

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. Reiner Münker

Corona-Krise – Werbung und Wettbewerbsrecht in Ausnahmeszeiten

675 Prof. Dr. Rolf Sack

Die Klagebefugnis des „unmittelbar Verletzten“ im UWG

682 Prof. Dr. Inge Scherer

Marken- und lauterkeitsrechtliche Herausforderungen beim Rabattcoupon-Marketing

688 Prof. Dr. Tim W. Dornis, J.S.M.

Das standardessentielle Patent und die FRAND-Lizenz (Teil 2)

696 Dr. Ulrich Franz

Zum Bewertungsportal Yelp

700 Sebastian Carl Schmidt

Das neue europäische Medizinproduktrecht und das deutsche Lauterkeitsrecht

707 Coty Germany/Amazon Services Europe u. a.

EuGH, Urteil vom 02.04.2020 – C-567/18

715 Stim und SAMI /Fleetmanager Sweden u. a.

EuGH, Urteil vom 02.04.2020 – C-753/18

722 Gewinnspielwerbung

BGH, Beschluss vom 20.02.2020 – I ZR 214/18

726 SEPA-Lastschrift

BGH, Urteil vom 06.02.2020 – I ZR 93/18

730 Club Hotel Robinson

BGH, Urteil vom 07.11.2019 – I ZR 222/17

736 NetCologne II

BGH, Urteil vom 03.12.2019 – KZR 29/17

740 Heilung von Zustellmängeln

BGH, Beschluss vom 12.03.2020 – I ZB 64/19

745 Rückrufsystem II

BGH, Urteil vom 19.12.2019 – I ZR 163/16

747 Kommentar von Martin Rätze

771 Anwendung des § 15a RVG bei wettbewerbsrechtlicher Abmahnung nach (Teil-)Klagerücknahme hinsichtlich Abmahnkosten

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.03.2020 – 6 W 26/20

772 Kommentar von Dirk Wüstenberg

792 „Corona-Infektion: Wie wir uns mit Vitalpilzen schützen können!“

LG Gießen, Beschluss vom 06.04.2020 – 8 O 16/20

wertiger oder in größerem Umfang essentiell und bestandskräftig als die Masse der SEPs anderer Inhaber. Aus Gründen der Prozessökonomie muss dann auf ein teils als *proud list*-Verfahren bezeichnetes *Procedere* zurückgegriffen werden, in dem der Rechteinhaber eine Liste seiner Rechte vorzulegen hat.¹⁰⁴⁾ Um Manipulationen zu vermeiden, darf sich die Liste allerdings nicht auf „repräsentative“ SEPs beschränken. Es ist vielmehr eine *vollständige* Auflistung aller im Standard enthaltenen SEPs des Klägers vorzulegen.¹⁰⁵⁾ Hieraus bestimmt das Gericht nach Zufallsprinzip eine überschaubare Gruppe der zu prüfenden SEPs. Gleiches erfolgt für eine Vergleichsliste mit *allen* im Standard enthaltenen SEPs. Diese bildet dann den Divisor für die anteilige Wertberechnung der Kläger-SEPs im Zähler.¹⁰⁶⁾

VI. Résumé und Ausblick

46 Der EuGH hat mit dem Huawei/ZTE-*Procedere* eine verhandlungsökonomisch effiziente Rahmenordnung für „geleitete“ Parteiverhandlungen geschaffen. Erzielen die Parteien allerdings keine Einigung, müssen die Gerichte entscheiden. Eine tatsächliche richterliche FRAND-Kontrolle ist unverzichtbar für die Reduktion opportunistischer Verhandlungsstrategien der Parteien. Zentrales Problem ist die konkrete Bestimmung von FRAND-Konditionen. Die richterliche Entscheidung verlangt eine strenge Ausrichtung am innovationsökonomischen Modell und damit am tatsächlichen Wert der SEPs im Zeitraum vor der Standardbindung, dem sogenannten *ex ante*-Wettbewerbswert. Die geltende Praxis kann insoweit durch Regeln zu Transparenz und Präzision sowie zur Sammlung und Zurverfügungstellung von Daten und Informationen erheblich verbessert werden. Die Lösung ist dabei aber nicht nur im Gerichtsverfahren zu suchen, sondern auch und vor allem im Zuständigkeitsbereich der SSOs. Zunächst sollte darüber nachgedacht werden, ob die Verfahrensabläufe der Standardisierung um Transparenzmechanismen ergänzt werden können, z. B. der Pflicht zur Begründung der Essentialität eingebrachter Rechte.¹⁰⁷⁾ Darüber hinaus ist eine Verpflichtung der Standardbeteiligten zu erwägen, Konditionen ihrer bereits ge-

schlossenen Lizenzvereinbarungen, jedenfalls aber ihre *ex ante*-Wertvorstellungen zu den in den Standard eingebrachten Patenten, offen zu legen.¹⁰⁸⁾ Trotz der kartellrechtlichen Problematik bei institutionalisiert festgestellten Lizenzkonditionen,¹⁰⁹⁾ wäre es angezeigt, dass SSOs bereits im Vorfeld der Standardimplementierung Richtlinien zu Berechnungsfaktoren, z. B. Alternativen zu SEPs oder Lizenzentgeltmargen, archivieren und veröffentlichen.¹¹⁰⁾ Schließlich sind SSOs aufgrund ihrer Expertise besonders geeignet, Strukturen zur Streitschlichtung und damit zur Ergänzung des Huawei/ZTE-*Procedere* anzubieten. Eine derartige Einbindung von SSOs würde vor allem dem Desideratum einer möglichst *international* einheitlichen und anerkannten Methode der FRAND-Bestimmung entgegenkommen.¹¹¹⁾

Anm. der Redaktion:

Der Beitrag ist eine Fortsetzung von WRP 2020, 540 ff. Teil 1 findet sich dort.

104) Vgl. z. B. Kurtz/Straub, GRUR 2018, 136, 144.

105) Streng genommen handelt es sich dann nicht um eine *proud list* im eigentlichen Sinne. Diese enthält nämlich lediglich eine Auswahl der „hochwertigen“ Patente des Klägers. Vgl. Sidak, J. Comp. L. & Econ. 9 (2013), 931, 945.

106) Vgl. TCL Commc'n Tech. Holdings, Ltd. v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson, 2017 WL 6611635, at *22-23 (C. D. Cal. Dec. 21, 2017).

107) Vgl. hierzu vor allem EU-Kommission, Mitteilung über den Umgang der EU mit standardessentiellen Patenten, COM(2017) 712 final, S. 4 ff.

108) Lemley, 90 Cal. L. Rev. 1889, 1965 (2002).

109) Vgl. hierzu etwa Swanson/Baumol, Antitrust L. J. 73 (2005), 1, 13-14; Layne-Farrar/Padilla/Schmalensee, Antitrust L. J. 74 (2007), 671, 679. Zudem ist zu beachten, dass SSOs zwar häufig sowohl Patentinhaber als auch Nutzer repräsentieren, in jeder Gruppe aber jeweils die starken Akteure. Es ist darum zu befürchten, dass Außen-seiter und *later-comer* – vor allem aber die Verbraucher – dadurch benachteiligt werden, dass Rahmendaten ausschließlich von etablierten Akteuren gesetzt werden. Vgl. auch Farrell/Hayes/Shapiro/Sullivan, Antitrust L. J. 74 (2007), 603, 645-647.

110) So z. B. auch Heinemann, GRUR 2015, 855, 859; zudem z. B. Tapia, Industrial Property Rights, Technical Standards and Licensing Practices (FRAND) in the Telecommunications Industry, 2010, S. 169-185.

111) Vgl. nur Unwired Planet International Ltd v Huawei Technologies Co Ltd, [2018] R. P. C. 20 para. 206 („We recognise that, in the development of this important area, it is desirable that an internationally accepted approach should ultimately emerge.“).

RA Dr. Ulrich Franz, Berlin*

Zum Bewertungsportal Yelp

Zugleich Besprechung von BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496 / 18 – Yelp**

INHALT

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

I. Ausgangslage

Bewertungsportale halten seit mehr als einer Dekade die Rechtsprechung in Atem. Mittlerweile 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. Bereits im Jahre 2009 hatte der BGH die grundsätzliche Zulässigkeit des Betriebs eines (Lehrer-) Bewertungsportals festgestellt.¹⁾ In der Rechtspraxis spielt das Vorgehen des Bewerteten gegen negative Bewertungen die Hauptrolle. Die Inanspruchnahme des Kritikers scheidet regelmäßig an dessen Anonymität. Der BGH schützt die anonyme

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 802.

** Abgedruckt in WRP 2020, 483 ff. – Yelp.

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

Meinung ohne jede Einschränkung.²⁾ Auch kann der Betroffene den Portalbetreiber nicht auf Auskunft in Anspruch nehmen, weil dieser mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung die Bestandsdaten des Kritikers nicht herausgeben darf.³⁾ Die Folge ist, dass der Betroffene in der Regel den Portalbetreiber verklagt, der dann nolens volens eine Art Stellvertreterprozess führen muss. Eine Klage gegen den Portalbetreiber ist erfolgreich, wenn dieser im Rahmen des von der Rechtsprechung entwickelten „Notice-and-Action“-Verfahrens seine Prüfpflichten verletzt⁴⁾ oder sich fremde Kritik – z. B. durch eigenmächtige Änderungen – zu eigen gemacht hat.⁵⁾ Dabei kommen Ansprüche immer nur im Hinblick auf konkrete Äußerungen in Betracht, d. h. bei unwahren Tatsachenbehauptungen (§ 824 Abs. 1 BGB) oder unzulässigen Meinungsäußerungen (§ 823 Abs. 1 BGB). Hat der Kritiker die Leistung überhaupt nicht in Anspruch genommen, ist jede Meinungsäußerung als fingierte Bewertung unzulässig.⁶⁾ Ein Anspruch auf vollständige Löschung sämtlicher Bewertungen besteht nur ausnahmsweise, wenn der Portalbetreiber seine Rolle als neutraler Informationsmittler verlässt, indem er interessierten Ärzten gegen Entgelt sog. „Premium-Pakete“ anbietet, mit denen bei Aufruf des Arztprofils sämtliche im räumlichen Umfeld konkurrierenden Ärzte gleicher Fachrichtung mit besserer Bewertung als Anzeige präsentiert werden, wohingegen diese Werbung bei Aufruf der zahlenden Ärzte unterdrückt wird.⁷⁾

II. Sachverhalt

- 2 Gegenstand der jüngsten Entscheidung des BGH war die Bewertungsauswahl und -darstellung des in Irland ansässigen Bewertungsportals www.yelp.de, das von der Inhaberin mehrerer Fitnessstudios auf Unterlassung, Erstattung der Abmahnkosten und Schadensersatzfeststellung in Anspruch genommen wurde.⁸⁾ Das Portal, nach dem Vortrag der Klägerin in der Vorinstanz das europaweit besuchtsstärkste Bewertungsportal für lokale Geschäfte,⁹⁾ bietet angemeldeten Nutzern die Möglichkeit, Unternehmen in Beiträgen durch die Vergabe von einem bis zu fünf Sternen und einen Text zu bewerten. Yelp zeigt für alle bewerteten Unternehmen eine Durchschnittsnote der Bewertungen an, die allerdings nur aus sog. „empfohlenen Bewertungen“ als Mittelwert gebildet wird. Ein weiteres, weniger prominent platziertes Menü zeigt dem Nutzer nach Aufruf alle anderen, d. h. „(momentan) nicht empfohlenen“ Bewertungen an. Dort erfolgt auch der „Hinweis: Die Beiträge unten werden nicht in der gesamten Sternchen-Bewertung für das Geschäft berücksichtigt.“ Die Entscheidung darüber, ob eine Bewertung als „empfohlen“ oder „(momentan) nicht empfohlen“ eingeordnet wird, übernimmt ein Algorithmus. Yelp geht es mit dieser Vorgehensweise vornehmlich darum, nur authentische Beiträge von tatsächlichen Nutzern des bewerteten Unternehmens in die Gesamtbewertung

einfließen zu lassen und Gefälligkeitsbewertungen und nachweislich gefälschte Bewertungen auszuschließen. Im Hinblick auf die exakte Arbeitsweise der Software, die Kriterien und deren Wertung zueinander berief sich Yelp in der Vorinstanz auf das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses.¹⁰⁾ Im Falle der Klägerin wurden mehr als 90% der abgegebenen Bewertungen als „(momentan) nicht empfohlen“ ausgesondert. Weil bei diesen Bewertungen überwiegend vier oder fünf Sterne vergeben worden waren, hatte das zur Folge, dass die ausgewiesenen Gesamtbewertungen von 2,5 bzw. 3 Sternen zum Nachteil der Klägerin erheblich vom rechnerischen Durchschnitt aller Einzelbewertungen abwichen.¹¹⁾

III. Entscheidungen der Vorinstanzen

3 Hatte das LG München I die Klage als unbegründet abgewiesen, sah das OLG München in der Anzeige der Gesamtbewertung ohne Einbeziehung der Bewertungen „(momentan) nicht empfohlen“ einen rechtswidrigen Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht und in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin. Die Veröffentlichung der Gesamtbewertung stelle eine eigene Meinungsäußerung des Portalbetreibers dar, für die er als unmittelbarer Störer hafte.¹²⁾ Denn er wähle mithilfe eines von ihm eingesetzten, als Geschäftsgeheimnis nicht offengelegten Algorithmus unter allen abgegebenen Bewertungen diejenigen aus, die er für vertrauenswürdig und nützlich halte, und errechne nur aus diesen „empfohlenen Bewertungen“ den Durchschnitt. Der überwiegende Teil der Nutzer, der sich über die Bewertung der Fitnessstudios informieren will, werde den Link auf die „(momentan) nicht empfohlenen“ Bewertungen nicht aktivieren. Ein Bewertungsportal werde in erster Linie genutzt, um sich einen raschen Überblick über das Angebot auf dem jeweils interessierenden Geschäftszweig in einer bestimmten Gegend und insbesondere eine Vergleichsmöglichkeit zwischen den einzelnen Wettbewerbern zu verschaffen. Dagegen bestehe kein vertieftes Interesse an den Äußerungen anderer Nutzer, zumal die pauschale „Sternbewertung“ ohnehin zu einer oberflächlichen Betrachtung einlade.¹³⁾

4 Ausführlich begründete die Vorinstanz die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung der auf unzutreffender Tatsachengrundlage beruhenden Gesamtbewertungen. Auch wenn die in das Portal eingestellten Bewertungen typischerweise nicht von Fachleuten herrührten und subjektiv geprägt seien, stehe dies der grundsätzlichen Eignung als Informationsquelle nicht entgegen.¹⁴⁾ Angesichts der subjektiv geprägten Bewertungen Dritter setze eine ausreichende Informationsgrundlage einen möglichst vollständigen Überblick über alle abgegebenen Bewertungen voraus.¹⁵⁾ Hieran fehle es im vorliegenden Fall infolge der Aussonderung von jeweils mehr als 95% der abgegebenen Bewertungen, ohne dass dies für die Nutzer ohne Weiteres erkennbar sei und ohne dass die maßgeblichen Gewichtungskriterien vollständig offengelegt würden. Dadurch entstehe kein hilfreiches, sondern ein verzerrtes Gesamtbild. Die Gesamtbewertung stehe letztlich zum Wesen eines Bewertungsportals im Widerspruch; sie spiegele nicht das Gesamtbild der abgegebenen Bewertungen wider und sei deshalb nicht repräsentativ.¹⁶⁾

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. Eine Ausnahme besteht gemäß § 14 Abs. 3 TMG nur im Anwendungsbereich des NetzDG. Kritik in Bewertungsportalen erreicht indes regelmäßig nicht die Eingangsschwelle des NetzDG.

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

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

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

7) BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, 691, Rn. 16 ff. – jameda.de III. Siehe zu dieser Fallgestaltung auch OLG Köln, 14.11.2019 – 15 U 89/19, AfP 2020, 59 mit Anm. Franz. Die Revisionsverfahren sind mittlerweile beim BGH unter VI ZR 488/19 und VI ZR 489/19 anhängig.

8) Genauer waren es drei Entscheidungen vom 14.01.2020: VI ZR 495/18, VI ZR 496/18 und VI ZR 497/18. Hintergrund ist, dass dieselbe Klägerin in der Rechtsform einer GmbH mehrere Fitnessstudios im Münchener Umland betrieb und aus diesem Grund mehrere Klagen erhob.

9) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 19, insoweit in AfP 2019, 61 (mit Anm. Franz) nicht mitabgedruckt. Diese Entscheidung war die vorinstanzliche Entscheidung zu BGH, 14.01.2020 – VI ZR 495/18.

10) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 7, insoweit in AfP 2019, 61 nicht mit abgedruckt. Der BGH hielt diesen Umstand im Tatbestand nicht einmal für erwähnenswert(!).

11) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 100 und AfP 2019, 61, 65.

12) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 57 und AfP 2019, 61, 62.

13) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 85 und AfP 2019, 61, 64/65.

14) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 97 und AfP 2019, 61, 65.

15) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 98 und AfP 2019, 61, 65.

16) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 99 und AfP 2019, 61, 65.

5 Einen nachvollziehbaren Grund dafür, die klägerischen Studios schlechter zu bewerten, als es dem rechnerischen Durchschnitt der abgegebenen Bewertungen entspreche, habe der Portalbetreiber nicht dargelegt.¹⁷⁾ Zwar habe er in erster Instanz einige der Kriterien genannt, nach denen er eine Bewertung als gefälscht oder beeinflusst ausscheide, die auch einleuchteten (Bewertung von der IP-Adresse des Bewerteten selbst, Bewertungen mehrerer Nutzer von derselben IP-Adresse). Andere Kriterien (keine Vernetzung der Nutzer, singuläre Bewertung eines Nutzers) erschienen dagegen nicht nachvollziehbar. Insbesondere erschließe sich nicht, warum gegenüber Einzelbewertungen ein gesteigertes Misstrauen angebracht sei. Konkrete Anhaltspunkte für gefälschte oder beeinflusste Bewertungen habe der Portalbetreiber nicht angegeben.¹⁸⁾ Die auf diesem Wege durch den Algorithmus generierten Gesamtbewertungen des Fitnessstudios mit nur 2,5 bzw. 3 Sternen würden die Klägerin besonders beeinträchtigen, weil Nutzer von Bewertungsplattformen dazu neigten, bereits nach einem flüchtigen Überblick über die Gesamtbewertungen nur auf Grund der angezeigten Sterne Angebote mit unterdurchschnittlicher Bewertung von vornherein auszuschneiden und sich nur mit besser bewerteten Angeboten näher zu befassen. Die Klägerin erleide hierdurch einen schwerwiegenden Wettbewerbsnachteil.¹⁹⁾

IV. Entscheidung des BGH

6 Der BGH hob die Entscheidung des OLG München auf und stellte das klageabweisende Urteil des Landgerichts unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin wieder her.²⁰⁾

7 Der BGH bejaht zunächst die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte auf der Grundlage des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung und des Schadenseintritts i. S. v. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO.²¹⁾ Auch sei das deutsche Recht anwendbar, wobei offenbleiben könne, ob dies aus der Kollisionsregel des Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB (Erfolgsort) oder des Art. 4 Abs. 1 Rom II-Verordnung (ebenfalls Erfolgsort) folge.²²⁾

8 Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche könnten nicht auf § 824 Abs. 1 BGB gestützt werden, weil die Beklagte durch die Bewertungsdarstellung nicht der Wahrheit zuwider eine Tatsache behaupte oder verbreite, sondern ausschließlich ein Werturteil äußere. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts äußere die Beklagte nicht, dass es sich bei dem angezeigten Bewertungsdurchschnitt um das Ergebnis der Auswertung aller für das Fitnessstudio abgegebenen Beiträge handele und dass der danebenstehende Text deren Anzahl wiedergebe. Der unvoreingenommene und verständige Nutzer des Bewertungsportals entnehme dem neben dem Bewertungsdurchschnitt von drei Sternen stehenden Text „1 Beitrag“ zunächst, wie viele Beiträge die Grundlage für die Durchschnittsberechnung bildeten. Aus dem in unmittelbarer Nähe dazu unter den Daten des Fitnessstudios stehenden sowie aufgrund des Schriftbildes deutlich erkennbaren Text „Empfohlener Beitrag für Fitnessstudio (...)“ und „1 Beitrag auf Deutsch“ sowie der zahlenmäßigen Übereinstimmung schließe der Nutzer, dass Grundlage für die Durchschnittsberechnung ausschließlich der „empfohlene“ Beitrag sei und dass sich die Angabe der Anzahl nur darauf beschränke. Die Bewertungsdarstellung enthalte auch im Übrigen keine Anhalts-

punkte, die eine Basis für die Annahme bilden könnten, dass darüber hinaus („alle abgegebenen“) Beurteilungen berücksichtigt worden seien.²³⁾

Der Klägerin stehe auch kein auf § 823 Abs. 1 BGB gestützter Anspruch wegen Verletzung ihres Unternehmenspersönlichkeitsrechts oder ihres Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu. Die Klägerin beanstande weder, dass das von ihr betriebene Fitnessstudio in das Bewertungsportal aufgenommen wurde, noch einzelne Beiträge, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, sondern allein den Umstand, dass die Beurteilung der Beiträge als „empfohlen“ und „nicht empfohlen“ sowie die darauf beruhende Anzeige des Bewertungsdurchschnitts dazu führe, dass die bewerteten Leistungen schlecht angesehen würden. Es sei nach Ansicht der Klägerin nicht nachvollziehbar, wie die Beklagte zwischen „empfohlenen“ und „nicht empfohlenen“ Beiträgen differenziere.²⁴⁾

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts mache der Portalbetreiber mit der Einordnung der veröffentlichten Beiträgen als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“, die die Grundlage für die Berechnung der Bewertungsdurchschnitte bilde, keine eigenständige Aussage über die Qualität des Fitnessstudios, sondern bringe nur eine Beurteilung dieser Beiträge zum Ausdruck. Eine eigene Bewertung des Fitnessstudios durch die Beklagte läge nur bei einem Zu-Eigen-Machen der Einzelbewertungen der Beiträge vor.²⁵⁾ Von einem Zu-Eigen-Machen sei auszugehen, wenn der Portalbetreiber nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf seiner Internetseite veröffentlichten Inhalte übernehme. Die vor der Veröffentlichung erfolgende automatische Überprüfung abgegebener Nutzerbewertungen auf „Unregelmäßigkeiten“ und die Ermittlung eines Durchschnittswertes aus abgegebenen Einzelbewertungen reichten für die Annahme eines Zu-Eigen-Machens nicht aus.²⁶⁾ Auch erwecke die Beklagte durch Inhalt und Gestaltung ihrer Bewertungsdarstellung nicht den Eindruck, sie identifiziere sich mit der Einzelbewertung des „empfohlenen“ Beitrags, weil die Einordnung eines Beitrags als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“ allein davon abhängt, wie „hilfreich“ die Beklagte diesen einschätze.²⁷⁾ Somit ergebe sich eine mögliche Beeinträchtigung der Rechte der Klägerin lediglich als Reflexwirkung aus der Beurteilung der Beiträge als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“, da die Beklagte auf dieser Grundlage den Bewertungsdurchschnitt ermittle. Die Anzeige des Bewertungsdurchschnitts sei zunächst geeignet gewesen, sich auf das unternehmerische Ansehen der Klägerin auszuwirken und konnte dazu führen, dass potentielle Kunden deshalb die Leistungen des Fitnessstudios nicht nachfragten.²⁸⁾

Die Bewertungsdarstellung der Beklagten sei jedoch nicht rechtswidrig gewesen; die Interessen der Klägerin würden die schutzwürdigen Belange der Beklagten nicht überwiegen. Der Betrieb eines Bewertungsportals erfülle eine von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion; er werde vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst.²⁹⁾ Das gelte auch für eine Kontrolle und Bewertung von Nutzerbeiträgen durch den Betreiber eines Bewertungsportals zu dem Zweck, dessen Funktionsfähigkeit zu schützen und zu unterstützen. Zunächst bestünden generell die Gefahren unwahrer, beleidigender oder sonst unzulässiger Aussagen und des Missbrauchs des Bewertungsportals durch das Einstellen von Mehrfachbewertungen durch ein und dieselbe Person sowie von Bewertungen ohne rea-

17) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 101 und AfP 2019, 61, 65.

18) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 102 und AfP 2019, 61, 65.

19) OLG München, 13.11.2018 – 18 U 1280/16 Pre, juris, Rn. 107 und AfP 2019, 61, 66.

20) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 8 – Yelp.

21) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 9 ff. – Yelp.

22) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 17 ff. – Yelp.

23) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 31 – Yelp.

24) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 36 – Yelp.

25) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 38 – Yelp.

26) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 39 – Yelp.

27) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 40 – Yelp.

28) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 41 – Yelp.

29) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 46 – Yelp.

len Erfahrungshintergrund. Darüber hinaus könnten bei einem Bewertungsportal individuelle Benutzungsregeln mit weitergehenden Bewertungsanforderungen existieren, deren Einhaltung von den Nutzern erwartet werde. Schließlich könne ein Bewertungsportal zur Meinungsbildung der sich informierenden Nutzer dadurch beitragen, dass es Nutzerbeiträge selbst beurteile.³⁰⁾

- 12 Zudem sei die Einordnung eines Beitrags als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“ auf der Bewertungsplattform von der Meinungsfreiheit des Portalbetreibers gedeckt. Unerheblich sei, dass die Beklagte für die Einordnung eine „automatisierte Software“ benutze, da diese lediglich vorgegebene Bewertungskriterien umsetze.³¹⁾ Dem Schutz als Meinungsäußerung stehe nicht entgegen, dass die Beklagte ihre Bewertungskriterien nicht über die Hinweise auf ihrem Internetportal hinaus erläutere und die Einstufung eines Beitrags als „empfohlen“ oder „nicht empfohlen“ im Einzelfall nicht begründete. Art. 5 Abs. 1 GG gewährleiste jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern, auch wenn er keine nachprüfbaren Gründe für sein Urteil angebe.³²⁾
- 13 Begründungs- oder Informationspflichten der Beklagten würden sich auch nicht daraus ergeben, dass sie Neutralität, objektiv nachvollziehbare Sachkunde und Repräsentativität hinsichtlich der Beurteilungen der Nutzerbeiträge und des daran anknüpfenden Bewertungsdurchschnitts für sich in Anspruch genommen hätte. Soweit in der Literatur solche Pflichten daraus abgeleitet werden, dass an Bewertungsportale insoweit dieselben Anforderungen zu stellen seien wie an Warentests, ergebe sich im Unterschied zu solchen Fallgestaltungen aus der Darstellung der Beklagten, dass sie (gerade) keine Neutralität, objektiv nachvollziehbare Sachkunde und Repräsentativität für sich in Anspruch genommen, sondern die subjektiven Einschätzungen der Nutzerbeiträge wiederum selbst subjektiv („empfohlen“/„nicht empfohlen“, „hilfreichsten“) beurteilt habe.³³⁾
- 14 Einschränkungen des für eine freiheitliche demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Rechts der freien Meinungsäußerung bedürften grundsätzlich einer Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter. Das sei hier nicht der Fall. Ein Gewerbetreibender müsse Kritik an seinen Leistungen grundsätzlich hinnehmen. Aus der Bewertungsdarstellung der Beklagten ergebe sich keine Diffamierung oder Herabsetzung der Klägerin.³⁴⁾

V. Kritik und Ausblick

- 15 Das Urteil stellt für betroffene Bewertete einen herben Rückschlag dar. Es läuft auf einen Freifahrtschein zugunsten der Bewertungsportale hinaus, dass sie geradezu nach Belieben ihren Algorithmus programmieren und Auswahlentscheidungen treffen können. Eine richterliche Kontrolle müssen sie – geschützt durch die Meinungsäußerungsfreiheit – letztlich nicht befürchten. Dabei ist das Anliegen eines Bewertungsportals, das Missbrauchsrisiko durch gefälschte, gekaufte oder sonst beeinflusste Bewertungen zu minimieren und für möglichst korrekte Nutzerbewertungen zu sorgen, ohne Wenn und Aber richtig. Dass dieser Filterungsprozess aber der gerichtlichen Überprüfung schon deshalb entzogen sein soll, weil das Portal in der eigenen Darstellung keine Neutralität, objektiv nachvollziehbare Sachkunde und Repräsentativität in Anspruch nimmt, erschließt sich nicht. Nach Auffassung des Verfassers verkennt der BGH, dass der Portalbetreiber bereits mit der Einrichtung und Durchführung

eines Filterungsprozesses und der Einordnung von Nutzerbewertungen als „empfohlen“ und „nicht empfohlen“ eine neutrale Position zwischen dem Kritiker und dem Betroffenen einnimmt. Bewertungsportale nehmen gegenüber der Öffentlichkeit regelmäßig in Anspruch, aussagekräftige Bewertungsergebnisse wiederzugeben, durch die dem Nutzer eine Orientierung ermöglicht wird.³⁵⁾ So wirbt z. B. Deutschlands größtes Ärztebewertungsportal www.jameda.de 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.³⁶⁾ Wenn aber ein Portal gegenüber der Öffentlichkeit die von der Rechtsprechung zum vergleichenden Warentest aufgestellten Zulässigkeitskriterien der Neutralität, Objektivität und Sachkunde selbst in Anspruch nimmt, dann sollte es auch an deren Einhaltung gemessen werden.³⁷⁾ Das verlangt eine Überprüfungsmöglichkeit im Hinblick auf den Filterungsprozess. Auch der Betroffene hat einen Anspruch auf sachlich korrekte und repräsentative Darstellung und Bewertung seiner unternehmerischen Leistungen und muss sich gegen willkürliche oder zumindest nicht transparent nachvollziehbare Löschungen positiver Bewertungen wehren können.

Der (vom BGH gar nicht einmal vorgebrachte) Verweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse kann einen Verzicht auf eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit nicht rechtfertigen, zumal die Rechtsprechung bei der (zumindest wahrscheinlichen) Verletzung technischer Schutzrechte (Besichtigungsverfahren nach dem Düsseldorfer Modell) und der Gesetzgeber bei der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 16 GeschGehG) entsprechende Verfahren zum Schutz des jeweiligen Beklagten entwickelt haben. Insofern könnte auch die Gefahr, dass den Betroffenen und damit dem Verkehr die Funktionsweise des Algorithmus bekannt wird und Umgehungsmöglichkeiten entwickelt werden, minimiert werden.

17 Im Übrigen war es der I. Zivilsenat des BGH, der in seiner Hotelbewertungsportal-Entscheidung³⁸⁾ das Kriterium der Neutralität als Zulässigkeitskriterium aufgestellt hatte. 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 Zu-Eigen-Machens in Betracht.³⁹⁾ Der VI. Zivilsenat des BGH hat dieses Kriterium 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.⁴⁰⁾ 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 handelt. Hiervon will der BGH in der hier be-

30) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 47 – Yelp.

31) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 49 – Yelp.

32) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 50 – Yelp.

33) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 51 – Yelp.

34) BGH, 14.01.2020 – VI ZR 496/18, WRP 2020, 483, Rn. 52 – Yelp.

35) So schon Peifer/Kamp, ZUM 2009, 185, 188.

36) <https://www.jameda.de/qualitaetsversicherung/>.

37) Franz, Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, 2019, S. 31 und Franz, WRP 2016, 1195, 1200 ff.

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

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

40) BGH, 20.02.2018 – VI ZR 30/17, WRP 2018, 688, Rn. 17 – jameda.de III = GRUR 2018, 636 – Ärztebewertung III m. Anm. Franz.

sprochenen Konstellation nichts wissen – es genügt, dass der Portalbetreiber nach der Darstellung seiner Bewertungen Neutralität nicht in Anspruch nimmt. Dabei drängte sich gerade im vorliegenden Fall auf, dass die Filterungskriterien des Portalbetreibers einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen waren, wenn im Falle der klägerischen Fitnessstudios 90% aller Nutzerbewertungen herausgefiltert wurden, nicht in die Gesamtbewertung einfließen und die Studios hierdurch eine erheblich schlechtere Gesamtbewertung erhielten. Das OLG München hatte überzeugend ausgeführt, dass es nicht unmittelbar einleuchte, warum Yelp Einmalbewertungen ein größeres Misstrauen entgegenbringe (und als „nicht empfehlenswert“ einstufe) als Bewertungen fleißiger Kritiker bei Yelp.

- 18 Auch die Ausführungen zu den Nutzergewohnheiten bei Bewertungsportalen können nicht überzeugen. Der BGH geht offenbar von einem sehr verständigen Onlinenutzer aus, der leicht erkennen könne, wie genau das Bewertungssystem aufgebaut ist, und der auch alles genau lese und wahrnehme. Es ist schon fraglich, ob der Nutzer überhaupt auf den ersten Blick erkennt, dass eine gefilterte Auswahl vorliegt und die Gesamtbewertung ausschließlich auf dem Durchschnitt der „empfohlenen“ Bewertungen beruht. Vor allem berücksichtigt der BGH nicht, dass der Nutzer seine Auswahlentscheidung nach einer einfachen Regel trifft: Wenn es diverse Ärzte, Handwerker oder Gastronomiebetriebe in seiner Stadt mit ausschließlich positiven Bewertungen und herausragenden Gesamtnoten gibt, wird er einen Arzt, Handwerker oder Gastronomiebetrieb mit einer deutlich schlechteren

Gesamtbewertung gar nicht erst in Betracht ziehen. Der Nutzer scrollt in der angezeigten Bewertungsliste nicht weiter nach unten, sondern bleibt regelmäßig bei den besten Bewertungen hängen und trifft seine Auswahl. Allenfalls diese wird er im Detail studieren.⁴¹⁾ Dieses Nutzerverhalten hatte das OLG München zutreffend beschrieben und der BGH verkannt. Massenpsychologisch lässt sich gerade auch bei Bewertungsportalen ein gewisser Herdentrieb nachweisen: Menschen neigen dazu, Anführern und Meinungsmachern zu folgen, so dass sie sich häufig an bereits vorhandenen Bewertungen orientieren.⁴²⁾ Werden die von Nutzern abgegebenen Bewertungen statistisch aufbereitet, gefiltert und aus ihnen eine abschließende Durchschnittsnote gebildet, kommt eine bei vielen Menschen unterschwellig vorhandene Zahlgläubigkeit („trust in numbers“) hinzu: Im Gegensatz zu einer subjektiven Einzelmeinung („Die Bedienung im Restaurant war unfreundlich“) erscheint dem Nutzer eine Zahl oder eine Gesamtnote (bei Yelp: 5 Sterne) immer (irgendwie) objektiv.⁴³⁾ So ist auch bemerkenswert, dass das hier besprochene Urteil des BGH sogar in Teilen der Werbe- und Marketingbranche auf Ablehnung gestoßen ist.⁴⁴⁾

41) Franz, Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, 2019, S. 10.

42) *Boehme-Nefler*, K&R 2016, 637, 642.

43) *Kaiser*, NVwZ 2009, 1474, 1476 und *Boehme-Nefler*, K&R 2016, 637, 642.

44) Siehe die Kolumne „Meinung“ in W&V (Werben & Verkaufen) Nr. 2 (Februar 2020), S. 12: „VERSPIELTE CHANCE“. Danach gefährde das Urteil des BGH eine prosperierende Branche.

RA Sebastian Carl Schmidt, Hamburg*

Das neue europäische Medizinprodukterecht und das deutsche Lauterkeitsrecht

INHALT

I. Einführung

1. System der eingeschränkten Selbstkontrolle im Medizinprodukterecht
2. Skandal, Kritik und Reform
3. Erhalt der Selbstkontrolle bei Verschärfung der Anforderungen
4. Moratorium der MP-VO

II. Lauterkeitsrechtliche Schwerpunkte bei MPG-Verstößen

1. CE-Kennzeichnung
 - a) Erfordernis und Voraussetzungen einer CE-Kennzeichnung
 - b) Lauterkeitsrechtliche Relevanz
 - c) Kennzeichnungsanforderungen als Einfallstor für Abgrenzungsfragen
2. Irreführung
 - a) Regelungsgehalt
 - b) Lauterkeitsrechtliche Relevanz und wettbewerbsrechtliche „Strenge“ bei fachlichen Aussagen
 - c) Medizinproduktespezifische Besonderheiten
3. Gefährliche Produkte

4. Herstellerangabe

5. Art und Weise der CE-Kennzeichnung

- a) Grafische Darstellung
- b) Verbot von irritierenden Zusatzkennzeichen
- c) Weitere Aspekte

III. Fortgelten der entsprechenden Anforderungen

IV. Neue vermarktungsrelevante Anforderungen unter der MP-VO

1. Erweiterte Produktinformationspflichten
2. Mögliche Restriktionen beim Einsatz für die „Telemedizin“
3. Besonderheiten bei der Herstellerkennzeichnung von White-Label-Produkten
4. Erweiterter Anwendungsbereich
5. Neue Anforderungen an Medical Apps

V. Zwischenfazit

VI. Künftige Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts bei Verstößen gegen die MP-VO

1. Marktverhaltensregelungen
2. MP-VO keine abschließende Regelung
 - a) Argumente für einen abschließenden Charakter der MP-VO
 - b) Argumente gegen einen abschließenden Charakter der MP-VO
3. Keine Sperrwirkung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG im B2C-Bereich

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 802.