

Bewertung Heilmittelgewerbe

im

Eigener Leitsatz:

Die Werbung mit Kundenbewertungen zur Anpreisung von Zahnersatzprodukten ist dann unlauter, wenn das Bewertungsprofil durch die ungleiche Behandlung von positiven und negativen Kundenbewertungen im Ergebnis „geschönt“ wird.

Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil vom 19.02.2013

Az.: I-20 U 55/12

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Duisburg vom 21. März 2012 wird mit der Klarstellung zurückgewiesen, dass die Beklagte es zu unterlassen hat, im geschäftlichen Verkehr mit Äußerungen von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens außerhalb der Fachkreise zu werben, wenn dies dergestalt geschieht, dass im Rahmen eines Internetauftritts ein als Hyperlink ausgestaltetes Werbebanner – wie aus der diesem Urteil beigefügten Anlage ersichtlich – präsentiert wird, bei dem über die Verlinkung Äußerungen von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens aufgerufen werden können, die im Rahmen eines anderen Internetauftritts aufgeführt sind, ohne dass dort sämtliche Kundenbewertungen aufgeführt werden.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe

von 10.000,00 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Entscheidungsgründe:

I.

Zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Klägers gehört die Bekämpfung unlauterer geschäftlicher Handlungen. Ihm gehören über 1600 Mitglieder an, darunter alle Industrie- und Handelskammern, die Handwerkskammern und etwa 400 Verbände.

Die Beklagte ist eine Dentalhandelsgesellschaft. Sie unterhält mehrere Dentallabore, vorwiegend in C., in denen sie Zahnersatz für den deutschen Markt fertigen lässt. Unter der Internetadresse „www.z...de“ unterhält sie einen Internetauftritt, in dem sie ihre Leistungen unter anderem mit der Bewertung durch Kunden bewirbt. Das mit „Kundenauszeichnung e.“ gekennzeichnete Feld weist eine Bewertungszahl aus, die zudem durch eine Reihe von goldfarbenen Sternen verbildlicht wird, wobei Bruchteile von Zahlen zu einem teilweise abgeschnittenen Stern führen. Dabei bilden fünf Sterne das Maximum. Die Bewertung ist mit dem Zusatz „Garantiert echte Kundenmeinungen“ versehen. Am 3. August 2011 wurde eine „Kundenbewertung“ von „4,6 / 5“ ausgewiesen, unterhalb der Sterne fand sich eine mit „Bin sehr zufriedenen“ beginnende Bewertung. Durch Anklicken des Feldes gelangt man auf die Seite der e. Ltd., wo die Bewertungen und Kommentare der Kunden aufgelistet sind.

Die e. Ltd. versendet an die Kunden ihrer Auftraggeber, zu denen auch die Beklagte gehört, nach Durchführung des Geschäfts oder der Behandlung eine E-Mail mit einem Bewertungslink. Daneben können Kunden ihre Bewertung auch direkt an die E-Mailadresse der e. Ltd. senden. Positive Anbieterbewertungen, also solche mit vier oder fünf Sternen, werden sofort freigeschaltet, neutrale und negative werden zunächst einer intensiven Prüfung unterzogen, die zur Löschung

der Bewertung führen können; beispielsweise im Falle rechtswidriger oder anstößiger Inhalte. Ansonsten wird das Unternehmen über die negative Bewertung benachrichtigt und kann binnen fünf Tagen ein „Schlichtungsverfahren“ einleiten. Reagiert das Unternehmen nicht, wird die negative Bewertung veröffentlicht. Wird ein Schlichtungsverfahren eingeleitet und nimmt der Kunde daraufhin seine negative Bewertung zurück oder reagiert er nicht binnen vierzehn Tagen, erfolgt keine Veröffentlichung. Bei ergebnislosen Schlichtungsverfahren trifft e. eine Entscheidung.

Der Kläger, der hierin einen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wettbewerbswidrigen Verstoß gegen das Verbot der Bewerbung von Medizinprodukten mit Äußerungen Dritter sieht, hat die Beklagte nach erfolgloser Abmahnung auf Unterlassung in Anspruch genommen, wobei er seinen Antrag nach einem erstinstanzlichen Hinweis auch auf das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot stützt.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Unterlassung der Bewerbung von Zahnersatzprodukten mit Äußerungen von Kunden, wie in dem Internetauftritt geschehen, sowie zur Zahlung der Abmahnkosten verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG sei zwar verfassungskonform einschränkend dahingehend auszulegen, dass es einer unsachlichen, zu einer zumindest mittelbaren Gesundheitsgefährdung geeigneten Beeinflussung bedürfe, weshalb eine Werbung mit Äußerungen Dritter nur verboten sei, wenn diese in willkürlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolge. Von daher bestehe kein Anspruch auf die generelle Unterlassung der Werbung mit Äußerungen Dritter. Begründet sei der Klageantrag allerdings, soweit er sich gegen den konkreten Auftritt richte, da hier die Werbung mit den Äußerungen Dritter in irreführender Weise erfolge, weil e. entgegen der Verkehrserwartung nicht alle Kundenmeinungen ungefiltert veröffentliche.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie

trägt vor, ihre Werbeaussagen seien nicht geeignet, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch die Gefahr des Fehlgebrauchs oder Missgebrauchs der beworbenen Medizinprodukte mit einer daraus resultierenden Gesundheitsgefährdung zu erhöhen. Entscheidungen über Zahnersatz würden nicht spontan, sondern nach eingehender Überlegung getroffen. Soweit sich der Kläger erstinstanzlich auf eine Irreführung aufgrund der Veröffentlichungspraxis von e. gestützt habe, stelle dies eine Klageänderung in Gestalt einer nachträglichen Klagehäufung dar, mit deren Sachdienlichkeit sich das Landgericht gar nicht auseinandergesetzt habe. Zudem sei die Veröffentlichungspraxis von e. nicht zu beanstanden. Zu einer Überprüfung der neutralen oder negativen Bewertung sei diese zur Vermeidung der Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte verpflichtet. Ein Schlichtungsverfahren habe sie noch nie beantragt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Duisburg, Az. 25 0 54/11, vom 21.03. 2012 – soweit zum Nachteil der Berufungsklägerin – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass das Urteil mit der Anlage BRH 1 – in Gestalt des in der mündlichen Verhandlung überreichten Farbausdrucks – verbunden wird, im Tenor zu 1. das Wort „insbesondere“ entfällt, die Worte „als ein“ vor „Hyperlink“ ersetzt werden durch „ein als“ und dass der Singular „Kundenbewertung“ durch den Plural „Kundenbewertungen“ ersetzt wird.

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil. Das Verhalten der Beklagten falle unter § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG und zwar unabhängig davon, ob man die Vorschrift wortlautgemäß oder einschränkend auslege. Dabei sei seiner Ansicht nach weder aus europarechtlicher noch aus verfassungsrechtlicher

Sicht eine einschränkende Auslegung veranlasst. Die Werbung sei irreführend, da die Kundenbewertung bei e. ein schiefes Bild zeichne. Neutrale oder negative Bewertungen würden unterdrückt. Der Vortrag der Beklagten, sie habe den zuständigen Mitarbeiter angewiesen, keine Schlichtungsverfahren einzuleiten, werde bestritten, der Vortrag in zweiter Instanz sei verspätet. Zudem führe allein schon die um fünf Tage verzögerte Freischaltung negativer Bewertungen zu einer Verzerrung. Auch auf eine Überprüfungspflicht im Hinblick auf rechtswidrige Äußerungen könne sich die Beklagte nicht berufen; weshalb die Bewertung irreführend sei, sei unbeachtlich.

Im Rahmen der Erörterung in der mündlichen Verhandlung hat der Senat den Parteien seine Auffassung mitgeteilt, dass bereits die bloße Existenz eines Schiedsverfahrens Kunden von negativen Bewertungen abhalten könne. Darüber, dass es sich bei den hier in Rede stehenden Bewertungen um sogenannte Anbieterbewertungen im Sinne der e.-Richtlinien handelt, herrschte Einigkeit.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil, Bl. 329 ff. d. GA., wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Die Neufassung der Unterlassungsverpflichtung dient lediglich der Klarstellung, sie beseitigt offenbare Unrichtigkeiten. Dies gilt auch für das Entfallen des Wortes „insbesondere“ und die Beifügung der Anlage, wodurch die Unterlassungsverpflichtung auch sprachlich auf die konkrete Verletzungsform bezogen wird. Das Landgericht hat ausweislich

der Urteilsgründe einen Anspruch auf die generelle Unterlassung der Werbung mit Äußerungen Dritter verneint und die Klage insoweit abgewiesen. Stattgegeben hat es der Klage nur hinsichtlich der konkreten, für irreführend erachteten Werbung. Die konkrete Verletzungsform war über den „Insbesondere“-Teil des Antrags auch bereits von Anfang an streitgegenständlich, die nachgeschobenen Ausführungen zu den Bewertungsrichtlinien von e. stellen insoweit lediglich eine Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens dar.

Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG prozessführungs- und anspruchsberechtigt. Zu seinen Mitgliedern gehören unter anderem sämtliche Industrie- und Handelskammern sowie die Handwerkskammern, die ihrerseits nach § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG prozessführungs- und anspruchsberechtigt sind. Seine sachliche und personelle Ausstattung unterliegt keinen Zweifeln.

Der Kläger hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Bewerbung von Zahnersatzprodukten mit Äußerungen von Kunden wie in dem Internetauftritt Anlage BRH 1 geschehen aus § 8 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG.

Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG in der seit dem 26. Oktober 2012 geltenden Fassung darf außerhalb der Fachkreise für Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenstände oder andere Mittel nicht mit Äußerungen Dritter, insbesondere mit Dank-, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen geworben werden, wenn diese in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgen.

Der letzte Satzteil ist bei der Neufassung hinzugefügt worden. Damit hat der Gesetzgeber der Regelung in Art. 90 lit. j der Richtlinie 2001/83/EG Rechnung getragen, wonach ein Verbot der Bewerbung von Arzneimittel mit Genesungsbescheinigungen Dritter nur dann zulässig ist, wenn der Hinweis in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt

(EuGH, GRUR 2008, 267 Rn. 46 – Gintec). Dementsprechend war schon § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG a. F. jedenfalls bei Arzneimitteln richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass eine Publikumswerbung für Arzneimittel mit Äußerungen Dritter oder mit Hinweisen auf solche Äußerungen nur dann unzulässig ist, wenn sie in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt (BGH, GRUR 2009, 179 Rn. 12 – Konsumentenbefragung II).

Die Frage, ob dies gleichermaßen für Medizinprodukte zu gelten hatte, kann in Anbetracht der insoweit nicht differenzierenden Gesetzesneufassung dahinstehen. Da der Unterlassungsanspruch auf die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtet ist, ist er nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann (BGH, GRUR 2012, 402 Rn. 11 – Treppenlift).

Die weitere Voraussetzung, dass die Handlung auch zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein muss, weil es andernfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (BGH, a. a. O.), ist vorliegend ohnehin erfüllt, da die ursprüngliche Fassung nach ihrem Wortlaut ohne das zusätzliche Kriterium der Irreführung auskam, dass allenfalls im Wege richtlinienkonformer Auslegung schon im Zeitpunkt der Begehung hineinzulesen war.

Das zusätzliche Kriterium trägt auch den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG hinreichend Rechnung, einer noch weitergehenden Einschränkung bedarf es weder im Hinblick auf die aktuelle Fassung, noch bedurfte es einer solchen im Hinblick auf die ursprüngliche Fassung. Die Beschränkung der Werbeaussagen hinsichtlich der Verwendung bildlicher Darstellungen oder der Wiedergabe von lobenden Äußerungen Dritter ist geeignet, den Schutz behandlungsbedürftig Kranker vor wirtschaftlicher Übervorteilung zu sichern; die einschlägigen Werbeverbote sind auch generell erforderlich, ein milderer Mittel zur Erreichung

des angestrebten Ziels, behandlungsbedürftig Kranke wirksam vor wirtschaftlicher Übervorteilung zu schützen, ist nicht ersichtlich (BVerfG, GRUR 2007, 720, 722 – Geistheiler).

Die Beklagte bewirbt ihr Angebot mit Äußerungen Dritter, durch die Verlinkung hat sie sich die Kundenbewertungen auf e. zu eigen gemacht. Hierüber besteht zu Recht kein Streit. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dies auch in irreführender Weise erfolgt. Der Verkehr erwartet von einer Kundenbewertung, noch dazu von einer, die mit der Aussage „Garantiert echte Kundenmeinungen“ angepriesen wird, eine neutrale, nicht zugunsten des Anbieters geschönte Sammlung von Kundenbewertungen. Diesen Anforderungen genügt die „Kundenauszeichnung e.“ nicht und zwar auch dann nicht, wenn die Beklagte auf die Einleitung des bei neutralen und negativen Bewertungen möglichen Schlichtungsverfahrens bislang verzichtet hat. Das Bewertungssystem verhindert die gleichwertige Berücksichtigung negativer Bewertungen und zeichnet deshalb ein übertrieben positives Bild des Anbieters.

So führt bereits die Praxis von e., positive Bewertungen sofort, neutrale und negative aber erst nach Ablauf von fünf Tagen einzustellen (und dies auch nur, wenn der Anbieter auf die Einleitung des Schiedsverfahrens verzichtet), systemimmanent zu einer stärkeren Gewichtung der positiven Äußerungen, da der Zeitraum, aus dem eingeflossene positive Äußerungen stammen, fünf Tage länger ist als der, aus dem die neutralen oder negativen stammen. Daran ändert deren Einstellung nach fünf Tagen nichts, da in diesen fünf Tagen weitere Bewertungen eingegangen sein können, von denen die positiven bereits in die Gesamtbewertung einbezogen werden, während die neutralen und negativen sich noch in der fünftägigen Wartefrist befinden. Der Zeitraum, aus dem eingeflossene positive Äußerungen stammen, ist also zu jedem Zeitpunkt fünf Tage länger ist als der, aus dem die neutralen oder negativen stammen.

Zwar nimmt die Bedeutung dieses statistischen Fehlers mit

fortschreitender Bewertungsdauer ab, das Schlichtungsverfahren von e. wirkt sich jedoch noch in anderer und weitaus gravierenderer Weise verfälschend auf das Ergebnis aus. Allein seine Existenz wird – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert – einen Teil der unzufriedenen Kunden von der Abgabe einer negativen Bewertung abhalten. Viele Menschen sind konfliktscheu. Sie werden versucht sein, allein wegen der Möglichkeit, ihre negative Bewertung verteidigen zu müssen, von der Abgabe einer Bewertung abzusehen, um sich dem in ihren Augen unangenehmen Konflikt nicht aussetzen zu müssen.

Zu einer weiteren Verfälschung des Ergebnisses führt die Praxis von e., die eingehenden Bewertungen auf rechtswidrige Inhalte zu prüfen und die Bewertungen gegebenenfalls zu löschen. Derartige rechtswidrige Inhalte, insbesondere Beleidigungen, werden sich – wie die Beklagte selbst ausführt – nur in den negativen Bewertungen finden. Es werden daher – auch ohne Einleitung eines Schlichtungsverfahrens durch die Beklagte – einige negative Bewertungen gelöscht werden und zwar gerade solche von besonders unzufriedenen Kunden, die statistisch gesehen auf die ermittelte Gesamtbewertung einen vergleichsweise großen Einfluss gehabt hätten. Zudem können selbst einzelne extrem negative Bewertungen potentielle Neukunden von einer Beauftragung der Beklagten abhalten, da für die Entscheidung des Verbrauchers nicht nur die Durchschnittsbewertung eines Anbieters, sondern auch das Fehlen sehr schlechter Erfahrungen mit diesem von Bedeutung ist. Insoweit spielt es keine Rolle, ob e. zu einer solchen Überprüfung verpflichtet ist. Abgesehen davon, dass es genügen würde, nur die konkret beleidigenden Formulierungen, nicht aber die Bewertung selbst zu schwärzen, ist allein entscheidend, ob es hierdurch zu einer Verfälschung der Gesamtbewertung kommt.

Einer Prüfung im Hinblick auf § 5 UWG bedarf es nicht, da es sich insoweit nicht um eine Anspruchskonkurrenz, sondern um eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz handelt. Die rechtliche

Bewertung eines einheitlichen Lebenssachverhalts ist allein Sache des Gerichts.

Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten beruht auf § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Zinsforderung ergibt sich aus § 291 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Es besteht keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Die hierfür in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen sind nicht gegeben. Die relevanten Rechtsfragen sind durch die zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen beantwortet. Als reine Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird ausgehend von der unbeanstandet gebliebenen erstinstanzlichen Festsetzung und unter Berücksichtigung der nicht angefochtenen Teilabweisung der Klage in erster Instanz auf 20.000,00 Euro festgesetzt.