

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: Dr. Johannes Hertfelder, LL.M.

Kartellrecht mit „Wumms“

1453 Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.

Das Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA)

1463 Evgeny Pustovalov

Schadensersatzpflicht des Gläubigers einer einstweiligen Verfügung nach § 945 ZPO

1469 Dr. Ulrich Franz

Zu den Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

1473 Dr. Markus Hecht

Werbung durch „Leaks“ – Rechtliche Bewertung von getarntem Marketing

1478 Dr. Benjamin Stillner und Christopher Herwig

Die negative Feststellungsklage als Reaktion auf eine zu weitgehende Abmahnung (Teil 2)

1484 Orthomol/Verband Sozialer Wettbewerb

EuGH, Urteil vom 27.10.2022 – C-418/21

1488 Soda-Club (CO₂) u. a./MySoda

EuGH, Urteil vom 27.10.2022 – C-197/21

1502 Proximus/Gegevensbeschermingsautoriteit

EuGH, Urteil vom 27.10.2022 – C-129/21

1513 Reizdarmsyndrom

BGH, Urteil vom 28.07.2022 – I ZR 171/21

1519 Google-Drittauskunft

BGH, Urteil vom 14.07.2022 – I ZR 121/21

1526 Stahl-Strahlmittel

BGH, Urteil vom 28.06.2022 – KZR 46/20

1533 Zum Zugang von E-Mails im unternehmerischen Geschäftsverkehr

BGH, Urteil vom 06.10.2022 – VII ZR 895/21

1535 „Ware gut, Versandkosten Wucher!!“

BGH, Urteil vom 28.09.2022 – VIII ZR 319/20

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin*

Zu den Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

Zugleich Besprechung von BGH, 09.08.2022 – VI ZR 1244/20 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals**

INHALT

- I. Ausgangslage
- II. Sachverhalt
- III. Entscheidungen der Vorinstanzen
- IV. Entscheidung des BGH
- V. Kritik und Ausblick

I. Ausgangslage

- 1 Unverändert beschäftigen Bewertungsportale die Rechtsprechung, insbesondere diejenige des BGH. Wenn der BGH einmal jährlich Zweifelsfragen höchstrichterlich klären muss, ist allein das Ausdruck davon, dass die Auswirkungen der Veröffentlichungen von Nutzerbewertungen auf die Geschäftstätigkeit von Unternehmen und Freiberuflern erheblich sind.¹⁾
- 2 Der Betroffene setzt sich vor allem gegen negative Bewertungen zur Wehr. Richtungsweisend war die Entscheidung aus dem Jahre 2009, mit der der BGH die grundsätzliche Zulässigkeit des Betriebs eines (Lehrer-)Bewertungsportals festgestellt hatte.²⁾ Das Hauptproblem ist, dass Kritik in der Regel anonym oder unter einem Pseudonym geäußert wird und dem Betroffenen der wirkliche Name und die zustellungsfähige Adresse seines Kritikers unbekannt sind. Da der BGH die anonyme und pseudonyme Meinung ohne jede Einschränkung schützt³⁾ und dem Betroffenen auch keinen Anspruch gegen den Portalbetreiber auf Auskunft bzw. Herausgabe der Bestandsdaten des Kritikers zuspricht,⁴⁾ kann der Betroffene seinen Kritiker nicht verklagen. Die Folge ist, dass der Betroffene anstelle des Kritikers den Portalbetreiber verklagen muss. Dieser hat dann nolens volens eine Art Stellvertreterprozess zu führen.
- 3 In diesem Rechtsverhältnis sind vor allem datenschutz- und äusserungsdeliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen zu prüfen, insbesondere § 824 Abs. 1 BGB bei unwahren Tatsachenbehauptungen und § 823 Abs. 1 BGB bei unzulässigen Meinungsäußerungen, wie Beleidigungen oder Schmähkritik. Besteht zwischen dem Betroffenen und dem Portalbetreiber ausnahmsweise ein Mitbewerberverhältnis gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG, können

die Ansprüche auch auf das UWG gestützt werden.⁵⁾ Eine Haftung des Portalbetreibers kommt in Betracht, wenn er eigene rechtswidrige Kritik äußert. Das scheidet in der Regel aus. Der Portalbetreiber veröffentlicht und verbreitet lediglich fremde Kritik. Eine Haftung des Portalbetreibers kommt aber auch in Betracht, wenn er sich fremde rechtswidrige Kritik zu eigen gemacht hat, z. B. durch eigenmächtige Änderungen oder durch eine inhaltlich-redaktionelle Überprüfung.⁶⁾ Liegen diese Ausnahmefälle nicht vor, kommt eine Haftung des Portalbetreibers nur als sog. mittelbarer Störer wegen Verletzung von Prüfpflichten im Rahmen des von der Rechtsprechung entwickelten „notice-and-action“-Verfahrens in Betracht.⁷⁾ Kompromisslos ist der BGH, wenn der Kritiker die Leistung des Bewerteten überhaupt nicht in Anspruch genommen hat. In diesem Fall ist jede Äußerung zu unterlassen.⁸⁾ Ein Anspruch auf vollständige Löschung sämtlicher Bewertungen wird dem Betroffenen nur ausnahmsweise zugesprochen, wenn der Portalbetreiber seine Rolle als neutraler Informationsmittler verlässt. Dies bejahte der BGH beim Ärzteebewertungsportal www.jameda.de für die seinerzeit angebotenen entgeltlichen „Premium-Pakete“.⁹⁾ Einen Anspruch des Betroffenen auf Überprüfung der algorithmusbasierten Auswahlentscheidung des Portalbetreibers der Beiträge als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“ und damit auch des für sein Geschäft wichtigen Bewertungsdurchschnitts lehnte der BGH ab.¹⁰⁾

Zuletzt vertrat der (VI. Zivilsenat des) BGH die Rechtsauffassung, dass aus dem (vom I. Zivilsenat des BGH entwickelten) Neutralitätsgebot ein strenges Gleichbehandlungsgebot von zahlenden und nichtzahlenden Ärzten bei der Gewährung von Vorteilen, insbesondere in der Darstellung ihrer Profile in einem Ärzteebewertungsportal, nicht abgeleitet werden könne.¹¹⁾

II. Sachverhalt

In der hier zu besprechenden Entscheidung ging es um den Umfang der den Portalbetreiber treffenden Prüfpflichten.

Die Klägerin betreibt einen Ferienpark mit Apartments. Die in der Schweiz ansässige Beklagte betreibt ein Internetportal, auf dem Reisen und Hotels gebucht und bewertet werden können. Hierfür müssen sich die Benutzer mit einer E-Mail-Adresse registrieren. Die Bewertungen können in verschiedenen Kategorien (Hotel, Zimmer, Service, Lage, Gastronomie, Sport & Unterhaltung) nach 1-6 „Sonnen“ vergeben werden. Zudem können die Benutzer jeweils einen dann mindestens aus 100 Zeichen beste-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1586.

** Abgedruckt in WRP 2022, 1275 ff.

1) Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamts wird allein das Ärzteebewertungsportal www.jameda.de mehr als 50 Mal im Jahr verklagt, s. Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Bericht vom Oktober 2020, S. 32, aufrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Nutzerbewertungen_Bericht.html.

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

3) BGH, 23.06.2009 – VI ZR 196/08, WRP 2009, 979, 984, Rn. 38 – spickmich.de. Kritisch hierzu Franz, Der digitale Pranger 2018, S. 28 ff. und Kühling, NJW 2015, 447, 448.

4) BGH, 01.07.2014 – VI ZR 345/13, GRUR 2014, 902, 904, Rn. 9 ff. – Ärzteebewertung. Eine Ausnahme besteht gemäß § 14 Abs. 3 TMG nur im Anwendungsbereich des NetzDG. Allerdings überschreitet Kritik in Bewertungsportalen regelmäßig nicht die Eingriffsschwelle des NetzDG.

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

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. 37 ff. – jameda.de II.

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

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

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

11) BGH, 12.10.2021 – VI ZR 488/19, WRP 2022, 193 – Ärzteebewertungsportal I und BGH, 12.10.2021 – VI ZR 489/19, WRP 2022, 203 – Ärzteebewertungsportal II. Kritisch hierzu Franz, WRP 2022, 296.

Franz, Zu den Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

henden Freitext sowie weitere Reisedetails zum Gegenstand ihrer Bewertung machen. Für bis zu zehn veröffentlichte Hotelbewertungen pro Monat erhalten die Kritiker Flugmeilen als Prämie. Die Nutzungsrichtlinien sehen vor, dass eine Leistung nur bei tatsächlicher Inanspruchnahme bewertet werden darf.

- 7 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung hinsichtlich zehn negativer Bewertungen in Anspruch. In diesen wurden die Leistungen der Klägerin mit maximal drei Sonnensymbolen bewertet. Im Freitext bemängelten die Nutzer u.a. die Sauberkeit der Zimmer, den Zustand der Freizeitanlage und den Service der Klägerin. Zur Begründung führt die Klägerin aus, dass es sich bei den Kritikern nicht um ihre Gäste gehandelt habe. Zwar habe sie hinsichtlich aller Nutzernamen einen Abgleich mit ihrer Buchungs- und Buchhaltungssoftware durchgeführt, im Ergebnis aber die Bewertungen keinem Gast zuordnen bzw. keine sichere Zuordnung zu einem bestimmten Gast vornehmen können. Die Beklagte hatte vorprozessual die Einleitung des „Notice-and-Action“-Verfahrens verweigert mit der Begründung, die Klägerin habe nur pauschal einen Kundenkontakt in Abrede gestellt, obwohl ein substantiiertes Eingehen auf den konkreten Inhalt der Bewertungen möglich gewesen wäre. Die Kritiker hätten vor Ort gewesen sein müssen, um die mitveröffentlichten Lichtbilder zu machen. Zudem seien die Bewertungen umfangreich und enthielten viele Details.

III. Entscheidungen der Vorinstanzen

- 8 Das LG Köln wies die Klage als unbegründet ab.¹²⁾ Die Klägerin habe nicht hinreichend konkret dargelegt, dass den Bewertungen keine tatsächliche Beherbergung in ihrer Ferienanlage zugrunde gelegen hätte. Eine Haftung der Beklagten als mittelbare Störerin erfordere von der Klägerin einen so konkreten Hinweis, dass der gerügte Rechtsverstoß „unschwer“ zu erkennen sei. Daran fehle es hier, zumal bei den meisten Bewertungen potentiell passende Gästebuchungen mit entsprechenden Namen und Daten klägerseits eingestanden seien. Gegen die Annahme fingierter Bewertungen spreche, dass die Bewertungen oft auch positive Teile enthielten und inhaltlich weitgehend übereinstimmten. Ein pauschales Bestreiten sei nur dann ausreichend, wenn sich aus der Bewertung keinerlei Anhaltspunkte ergäben, anhand derer eine weitere Überprüfung möglich sei. Sähe man das anders, könnte jeder Betroffene bei jeder negativen Bewertung ohne Weiteres mit pauschalen Rügen ein Prüfverfahren erzwingen.
- 9 Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin war mit Ausnahme einer Kritik erfolgreich: Das OLG Köln verurteilte die Beklagte zur Unterlassung von neun Bewertungen.¹³⁾ Die Behauptung der Klägerin, den angegriffenen Bewertungen liege kein tatsächlicher Gästekontakt zugrunde, sei hinreichend konkret. Dass es sich letztlich um Mutmaßungen der Klägerin handele, stehe nicht entgegen, denn konkretere Darlegungen seien der Klägerin nicht zumutbar. Aus dem Inhalt der Bewertungen, soweit dort Angaben zur Person, Begleitung oder Reisezeit gemacht oder Fotos beigefügt worden seien, ergäbe sich nichts anderes. Zwar könne die Klägerin im Einzelfall die fehlende Gästebeziehung „ins Blaue hinein“ behauptet haben. Jedoch müsse die Größe des Hotelbetriebs berücksichtigt werden. Bei einem derartigen Betrieb könnten häufig vorkommende Namen oder Pseudonyme einer Vielzahl von Gästen zugeordnet werden, weshalb die Klägerin zumutbar nicht in der Lage sei, einen nicht vorhandenen Gästekontakt konkreter darzulegen. Die Beklagte sei daher als mittelbare Störerin verpflichtet gewesen, die jeweiligen Nutzer anzuschreiben, um die Berechtigung der klägerischen Beanstan-

derung zu klären. Da sie das nicht getan habe, sei die klägerische Behauptung des fehlenden Gästekontaktes als wahr zu unterstellen, was zur Unzulässigkeit der angegriffenen Bewertungen führe.

IV. Entscheidung des BGH

Der BGH wies die gegen ihre Verurteilung von der Beklagten eingelegte Revision zurück.¹⁴⁾

Zunächst befasst sich der BGH ausführlich mit der – von den Vorinstanzen nicht problematisierten – internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die er unter Hinweis auf Art. 5 Nr. 3 LugÜ bejaht.¹⁵⁾ Gegenstand des Verfahrens sei eine Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch Veröffentlichungen und damit eine unerlaubte Handlung. Die in der Schweiz ansässige Beklagte habe daher (auch) am Ort des schädigenden Ereignisses, d. h. am Sitz der Klägerin im Inland verklagt werden können, weil die angegriffenen negativen Bewertungen sich dort auf ihre wirtschaftliche Tätigkeit auswirkten.¹⁶⁾

Auf datenschutzrechtliche Anspruchsgrundlagen könne sich die Klägerin als juristische Person nicht berufen, weil die DSGVO nur zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten aufgestellt worden sei.¹⁷⁾

Anschließend erörtert der BGH die – von den Vorinstanzen ebenfalls nicht problematisierte – Anwendbarkeit des deutschen Rechts.¹⁸⁾ Nach seiner Ansicht könne offenbleiben, ob die Anwendbarkeit des deutschen Rechts aus Art. 14 Abs. 1 Rom II-Verordnung oder aus Art. 42 EGBGB folge, da beide die freie Rechtswahl beinhaltenden Kollisionsnormen zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts führten. Die Parteien hätten in der mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz eine ausdrückliche Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts getroffen.¹⁹⁾ Es greife auch nicht die Sperre der beschränkten Nachprüfbarkeit tatsächlicher Feststellungen gemäß § 559 Abs. 1 S. 1 ZPO, weil in die Urteilsfindung in bestimmtem Umfang auch Tatsachen einfließen könnten, die sich erst während der Revisionsinstanz ereigneten, soweit diese unstreitig seien und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstünden. Dies könne hier angenommen werden, weil der gesamte Rechtsstreit von beiden Parteien auf der Grundlage deutschen Rechts geführt worden sei, so dass die erst in der Revisionsinstanz getroffene Rechtswahl keine Mehrarbeit verursache und entgegenstehende schützenswerte Belange der Parteien nicht erkennbar seien.²⁰⁾

Der Unterlassungsanspruch folge aus § 1004 Abs. 1 S. 2 analog, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG.²¹⁾

Eine Haftungsbefreiung der Beklagten gemäß § 10 S. 1 TMG komme nicht in Betracht. Zwar sei die Beklagte Hostprovider und damit Diensteanbieter nach § 2 S. 1 Nr. 1 TMG. Dennoch gelte die Norm nicht für auf vorangegangener Rechtsverletzung beruhenden Unterlassungsansprüchen.²²⁾

14) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

15) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 7 ff. – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

16) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 11 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

17) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 12 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

18) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 14 ff. – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

19) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 19 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

20) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 20 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

21) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 13 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

22) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 24 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

12) LG Köln, 11.12.2019 – 28 O 242/19, juris.

13) OLG Köln, 27.08.2020 – I-15 U 309/19, juris, GRUR-RS 2020, 46566.

- 16 Eine Haftung als unmittelbare Störerin scheidet aus, weil die Beklagte weder eigene Bewertungen veröffentliche noch sich die fremden Bewertungen zu eigen gemacht habe. Eine inhaltlich-redaktionelle Überprüfung der auf ihrem Portal eingestellten Nutzerbewertungen auf Vollständigkeit oder Richtigkeit sei vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Die Auslobung einer Prämie für bis zu zehn Bewertungen führe nicht dazu, die Beklagte als unmittelbare Störerin anzusehen.²³⁾
- 17 Im Folgenden fasst der BGH die von ihm in bisheriger Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur eingeschränkten Verantwortlichkeit des Portalbetreibers als mittelbarer Störer zusammen. Mittelbarer Störer sei, wer, ohne unmittelbarer Störer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beitrage. Dabei genüge als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten, sofern der mittelbare Störer die rechtliche oder tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung der Handlung habe. Die Haftung als mittelbarer Störer dürfe aber nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, welche die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen hätten. Sie setze deshalb die Verletzung von Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfpflichten, voraus, deren Umfang sich nach der Zumutbarkeit von Maßnahmen zur Verhinderung der Verletzung bestimme.²⁴⁾
- 18 Danach sei ein Hostprovider grundsätzlich nicht verpflichtet, die von Nutzern eingestellten Beiträge vor Veröffentlichung auf eventuelle Rechtsverletzungen zu überprüfen. Das ändere sich dann, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung erlange.²⁵⁾ Werde er mit einer Beanstandung des Betroffenen konfrontiert, die so konkret gefasst sei, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptung des Betroffenen unschwer, d. h. ohne eingehende rechtliche oder tatsächliche Überprüfung bejaht werden könne, sei eine Ermittlung und Bewertung des gesamten Sachverhaltes unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Kritikers erforderlich.²⁶⁾
- 19 Die konkreten Überwachungsmaßnahmen würden sich nach den Umständen des Einzelfalles richten. Maßgebliche Bedeutung komme dem Gewicht der angezeigten Rechtsverletzung sowie den Erkenntnismöglichkeiten des Providers zu. Zu berücksichtigen seien aber auch Funktion und Aufgabenstellung des vom Provider angebotenen Dienstes sowie die Eigenverantwortung des für die Rechtsverletzung unmittelbar verantwortlichen Nutzers.²⁷⁾
- 20 Bewertungsportale würden eine von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion erfüllen. Der erforderliche Prüfungsaufwand dürfe den Portalbetrieb weder wirtschaftlich gefährden noch unverhältnismäßig erschweren. Rein reaktive Prüfungspflichten hätten ein solches Gewicht in der Regel aber nicht. Andererseits bringe der Betrieb eines Portals mit Bewertungsmöglichkeit im Vergleich zu anderen Portalen, insbesondere Nachrichtenportalen, schon von vornherein ein gesteigertes Risiko für Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Missbrauchsgefahren mit sich. Der Portalbetreiber müsse deshalb von Anfang an mit entsprechenden Beanstandungen rechnen. Die Missbrauchsgefahren würden auch noch dadurch verstärkt, dass Bewertungen rechtlich zulässig anonym oder unter
- einem Pseudonym abgegeben werden könnten, was dem Betroffenen ein Vorgehen gegen den Kritiker erheblich erschwere.²⁸⁾ Habe der Betroffene einen konkreten Hinweis auf einen unschwer zu bejahenden Rechtsverstoß gegeben, sei der Hostprovider verpflichtet, diese Beanstandung an den für den Inhalt Verantwortlichen zur Stellungnahme weiterzuleiten. Bleibe eine Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist aus, sei von der Berechtigung der Beanstandung auszugehen und der beanstandete Eintrag zu löschen.²⁹⁾
- Die beanstandeten Bewertungen seien geeignet, sich abträglich auf das unternehmerische Ansehen der Klägerin auszuwirken und würden in den Schutzbereich ihres durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleisteten sozialen Geltungsanspruch als Wirtschaftsunternehmen und Unternehmenspersönlichkeitsrecht eingreifen.³⁰⁾
- Der Eingriff sei auch rechtswidrig, weil den streitgegenständlichen Bewertungen kein Gästekontakt zugrunde liegen würde. Bei der erforderlichen Abwägung zwischen dem Schutzinteresse der Klägerin mit der Meinungsäußerungsfreiheit der Kritiker (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK), der Informationsfreiheit der Nutzer und der Kommunikationsfreiheit der Beklagten (Art. 10 EMRK) und dem Schutz der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten (Art. 8 Abs. 1 EMRK) würden die geschützten Interessen der Klägerin diejenigen der Beklagten und der Portalnutzer überwiegen. Ein berechtigtes Interesse der Nutzer, eine tatsächlich nicht stattgefundene Inanspruchnahme der Leistungen der Klägerin zu bewerten, sei nicht ersichtlich. Entsprechendes gelte für das Interesse der Beklagten, eine Bewertung über eine nicht stattgefundene Inanspruchnahme der Leistung der Klägerin zu kommunizieren, und für das Interesse der Nutzer, eine solche Bewertung lesen zu können.³¹⁾
- Die Beanstandungen der Klägerin seien auch so konkret gefasst gewesen, dass Rechtsverstöße auf der Grundlage ihrer Behauptungen unschwer zu bejahen gewesen seien und bei der Beklagten Prüfpflichten ausgelöst hätten, der sie nicht nachgekommen sei. Grundsätzlich reiche die Rüge des Bewerteten, der Bewertung liegt kein Gästekontakt zugrunde, aus, um Prüfpflichten des Bewertungsportals auszulösen. Zu weiteren Darlegungen, insbesondere einer näheren Begründung, sei er gegenüber dem Portalbetreiber grundsätzlich nicht verpflichtet. Dies gelte nicht nur in dem Fall, dass die Bewertung keinerlei tatsächlich, die konkrete Inanspruchnahme der Leistung beschreibende Angaben enthalte und dem Bewerteten daher eine weitere Begründung schon gar nicht möglich sei, sondern auch dann, wenn für einen Gästekontakt sprechende Angaben vorlägen. Denn der Bewertete könne diese Angaben regelmäßig nicht überprüfen und damit den be-

23) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 21 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

24) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 26 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

25) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 27 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

26) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 28 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

27) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 29 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

28) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 30 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

29) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 31 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals. An dieser Stelle fehlen weitere Ausführungen dazu, was der Portalbetreiber zu veranlassen hat, wenn er vom Kritiker innerhalb der gesetzten Frist eine Stellungnahme erhält. In diesem Fall ist der Portalbetreiber gehalten, die Stellungnahme dem Betroffenen – anonymisiert – mitzuteilen und ggf. Nachweise zu verlangen, aus denen sich die von ihm behauptete Rechtsverletzung ergibt. Nunmehr ist wieder der Betroffene gefordert: Bleibt seine Stellungnahme aus oder legt er erforderliche Nachweise nicht vor, ist eine weitere Prüfung durch den Portalbetreiber 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. Dieses Stufenmodell hat der BGH für die Haftung des Hostproviders für fremde Inhalte im Internet entwickelt (BGH, 25.10.2011 – VI ZR 93/10, WRP 2012, 217, Rn. 26 f. – Prüfpflichten und Störerhaftung des Hostproviders) und dann für die Haftung von Betreibern von Bewertungsportalen übertragen (BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, Rn. 21 ff. – jameda.de II).

30) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 32 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

31) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 35 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

Franz, Zu den Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

haupteten Gästekontakt nicht sicher feststellen. Einer näheren Begründung bedürfte es nur, wenn sich die Identität des Kritikers für den Bewerteten ohne Weiteres aus der Bewertung ergebe. Im Übrigen gelte die Grenze des Rechtsmissbrauchs.³²⁾

V. Kritik und Ausblick

- 25 Die Entscheidung überzeugt im Tenor und in der Begründung. Nach den Rückschlägen durch die beiden letzten Entscheidungen des BGH³³⁾ hat das Pendel wieder zugunsten der Betroffenen ausgeschlagen, deren Rechte durch die neueste Entscheidung erheblich gestärkt werden: Bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs kann jeder in einem Bewertungsportal Bewertete grundsätzlich einen Geschäftskontakt bestreiten und damit ein vom Portalbetreiber durchzuführendes Prüfverfahren auslösen. Das ist auch sinnvoll, weil nur der Portalbetreiber Kontakt zum Kritiker hat, über dessen Bestandsdaten verfügt und von diesem in Erfahrung bringen kann, wann genau der Geschäftskontakt stattgefunden hat und ob hierfür Belege vorliegen (Buchungen, Rechnungen, Terminzettel, Rezepte etc.). Legt der Kritiker diese Belege dem Portalbetreiber vor, kann und muss er diese – anonymisiert – dem Betroffenen zuleiten. Dieser kann dann den Vorgang schnell überprüfen und seine Beanstandung vertiefen oder zurücknehmen, insbesondere dann, wenn es sich um einen tatsächlichen Kunden gehandelt hat und die Kritik als solche nicht angreifbar ist.
- 26 Dagegen ist es für den Bewerteten schlicht unzumutbar, aus den unterstellten wahren Angaben in einer Kritik den anonym bzw. pseudonym bleibenden Kritiker korrekt zu ermitteln. Das gilt nicht nur für die hiesige Klägerin als Ferienparkbetreiber oder für Hotels, sondern auch für Ärzte mit einem großen Patientenstamm und andere Berufsgruppen. Die vom LG Köln aufgestellten Anforderungen, der Bewertete müsse hinreichend konkret das Nichtvorliegen eines Geschäftskontakts darlegen, kommt einer sprichwörtlichen „Suche im Heuhaufen“ gleich. Die hiesige Klägerin hatte dies in ihrer Berufungsbegründung sehr anschaulich dargestellt, weil anhand ihrer Unterlagen der Kritiker mit dem in der Kritik angegebenen Buchstaben „E“ auf 54 Gäste hätte zutreffen können. Es sei ihr unzumutbar, alle in Betracht kommenden 54 Gäste mit dem Namen „E“ anzuschreiben und nach dem Verfassen der streitgegenständlichen Bewertung zu befragen, um erst im Anschluss hieran eine Rüge bei der Beklagten weiter spezifizieren zu können.³⁴⁾ Im Prinzip mutete das LG Köln dem bewerteten Ferienparkbetreiber zu, einen Negativbeweis führen zu müssen, nämlich die Darlegung und den Beweis für das Nichtvorliegen eines Geschäftskontaktes. In vergleichbaren Situationen hilft die Rechtsprechung dem Beweisbelasteten regelmäßig dahingehend, dass vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positivum sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt wird.³⁵⁾ Eine Umkehr der Beweislast ist damit nicht verbunden.³⁶⁾ Insofern fügt sich das neueste Urteil des BGH in diese zivilprozessualen Grundsätze sehr gut ein: Nicht der den Geschäftskontakt in Abrede stellende Betroffene, sondern der Portalbetreiber ist zunächst gefordert und muss bei einem zulässigen Bestreiten des Geschäftskontaktes als negative Tatsache das Prüfungsverfahren beginnen und im Rahmen der ihn treffenden sekundären Darlegungslast die für das Vorhandensein des Ge-

schäftskontakts sprechenden Umstände darlegen. Erst dann ist der Betroffene in der Lage, sich substantiiert mit den positiven Umständen auseinanderzusetzen und diese zu widerlegen. Die Beweislast für das Nichtvorhandensein eines Geschäftskontakts und damit auch das non-liquet-Risiko bleibt beim Betroffenen.³⁷⁾

Der BGH ergänzt mit dieser wichtigen Entscheidung insbesondere sein Urteil vom 01.03.2016. Seinerzeit hatte er für das Ärztebewertungsportal www.jameda.de klargestellt, dass die Behauptung des betroffenen Arztes, der angegriffenen Bewertung liege kein Behandlungskontakt zugrunde, hinreichend konkret gewesen sei und damit Prüfungspflichten des Portalbetreibers auslöse. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich letztlich um eine Mutmaßung des klagenden Arztes handelte, die dieser nicht weiter unterlegt habe. Denn angesichts der Tatsache, dass die Bewertung keinerlei tatsächliche, die konkrete Behandlung beschreibende Angaben enthielt, sei der Kläger zu konkreteren Darlegungen gegenüber dem Portalbetreiber nicht in der Lage.³⁸⁾

Nach dieser Entscheidung machten Bewertungsportale, insbesondere das größte Ärztebewertungsportal www.jameda.de, es sich recht einfach, indem sie durch ihr „Qualitätsmanagement“ dilatorisch unter Verwendung von Standardbausteinen darauf hinwiesen, dass eine Prüfpflicht erst entstehe, wenn der Betroffene auf konkrete Rechtsverletzungen hingewiesen habe (unwahre Tatsachenbehauptungen, Schmähkritik etc.). Allein das Bestreiten eines Geschäfts- oder Kundenkontaktes durch den Betroffenen hielten die Portale unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung vom 01.03.2016 nur in den Fällen für ausreichend, in denen die Kritik substanzlos war und sich in der Vergabe von Notens/Sternen o. ä. beschränkte. Warum sich ein Betroffener allerdings mit einer ausführlichen Kritik substantiiert auseinandersetzen sollte, wenn er doch grundlegend den Geschäftskontakt bestreitet, wurde nicht erläutert. Offenbar war den Portalbetreibern nicht hinreichend klar, dass bei nicht bestehendem Geschäftskontakt jedwede Äußerung zu unterbleiben hat, ob als Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr, ob als Meinungsäußerung zulässig oder unzulässig. D. h. in diesen Fällen gibt es seitens des Betroffenen überhaupt nichts darzulegen bzw. sich mit der Kritik auseinanderzusetzen.

Bei richtiger Interpretation hatte der BGH mit seiner Entscheidung vom 01.03.2016 indes eine initiale Prüfungspflicht des Betroffenen, zu ermitteln, um wen es sich bei dem anonymen Kritiker handeln könnte, nicht aufgestellt. Schon gar nicht musste der Betroffene begründen, warum und auf welchem Weg er zu der Ansicht gekommen war, dass der notwendige Geschäftskontakt nicht vorgelegen habe. Schließlich war es nicht die Aufgabe der Gerichte, die Plausibilität des Bestreitens des Vorliegens eines Geschäftskontakts durch den (Verfügungs-)Kläger in Frage zu stellen oder gar detektivisch zu überprüfen. Vielmehr blieb allein der Portalbetreiber in der initialen Prüfungspflicht, der mit Zugang einer Beanstandung durch den Betroffenen unverzüglich das „notice-and-action“-Verfahren beginnen musste. Das galt für jeden Fall eines einfachen Bestreitens des Geschäftskontakts, auch wenn das Bestreiten dieses Kontakts eine einfache Mutmaßung war.³⁹⁾

Auch wenn es der BGH im Gegensatz zur Vorinstanz⁴⁰⁾ nicht angesprochen hatte, ist zu beachten, dass gerade bei Hotelbewertungsportalen ein erheblicher Anteil an „Fake“-Bewertungen festzustellen ist. Marktteilnehmer schätzen den Anteil auf ca. 25%.⁴¹⁾

32) BGH, 09.08.2022 – VI ZR 358/13, WRP 2022, 1275, Rn. 37 – Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals.

33) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483 ff. – Yelp; 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.

34) OLG Köln, 27.08.2020 – I-15 U 309/19, juris, GRUR-RS 2020, 46566 Rn. 6.

35) Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 284 Rn. 24.

36) Nöber, in: Anders/Gehle, Zivilprozessordnung, 80. Aufl. 2022, Anh. § 286 Rn. 111 – Negativbeweis.

37) OLG Dresden, 06.03.2018 – 4 U 1403/17, WRP 2018, 589, Rn. 11 und OLG Brandenburg, 05.02.2020 – 1 U 80/19, ZUM-RD 2021, 332.

38) BGH, 01.03.2016 – VI ZR 34/15, WRP 2016, 731, Rn. 26 – jameda.de II.

39) So auch Höch, BB 2016, 1475, 1478 und Breun-Goerke, WRP 2017, 383, 384.

40) OLG Köln, 27.08.2020 – I-15 U 309/19, juris und GRUR-RS 2020, 46566, Rn. 32.

41) Ahrens/Richter, WRP 2011, 814, 815.

Auch der Präsident des Bundeskartellamtes *Andreas Mundt* sprach bei der Präsentation der Sektoruntersuchung zu Nutzerbewertungen im Internet am 06.10.2020 von einem weit verbreiteten Phänomen.⁴²⁾ Gefälscht sind Bewertungen, wenn sie nicht von Kunden stammen, die die bewertete Leistung in Anspruch genommen haben, sondern vom Anbieter selbst geschrieben oder von darauf spezialisierten Unternehmen gekauft wurden, um das eigene Produkt zu unterstützen (positive Kritik). „Fake“-Bewertungen gehen aber auch in die umgekehrte Richtung, d. h. Wettbewerber oder damit beauftragte Unternehmen verfassen über Produkte des Konkurrenten eine negative Kritik, um auf diesem Weg Marktanteile hinzugewinnen zu können.⁴³⁾ Auch unter diesem Aspekt der von Bewertungsportalen ausgehenden Missbrauchsgefahren muss es für den Bewerteten zulässig sein, einen Geschäftskontakt einfach zu bestreiten, um damit das Prüfverfahren auszulösen.

- 31 Richtig ist, dass viele Kritiker sich nicht mehr melden,⁴⁴⁾ so dass der Portalbetreiber gehalten ist, die in Rede stehende Kritik umgehend zu löschen. Das ist allerdings kein Argument für die Nichtauslösung der Prüfpflicht des Portalbetreibers. Ein Kritiker kann viele Gründe dafür haben, sich nicht mehr zu melden. Handelt es sich um eine „Fake“-Bewertung, ist der Grund für sein Schweigen offensichtlich. Handelt es sich um eine Bewertung aufgrund eines tatsächlichen Geschäftskontakts, kann der Grund für ein Schweigen darin liegen, dass der Kritiker die Sache mittlerweile anders oder zumindest milder sieht als unmittelbar nach der Inanspruchnahme der bewerteten Leistung. Das wäre zumindest menschlich. Häufig werden allerdings die Fälle sein, in denen der Kritiker zu einer Stellungnahme und aktiven Mitarbeit zur Aufrechterhaltung seiner Kritik schlicht nicht gewillt ist. Das ist dann hinzunehmen („Chilling effect“). Der Portalbetreiber selbst erleidet durch das Löschen einer Kritik keine Nachteile. Der mit einer

Löschung verbundene Verwaltungsaufwand ist gering und im Kern bereits mit dem Beginn des „notice-and-action“-Verfahrens ausgelöst.

Offen bleibt allein die Frage, warum die Klage nicht auch auf das UWG, insbesondere auf Herabsetzung gemäß § 4 Nr. 1 UWG (bei Werturteilen) bzw. Anschwärzung gemäß § 4 Nr. 2 UWG (bei unwahren Tatsachenbehauptungen), gestützt wurde. Tatsächlich lag auch im vorliegenden Fall eine vergleichbare Konstellation vor, wie sie dem I. Zivilsenat des BGH in seiner Hotelbewertungsportal-Entscheidung⁴⁵⁾ zugrunde lag, d. h. auch hier konnte zwischen der Klägerin als Ferienparkbetreiber und der Beklagten als Reisebuchungsportal mit Bewertungsfunktion ein Mitbewerberverhältnis gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG bejaht werden. Dass die Gerichte das UWG nicht angewendet haben, ist § 308 Abs. 1 ZPO als Ausdruck der Dispositionsmaxime geschuldet, wonach der vom Kläger vorzugebende Streitgegenstand eines Verfahrens die Entscheidungsbefugnis des Gerichts beschränkt. Ansprüche aus dem UWG stellen aber im Verhältnis zu äußerungsdeliktrechtlichen Ansprüchen einen anderen Streitgegenstand dar.⁴⁶⁾

42) https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2020/06_10_2020_SU_Nutzerbewertungen.html.

43) Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, Bericht vom April 2019, S. 111, aufrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Vergleichsportale_Bericht.html.

44) Das Bundeskartellamt berichtet von der Angabe eines Portals, dass in 60 % aller Fälle die Bewertung deshalb gelöscht werde, weil der Kritiker innerhalb der vom Portalbetreiber vorgegebenen Frist nicht reagiere, s. Sektoruntersuchung Nutzerbewertungen, Bericht vom Oktober 2020, S. 31/32, aufrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Vergleichsportale_Bericht.html.

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

46) BGH, 26.01.2017 – I ZR 217/15, WRP 2017, 1085 Rn. 13 – Wettbewerbsbezug und Köhler/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 40. Aufl. 2022, § 12 Rn. 1.231.

RA Dr. Markus Hecht, Frankfurt a. M.*

Werbung durch „Leaks“ – Rechtliche Bewertung von getarntem Marketing

INHALT

- I. Werbung durch Leaks als Form des viralen Marketings
- II. Werbung durch Leaks als getarnte Werbung
- III. Rechtliche Bewertung von Werbung durch „Leaks“
 1. Verhältnis zwischen UWG und Spezialregelungen (§ 1 Abs. 2 UWG)
 2. Werbung durch Leaks im Rahmen vom Rundfunk und Telemedien (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG, § 8 Abs. 3 S. 1 MStV, § 22 Abs. 1 S. 1 MStV)
 3. Werbung durch Leaks außerhalb von Rundfunk und Telemedien (§§ 3, 5a Abs. 4 UWG)
 - a) Leaks als geschäftliche Handlung
 - b) Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks
 - c) Geschäftliche Relevanz
 4. Ergebnis: Werbung durch Leaks ist unlauter
- IV. Fazit

Leaks, also nicht autorisierte Veröffentlichungen von Informationen bzw. Inhalten¹⁾, stellen für viele Unternehmen ein großes Ärgernis dar, da hierdurch in unbeabsichtigter und unautorisierter Art und Weise Informationen zu Produkten an die Öffentlichkeit gelangen. Leaks ziehen jedoch stets auch großes Interesse auf sich, da die jeweilige Veröffentlichung mit dem Mantel des Geheimen und Verbotenen umgeben ist und so die Neugier einer breiten Öffentlichkeit weckt. Ein angeblicher Leak lässt sich daher auch hervorragend als Mittel viralen und zielgruppenspezifischen Marketings einsetzen. Dies wirft, gerade unter dem Blickwinkel des Lauterkeitsrechts, die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Werbung durch Leaks auf.

I. Werbung durch Leaks als Form des viralen Marketings

Während sich Marketing früher vornehmlich auf klassische Werbeformen wie Radio- und Fernsehwerbung sowie Zeitungsannoncen beschränkte, ist das moderne Marketing wesentlich vielsei-

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1586.

1) <https://de.wikipedia.org/wiki/Leak>; vgl. auch <https://www.duden.de/rechtschreibung/Leak>.