in ihrem Zusammenwirken nicht dazu führen würden, dass die Interessen der Kläger in einem Maße beeinträchtigt wären, dass sie im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung die berechtigten Interessen der Beklagten und ihrer Nutzer überwiegen. Diese Begründungslücke hinterlässt beim Leser eine gewisse Sprachlosigkeit.

Dabei kann die Argumentation des BGH bei einzelnen Vorteilen unter isolierter Betrachtung durchaus Zustimmung finden. So leuchtet unmittelbar ein, dass die von Jameda zugunsten zahlender Ärzte gewährten Vorteile eines direkten Ansprechpart-

40) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 51 – Ärztebewertungsportal I.

41) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 54 – Ärztebewertungsportal I.

42) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 55 – Ärztebewertungsportal I.

43) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 56, 57 – Ärztebewertungsportal I.

44) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 58 – Ärztebewertungsportal I.

45) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 60 – Ärztebewertungsportal I.

46) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 62 – Ärztebewertungsportal I.

47) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 63 – Ärztebewertungsportal I.

48) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 65 – Ärztebewertungsportal I.

49) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 66 – Ärztebewertungsportal I.

50) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193, Rn. 67 – Ärztebewertungsportal I.

ners und einer Hotline reine Interna des Kommunikationsprozesses sind. Diese Vorteile berühren die Außerdarstellung der nichtzahlenden Ärzte nicht und haben daher keinerlei Auswirkungen auf potentielle Patienten und ihre Arztwahl. Sie sind ohne Weiteres zulässig.

- 29 Anders sieht es dagegen bei den vielen Vorteilen aus, mit denen die Außerdarstellung der zahlenden Ärzte im Vergleich zu derjenigen nichtzahlender Ärzte erheblich verbessert wird. Bei diesen zahlreichen Vorteilen blendet der BGH aus, dass aufgrund der mit einer solchen Gestaltung verbundenen psychologischen Wirkmechanismen sich Besucher des Portals von den Profildseiten der „Gold“- und „Platin“-Kunden eher angesprochen fühlen werden als von den „Basisprofilen“.⁵¹⁾ Hierfür genügt ein Blick auf die graue Silhouette der Basisprofile im Gegensatz zu den Fotos der „Gold“- und „Platin“-Kunden. Allein hierdurch wird zumindest dem flüchtigen Benutzer eine höhere Professionalität des zahlenden Arztes signalisiert.
- 30 Dieser Eindruck wird verstärkt durch die Aufschriften bei den Basisprofilen *„Dieser Arzt hat noch kein Bild hinterlegt“* bzw. *„Homepage noch nicht hinterlegt“*. Hier kann beim Nutzer durchaus der Eindruck entstehen, der nichtzahlende Arzt habe es bisher schlicht versäumt, ein ansprechendes Profilbild zu laden oder die Praxishomepage einzufügen, oder dieser Arzt lege keinen Wert auf Außerdarstellung.⁵²⁾ Zumindest hätte der BGH diesen Punkt nicht einfach mit dem Argument, die Nutzer seien nur an den Noten interessiert, übergehen, sondern zur näheren Sachaufklärung und ggf. Einholung eines Sachverständigengutachtens an das Berufungsgericht zurückweisen müssen.
- 31 Genau in diesen psychologischen Wirkmechanismen besteht das Geschäftsmodell von Jameda, sich den Betrieb des Bewertungsportals von (bewerteten) Ärzten bezahlen zu lassen. Dieses Geschäftsmodell ist für zahlreiche Ärzte auch attraktiv, denn diese sind bereit, für die bessere Darstellung erhebliche Monats- bzw. Jahresbeiträge zu zahlen. Hierdurch können sich ohne bzw. gegen ihren Willen gelistete Ärzte gedrängt sehen, sich ebenfalls kostenpflichtig anzumelden, um keine Wettbewerbsnachteile gegenüber ihren bereits zahlenden Konkurrenten zu erleiden. Der Druck auf die verbleibenden Ärzte wächst in dem Ausmaß, in dem Ärzte sich dem System anschließen.⁵³⁾ Hiergegen spricht auch nicht, dass Jameda einen zahlenden Arzt auf dessen Profildseite durch ein Symbol mit dem Text „Gold“ bzw. „Platin“ kenntlich macht und über die „Mouse-Over-Funktion“ Erklärungen leistet. Zum einen wird der Nutzer bereits durch das Vorhandensein eines Bildes in eine bestimmte Auswahlentscheidung gelenkt: Gibt es mehrere konkurrierende Ärzte gleicher Fachrichtung am Ort mit derselben Gesamtnote, wird die Wahl eher auf einen Arzt mit einem freundlichen Foto fallen als auf einen Arzt mit der traurig-grauen Silhouette. Diese zumindest mögliche Auswahlentscheidung bei Notengleichheit blendet der BGH systematisch aus. Zum anderen kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Premiumfähnchen dem Nutzer signalisieren, es handle sich um einen besonders ausgezeichneten Arzt, der ein besonderes Prädikat „Gold“ oder „Platin“ erhalten habe.⁵⁴⁾ Schließlich ist nicht gewährleistet, dass jeder Nutzer den Mouse-Over-Text, dass es sich um einen zahlenden Arzt handelt, auch mit dem Cursor anklickt und dann liest.⁵⁵⁾

51) LG Bonn, 28.03.2019 – 18 O 143/18, juris, Rn. 37 = MMR 2019, 759.

52) LG Bonn, 29.03.2019 – 9 O 157/18, juris, Rn. 91 = MMR 2019, 695.

53) LG Bonn, 28.03.2019 – 18 O 143/18, juris, Rn. 38 = MMR 2019, 759.

54) LG Bonn, 29.03.2019 – 9 O 157/18, juris, Rn. 96 = MMR 2019, 695.

55) LG Bonn, 29.03.2019 – 9 O 157/18, juris, Rn. 97 = MMR 2019, 695.

Von der Neutralität des Portalbetreibers ist nach dieser Entscheidung nicht mehr viel geblieben. Das ist zu bedauern, war aber schon durch die Yelp-Entscheidung angedeutet worden.⁵⁶⁾ Die Neutralität als Zulässigkeitskriterium hatte der I. Zivilsenat in seiner Hotelbewertungsportal-Entscheidung aufgestellt. Danach komme die im Hinblick auf § 7 Abs. 2 S. 1 TMG (sog. Hostprovider-Privileg) einschränkende Auslegung des § 4 Nr. 8 UWG (a. F., jetzt § 4 Nr. 2 UWG) im Falle eines Internet-Bewertungsportals nur in Betracht, wenn dessen Betreiber sich darauf beschränke, seinen Dienst mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen. Verlasse er dagegen seine neutrale Vermittlerposition und spiele er eine aktive Rolle, käme eine Haftung wegen Zueigen-Machens in Betracht.⁵⁷⁾ Der VI. Zivilsenat des BGH hat dieses Kriterium zunächst übernommen und festgestellt, dass ein Portalbetreiber seine Stellung als neutraler Informationsmittler verlasse, wenn er durch die Art der Werbung, die er Ärzten auf seinem an potentielle Patienten gerichteten Bewertungsportal anbiete, einzelnen Ärzten verdeckte Vorteile verschaffe.⁵⁸⁾ In diesem Fall hat ein betroffener Arzt sogar einen Anspruch auf vollständige Löschung seiner Bewertungen, was belegt, dass es sich um ein echtes Zulässigkeitskriterium für die Veröffentlichung von Nutzerbewertungen handelte. Nunmehr heißt es, dass aus dem Neutralitätsgebot ein strenges Gleichbehandlungsgebot nicht folgen würde. Wo aber bleibt dann die Neutralität? Nach diesseitiger Rechtsauffassung ist Neutralität entweder vorhanden oder aber sie ist nicht vorhanden. Ein „bisschen“ Neutralität kann es denklogisch nicht geben.

Jameda wirbt selbst mit dem Qualitätsanspruch, für echte und qualitativ hochwertige Bewertungen zu sorgen, auf die sich der Nutzer verlassen könne, keine Bewertungen von Agenturen oder Selbstbewertungen durch Ärzte zu akzeptieren, alle Ärzte gleich zu behandeln und alle Bewertungen nach den rechtlichen Vorgaben zu prüfen und zu veröffentlichen und nicht käuflich zu sein.⁵⁹⁾ Wer als Portalbetreiber gegenüber der Öffentlichkeit die von der Rechtsprechung zum vergleichenden Warentest aufgestellten Zulässigkeitskriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde in Anspruch nimmt, sollte auch hieran gemessen werden. Als Deutschlands größtes Ärztebewertungsportal nimmt Jameda auf diesem Markt mittlerweile eine Stellung ein, wie sie Stiftung Warentest, ÖKO-Test und der ADAC im Bereich der Produktbewertungen einnehmen. Warentester testen dagegen keine ärztlichen Dienstleistungen. Hierzu sind sie angesichts der Anzahl der angebotenen Leistungen personell und finanziell nicht in der Lage. Genau in diese Lücke ist Jameda hineingestoßen und bietet den Nutzern eine echte Entscheidungshilfe durch das Erheben, Erfassen, Ordnen und Veröffentlichen von Nutzerbewertungen einschließlich der Bildung einer Gesamtnote. Hieran orientieren sich die Nutzer. Es ist bedauerlich, dass das höchste Gericht Warentester und Bewertungsportale unterschiedlich behandelt. Niedergelassenen Ärzten, insbesondere Existenzgründern und neu auf dem Markt auftretenden Ärzten, wird kaum etwas anderes übrigbleiben, als die von Jameda angebotenen Gold- oder Platinpakete zu buchen, um durch das Portal geschaffene Wettbewerbsnachteile zu kompensieren.

Gegenwind bekommen Portalbetreiber derzeit nur vom Gesetzgeber. In der am 28.05.2022 in Kraft tretenden Fassung des UWG wird in § 5b Abs. 3 UWG n. F. gefordert, dass Verbraucher da-

56) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483 – Yelp. Kritisch hierzu Franz, WRP 2020, 696.

57) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326, Rn. 34 – Hotelbewertungsportal. Ebenso Büscher, GRUR 2017, 433, 439.

58) BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, Rn. 17 – jameda.de III m. Anm. Franz, GRUR 2018, 640.

59) <https://www.jameda.de/qualitaetsicherung/>.

EuGH: „Visma Enterprise“ SIA/Konkurences padome

rüber informiert werden müssen, ob und wie der Portalbetreiber sicherstellt, dass die veröffentlichten Bewertungen von tatsächlichen Nutzern stammen.⁶⁰⁾ Die „Schwarze Liste“ (Anhang I zu § 3 Abs. 3 UWG) wird mit Nr. 23b und 23c um zwei Verbotstatbestände erweitert (Irreführung über die Echtheit von Verbraucherbewertungen und Verbot der Übermittlung, Beauftragung und falscher Darstellung gefälschter Verbraucherbewertungen zu Zwecken der Verkaufsförderung). Zutreffend führt der Gesetz-

geber zur Begründung aus, dass Bewertungen und Empfehlungen anderer Verbraucher eine zunehmend wichtige Informationsquelle für die Kaufentscheidung darstellen.⁶¹⁾ Dies reflektiert die besprochene Entscheidung nicht genügend.

60) Vgl. hierzu auch *Büscher*, WRP 2022, 1, Rn. 56 ff.

61) Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, BT-Ds. 19/27873, S. 20.

RECHTSPRECHUNG

Kartellrecht

„Visma Enterprise“ SIA/Konkurences padome

AEUV Art. 101 Abs. 1, Abs. 3

EuGH, Urteil vom 18.11.2021 – C-306/20

ECLI:EU:C:2021:935

1. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass eine Vereinbarung zwischen einem Anbieter und einem Vertriebshändler, nach der der Händler, der das potenzielle Geschäft mit dem Endnutzer zuerst registriert hat, während eines Zeitraums von sechs Monaten ab der Registrierung des Geschäfts einen „Vorrang für die Abwicklung des Verkaufsvorgangs“ genießt, sofern der Endnutzer nicht widerspricht, nicht als Vereinbarung eingestuft werden kann, die im Sinne dieser Vorschrift eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs „bezweckt“, es sei denn, diese Vereinbarung kann angesichts ihres Wortlauts, ihrer Ziele und ihres Zusammenhangs als hinreichend schädlich für den Wettbewerb angesehen werden, um so eingestuft zu werden.

Stellt eine solche Vereinbarung keine „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar, ist vom nationalen Gericht zu prüfen, ob in Anbetracht aller relevanten Umstände des Ausgangsverfahrens, d. h. insbesondere des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem die betreffenden Unternehmen tätig sind, der Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, der auf dem betreffenden Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen und der Struktur dieses Marktes, davon ausgegangen werden kann, dass sie den Wettbewerb aufgrund ihrer tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen hinreichend spürbar einschränkt.

2. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist dahin auszulegen, dass eine Vereinbarung zwischen einem Anbieter und einem Vertriebshändler, nach der der Händler, der das potenzielle Geschäft mit dem Endnutzer zuerst registriert hat, während eines Zeitraums von sechs Monaten ab der Registrierung des Geschäfts einen „Vorrang für die Abwicklung des Verkaufsvorgangs“ genießt, sofern der Endnutzer nicht widerspricht, für den Fall, dass sie eine Vereinbarung darstellt, die im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs „bezweckt“ oder „bewirkt“, nur dann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann, wenn sie die dort aufgeführten kumulativen Voraussetzungen erfüllt.

3. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass das Vorliegen einer nach dieser Bestimmung verbotenen Vereinbarung nicht allein deshalb ausgeschlossen werden kann, weil die mit der Durchführung dieser Bestimmung betraute Behörde eine differenzierte Beurteilung der Frage, wie die Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung den Parteien dieser Vereinbarung zuzurechnen ist, vorgenommen hat.

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV sowie von Art. 2 und Art. 4 Buchst. b der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2010, L 102, S. 1).

Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der „Visma Enterprise“ SIA (vormals „FMS Software“ SIA und „FMS“ SIA) und dem Konkurences padome (Wettbewerbsrat, Lettland) wegen dessen Entscheidung, gegen Visma Enterprise eine Geldbuße zu verhängen, weil sie gegen das lettische Wettbewerbsrecht verstoßen habe.

Rechtlicher Rahmen

(...)

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Mit Entscheidung vom 9. Dezember 2013 über die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 des Wettbewerbsgesetzes auf bestimmte Verhaltensweisen von FMS Software, der „RGP“ SIA, der „Zemgales IT centrs“ SIA, der „PC Konsultants“ SIA, der „Guno M“ SIA, der „Softserviss“ SIA, der „I. R. Finances“ SIA, von FMS und der „FOX“ SIA (im Folgenden: streitige Entscheidung) verurteilte der Wettbewerbsrat FMS Software und FMS als Gesamtschuldnerinnen zur Zahlung einer Geldbuße von 45 000 lettischen Lats (LVL) (rund 64 000 Euro).

In dieser Entscheidung stellte der Wettbewerbsrat fest, dass FMS Software, Inhaberin der Urheberrechte an den Buchführungssoftwares Horizon und Horizon Start, mit mehreren Händlern eine Vereinbarung über den Vertrieb dieser Softwares geschlossen habe, die im Rahmen des Verkaufsprozesses für bestimmte Händler einen Vorteil vorgesehen habe, wodurch der Wettbewerb zwischen diesen Händlern eingeschränkt worden sei.