

Karsten Müller

Lauterkeitsrechtliche Haftung beim Betrieb von Internet-Bewertungsportalen

Eine Untersuchung am Beispiel von Bewertungsportalen für
medizinische Behandlungsleistungen unter Berücksichtigung
des „New Deal for Consumers“



Nomos

**Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden**

Band 129

Karsten Müller

Lauterkeitsrechtliche Haftung beim Betrieb von Internet-Bewertungsportalen

Eine Untersuchung am Beispiel von Bewertungsportalen für
medizinische Behandlungsleistungen unter Berücksichtigung
des „New Deal for Consumers“



Nomos

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Hoeren
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Tobias Gostomzyk
Dekan: Prof. Dr. Matthias Casper
Tag der mündlichen Prüfung: 13.07.2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2021

u.d.T.: Lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Bewertungsportalen – Eine Untersuchung am Beispiel von Bewertungsportalen für medizinische Behandlungsleistungen unter Berücksichtigung des „New Deal for Consumers“

ISBN 978-3-8487-8598-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-1111-1 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D6

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis April 2021 berücksichtigt.

Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter in der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) in Münster. Meinem Doktorvater, Prof. Dr. *Thomas Hoeren*, danke ich für die Betreuung dieser Arbeit sowie die vertrauensvolle Zusammenarbeit an seinem Institut. Für die einzigartige Atmosphäre am ITM möchte ich meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen, von denen viele Freunde geworden sind, danken. Für die Aufnahme in diese Schriftenreihe gilt mein Dank Prof. Dr. *Christi-an Berger* und Prof. Dr. *Horst-Peter Götting*, LL.M.

Einige Unterstützerinnen und Unterstützer seien namentlich genannt. Dr. *Matthias Mörike* und Dr. *Armin Strobel* haben sich in den vergangenen Jahren als tapfere Leidensgenossen beim Promovieren und als in jeder Hinsicht verlässliche Weggefährten erwiesen. *Daniel Ziegenrucker* war ständig bereit, mit mir in ausufernden Gesprächen in die Untiefen des UWG abzutauchen. Hierauf und auf seine hilfreichen Anmerkungen nach Durchsicht wesentlicher Teile des Manuskripts hätte diese Arbeit nicht verzichten können. Das gilt gleichermaßen für die kritischen und klugen Anmerkungen von *Benita Leder*. *Elisabeth Sippel* und *Julian Trippe* haben das Manuskript mit bewundernswerter Geduld geprüft. *Carola Kaiser* hat mich ganz besonders vor Abgabe der Arbeit und mit großem Einsatz bei der Finalisierung der Verlagsfassung unterstützt. Für diese vielfältige Unterstützung danke ich von Herzen.

Meine Eltern, *Birgit* und *Matthias*, haben mich zu einem selbstständigen, kritischen und diskussionsfreudigen Menschen erzogen und so den Grundstein für diese Arbeit gelegt. Dafür und für ihre fortwährende Unterstützung werde ich immer dankbar sein.

Düsseldorf im Sommer 2021

Karsten Müller

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	17
I. Anlass der Untersuchung	18
II. Der Portalbetrieb	21
1. Ausgewählte Bewertungsportale und ihre Funktionen	21
a) Jameda.de	21
b) Sanego.de	25
c) Docinsider.de	27
d) Zusammenfassung	28
2. Bewertungsportale im Wirtschaftsverkehr	29
a) Wirtschaftliche Zusammenhänge beim Portalbetrieb	30
b) Wirtschaftliche Bedeutung des Betriebs von Bewertungsportalen	31
III. Problemaufriss	32
1. Bedeutung von Bewertungen für Verbraucherentscheidungen	32
2. Probleme aus Sicht der Leistungserbringer	34
IV. Zentrale Fragestellung und Thesen	37
V. Gang der Darstellung	38
B. Die Interessen der Beteiligten und ihr grundrechtlicher Schutz	40
I. Grundrechtsregime im Lauterkeitsrecht	40
II. Leistungserbringer	42
1. Selbstständige Ärzte	42
a) Interessenlage	43
b) Schutz nach dem Grundgesetz	43
aa) Berufsfreiheit	43
bb) Eigentumsfreiheit	45
cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	47
c) Schutz nach der EMRK	48
d) Schutz nach der EU-Grundrechtecharta	50
2. Arztpraxen	52
a) Interessenlage	52

Inhaltsverzeichnis

b) Schutz nach dem Grundgesetz	53
aa) Allgemeine Grundrechtsberechtigung	53
bb) Berufsfreiheit	54
cc) Eigentumsfreiheit	54
dd) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	55
c) Schutz nach der EMRK	56
d) Schutz nach der EU-Grundrechtecharta	56
3. Kliniken	57
4. Zwischenergebnis	58
III. Bewertungsverfasser	59
1. Interessenlage	60
2. Schutz nach dem Grundgesetz	60
a) Meinungen und Tatsachen	60
aa) Bewertungen ohne Freitext	62
bb) Tatsachenbehauptungen im Freitext	62
cc) Bewertungen ohne Behandlungskontakt	63
b) Auswirkungen der Anonymität auf den grundrechtlichen Schutz	65
3. Schutz nach der EMRK	67
4. Schutz nach der EU-Grundrechtecharta	69
5. Zwischenergebnis	71
IV. Portalbetreiber	72
1. Interessenlage	72
2. Schutz nach dem Grundgesetz	73
a) Presse- und Rundfunkfreiheit	73
b) Medienfreiheit	75
c) Meinungsfreiheit	78
aa) Kundgabe eigener Meinung	78
bb) Vermittler von Fremdmeinungen	79
d) Berufsfreiheit	82
3. Schutz nach der EMRK	82
4. Schutz nach der EU-Grundrechtecharta	85
5. Zwischenergebnis	86
V. Informationensuchende Portalnutzer	87
1. Interessenlage	87
2. Schutz nach dem Grundgesetz	88
3. Schutz nach der EMRK	90
4. Schutz nach der EU-Grundrechtecharta	91
5. Zwischenergebnis	93

VI. Zusammenfassung	93
C. Einzelne Bewertungen als Anknüpfungspunkt der Haftung	95
I. Ausgangspunkt: In der Regel kein Zu-eigen-Machen der Bewertung und keine aktive Rolle des Portalbetreibers	95
II. Täterschaftliche Haftung	101
1. Geschäftliche Handlung des Portalbetreibers	101
a) Verhalten des Portalbetreibers	102
b) Objektiver Zusammenhang mit Absatzförderung	104
aa) Objektiver Zusammenhang mit Förderung des eigenen Absatzes	105
(1) Unternehmerische Tätigkeit des Portalbetreibers	105
(2) Förderung des eigenen Absatzes	106
(a) Bewertungsfunktion und Premium-Pakete	107
(aa) Objektiv-wirtschaftliche Analyse	107
(bb) Mitbewerbereignschaft nicht erforderlich	108
(b) Terminbuchungsfunktion	110
bb) Objektiver Zusammenhang mit Absatzförderung zu Gunsten eines fremden Unternehmens	112
(1) Bewertungsfunktion	113
(2) Angebot von Premium-Paketen	114
(3) Terminbuchungsfunktion	114
cc) Zwischenergebnis	115
c) Lauterkeitsrechtliches Medienprivileg und Bewertungsportale	116
aa) Ursprung des lauterkeitsrechtlichen Medienprivilegs	116
bb) Portale mit bloßer Bewertungsfunktion	117
(1) Schutz der Medienfreiheit(en) aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als Ausgangspunkt	118
(2) Ansatz Wilkats	118
(3) Ausweitung des Medienprivilegs auf die Tätigkeit als Meinungsvermittler	120
(a) Vergleich zu Internet-Meinungsforen	120
(b) Notwendigkeit einer Korrektur aus Wertungsgesichtspunkten?	122
(c) Zwischenergebnis	123
cc) Auswirkungen des Angebots besonderer Werbeleistungen in Form von Premium-Paketen	124

Inhaltsverzeichnis

dd) Auswirkungen einer Terminbuchungsfunktion	126
(1) Kombinierte Hotelbewertungs- und Hotelbuchungsportale	126
(2) Übertragung auf Bewertungsportale für medizinische Behandlungsleistungen mit Terminbuchungsfunktion	128
ee) Ergebnis zum Medienprivileg	130
d) Zwischenergebnis	131
2. Unlauterkeit	133
a) Anschwärzung, § 4 Nr. 2 1. Hs. UWG	133
aa) Mitbewerbereignschaft des Portalbetreibers	133
(1) Unmittelbares Wettbewerbsverhältnis	134
(2) Mittelbares Wettbewerbsverhältnis	136
(a) Wechselwirkungslehre des BGH	136
(b) Ansätze der Literatur	137
(c) Wertende Einzelfallbetrachtung zur Vereinigung der Ansätze	138
(d) Anwendung auf Bewertungsportale	139
(aa) Neutrale Bewertungsportale	139
(bb) Kombinierte Bewertungs- und Buchungsportale	140
(cc) Einblendung von Konkurrentenwerbung	142
(e) Zwischenergebnis	143
bb) Tatsachenäußerung	143
cc) Bezugspunkt und Inhalt der Tatsachenäußerung	145
dd) Behaupten von Tatsachen	147
ee) Verbreiten von Tatsachen	147
(1) Zu-eigen-Machen der Fremäußerung	148
(2) Kenntnis des Inhalts als weitere Voraussetzung	150
(3) Modifizierung nach Maßgabe der §§ 7 ff. TMG und Art. 12 ff. E-Commerce-RL	151
(a) Entscheidung des BGH in „Hotelbewertungsportal“	152
(b) Dogmatische Einordnung der §§ 7 ff. TMG	153
(aa) Integrationslösung	154
(bb) Filterlösungen	155
(c) Schlussfolgerung	156

(4) Grundrechtskonforme Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Verbreiten“ im Einzelfall	157
(a) Grundrechte des Portalbetreibers	157
(b) Grundrechte der Bewertungsverfasser und Bewertungswilliger	160
(c) Grundrechte der informationensuchenden Portalnutzer	162
(d) Grundrechte der Leistungserbringer und Abwägung	163
(5) Zwischenergebnis	166
ff) Ergebnis zur Anschwärzung	167
b) Verunglimpfen und Herabsetzen, § 4 Nr. 1 UWG	168
c) Gezielte Mitbewerberbehinderung, § 4 Nr. 4 UWG	170
d) Verletzung einer lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflicht, § 3 Abs. 1 UWG	174
aa) Grundlagen lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten	174
(1) Ursprung der Haftung aufgrund der Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten	175
(2) Akzessorietäterfordernis	176
(3) Entstehen lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten	180
(4) Allgemeine Kriterien zur Ermittlung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten	180
(5) Lauterkeitsrechtliche Verkehrspflichten im Internet nach der Rechtsprechung	184
bb) Abwägungsparameter für das Veröffentlichen fremder Bewertungen	186
(1) Spezifische Gefahrenlage beim Veröffentlichen fremder Bewertungen	188
(2) Weitere Abwägungsparameter	191
(3) Gesetzliche Wertungen der §§ 7 ff. TMG	192
(a) Widerspruch zum Nachfilter-Modell?	192
(b) Anwendung der §§ 7 ff. TMG auf Unterlassungsansprüche	193
(4) Verhaltensanforderungen nach DIN ISO 20488	196
cc) Konkrete Verkehrspflichten vor Bewertungsveröffentlichung	197
(1) Registrierungspflicht für Bewertungsverfasser	198
(2) Belehrung der Bewertungsverfasser	200

Inhaltsverzeichnis

(3) Klarnamenpflicht gegenüber dem Portalbetreiber	201
(a) Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht	203
(b) Grundrechtliche Erwägungen	205
(c) Schlussfolgerungen	207
(4) Veröffentlichung unter Klarnamen	208
(5) Vorabkontrollen	209
(a) Automatisierte Vorabkontrollen	211
(b) Manuelle Vorprüfung	211
(c) Vereinbarkeit mit § 7 Abs. 2 TMG	213
(6) Quantitative Veröffentlichungsschwelle	214
(7) Verkehrspflichten vor Veröffentlichung im Überblick	217
dd) Konkrete Verkehrspflichten im Stadium nach Bewertungsveröffentlichung	217
(1) Sperren des Angebots für Suchmaschinen	217
(2) Informierung des Leistungserbringers nach Veröffentlichung	219
(3) Möglichkeit des Leistungserbringers zur Gegenrede	220
(4) Hinweismöglichkeiten bei Auffälligkeiten	224
(5) Prüfen von Bewertungen ab Kenntnis von Auffälligkeiten	225
(6) Sachverhaltsaufklärung und Mitwirkung an Konfliktlösung	229
(a) Modell 1: Vollständige Anonymität und Moderationsverfahren	230
(aa) Moderationsmodell im Rahmen der Störerhaftung	231
(bb) Übertragung in das System der Verkehrspflichten	233
(cc) Evaluation des Modells	235
(b) Modell 2: Anonymität nach außen und Auskunftsanspruch des Leistungserbringers	235
(aa) Herleitung des Auskunftsrechts	236
(bb) Vereinbarkeit der Auskunft mit dem Datenschutzrecht	238
(cc) Evaluation des Modells	245
(c) Modell 3: Aufgabe der Anonymität	247
(aa) Rechtsverfolgung bei Veröffentlichung unter Klarnamen	247

(bb) Vereinbarkeit der Klarnamenpflicht mit dem Datenschutzrecht	248
(cc) Evaluation des Modells	249
(d) Vorteile des Modell-Ansatzes	250
(7) Verhinderung zukünftiger gleichartiger Rechtsverletzungen	251
(a) Unionsrechtskonformität	251
(aa) Linie des EuGH bis „Glawischnig-Piesczek/Facebook“	253
(bb) Entscheidung des EuGH in „Glawischnig-Piesczek/Facebook“	254
(cc) Einordnung und Kritik	256
(b) Zumutbarkeit respektive Filterbarkeit	259
(aa) Wirksamkeit von Filtersoftware und grundrechtliche Gefährdungslage	260
(bb) Angemessene Risikoverteilung zwischen Leistungserbringer und Portalbetreiber	262
(cc) Ergebnis	264
(8) Löschung nach Ablauf einer Veröffentlichungsfrist	265
(9) Verkehrspflichten nach Veröffentlichung im Überblick	268
ee) Ergebnisse	268
3. Zusammenfassung der täterschaftlichen Haftung	269
III. Haftung als Störer	271
IV. Rechtsfolgen	273
1. Erfolgreich angegriffene Einzelbewertung	274
2. Verstoß gegen eine lauterkeitsrechtliche Verkehrspflicht	276
V. Zusammenfassung	277
D. Portal- und Verfahrensgestaltung als Anknüpfungspunkt der Haftung	279
I. Geschäftliche Handlung des Portalbetreibers	280
1. Objektiver Zusammenhang mit Absatzförderung	280
2. Lauterkeitsrechtliches Medienprivileg	281
II. Unlauterkeit	284
1. Irreführung und Informationspflichten	284
a) Maßstab des § 5 UWG und des § 5a UWG	285

Inhaltsverzeichnis

b) Bezugspunkte	290
aa) Eigenes Angebot des Portalbetreibers als Bezugspunkt	290
(1) Entgeltfreie Angebote als tauglicher Anknüpfungspunkt	290
(2) Parallele zu vergleichenden Produkttests und zur Vergabe von Prüfsiegeln	292
bb) Leistungen der Leistungserbringer als Bezugspunkt	296
(1) Leistungen Dritter als tauglicher Anknüpfungspunkt	296
(2) Parallele zur Werbung mit Testergebnissen und Prüfsiegeln	299
cc) Zwischenergebnis	302
c) Irreführungen und Verstöße gegen Informationspflichten	303
aa) Aufnahme von Bewerteten	303
(1) Verkehrserwartung	303
(2) Selektive Aufnahme von Bewerteten	304
(3) Bemühen um vollständige Marktabbildung	307
bb) Ranking in Suchergebnislisten	308
(1) Verkehrserwartung	308
(2) Erkaufte Rankingpositionen und sachfremde Rankingparameter	310
(3) Relevanzbasierte Rankingparameter	314
cc) Zugang zur Bewertungsabgabe	318
(1) Verkehrserwartung	319
(2) Zugangsbeschränkungen	319
(3) Unbeschränkter Zugang	320
dd) Vorgabe der Bewertungsstruktur	321
(1) Verkehrserwartung	321
(2) Sachfremde Bewertungskategorien	321
(3) Sachgerechte Bewertungskategorien	322
ee) Veröffentlichung und Filterung von Bewertungen	324
(1) Verkehrserwartung	324
(2) Veröffentlichungsverfahren	326
(3) Prüfungen und Filterung vor Veröffentlichung im Speziellen	327
ff) Aggregation von Bewertungen zu Gesamtbewertungen	331
(1) Verkehrserwartung	332
(2) Bildung reiner Durchschnittswerte	332

(3) Alternative Aggregationsmethoden	334
gg) Anordnung der Bewertungen	338
(1) Verkehrserwartung	339
(2) Verwendung sachfremder Anordnungskriterien	339
(3) Verwendung sachgerechter Anordnungskriterien	342
d) Ergebnis	343
2. Kennzeichnung des Werbecharakters	345
a) Werbende Profilinhalte	345
aa) Erkennbarkeit des Werbecharakters	345
bb) Unlauterkeit	346
b) Erkaufte Rankingpositionen	349
c) Ergebnis	350
3. Vergleichende Werbung	351
a) Vergleichende Werbung nach § 6 Abs. 1 UWG	351
aa) Absatzfördernde Zielrichtung	352
bb) Mitbewerberbezug	356
cc) Ansatz Menkes	357
b) Unlauterkeit nach § 6 Abs. 2 UWG	358
aa) Gleicher Bedarf und dieselbe Zweckbestimmung	359
bb) Wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaft	360
(1) Aggregierte Gesamtbewertung	362
(2) Rankingposition	363
cc) Herabsetzung oder Verunglimpfung	364
c) Ergebnis	365
III. Haftungsprivilegierung und Rechtsfolgen	366
IV. Zusammenfassung	366
E. Auswirkungen jüngster europäischer Legislativakte	369
I. Platform-to-Business-Verordnung	369
1. Anwendbarkeit auf Bewertungsportale	369
2. Konsequenzen für das Lauterkeitsrecht	371
3. Evaluation	372
II. Reform der UGP-Richtlinie i.R.d. New Deal for Consumers	372
1. Relevante Änderungen der UGP-Richtlinie und Umsetzung im deutschen Lauterkeitsrecht	373
a) Ranking von Suchergebnissen	373
aa) Legaldefinition des Rankings in Art. 2 lit. m UGP-RL	374
bb) Informationsgebot des Art. 7 Abs. 4a UGP-RL	375

Inhaltsverzeichnis

cc) Kennzeichnungspflicht nach Nr. 11a des Anhangs I zur UGP-RL	379
b) Prüfmaßnahmen für Bewertungen	381
aa) Informationsgebot des Art. 7 Abs. 6 UGP-RL	381
bb) Prüfpflichten bei Authentizitätsbehauptung nach Nr. 23b des Anhangs I zur UGP-RL	383
c) Darstellung von Bewertungen nach Nr. 23c des Anhangs I zur UGP-RL	385
2. Evaluation	387
III. Zusammenfassung	390
F. Untersuchungsergebnisse und Evaluation der Ausgangsthesen	391
Literaturverzeichnis	395