

# **„Zensierte“ Werbung in eigener Sache über ein Bewertungsportal ist irreführend**

## **Eigener Leitsatz:**

Werbung in eigener Sache über ein Bewertungsportal ist wettbewerbswidrig, wenn negative oder neutrale Bewertungen im Voraus durch ein Bewertungsportal aussortiert werden. Dadurch wird dem Verbraucher eine verfälschte Kundenbewertung unterbreitet, die sich überwiegend auf positive Bewertungen beschränkt. Vorliegend verwies der Anbieter einer Internetseite für Werbung in eigener Sache auf ein Bewertungsportal, welches negative oder neutrale Bewertungen im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens mit dem jeweiligen Kunden "zensierte".

## **Landgericht Duisburg**

**Urteil vom 21.03.2012**

**Az.: 25 O 54/11**

## **Tenor:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, der Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an den Vorstandsmitgliedern der Beklagten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit ÄußeSn von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens außerhalb der Fachkreise zu werben, insbesondere wenn dies dergestalt geschieht, dass

im Rahmen eines Internetauftritts als ein Hyperlink ausgestalteter Werbebanner – wie aus der Anlage ersichtlich – präsentiert wird, bei dem über die Verlinkung ÄußeSn von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens aufgerufen werden können, die im Rahmen eines anderen Internetauftritts aufgeführt sind, ohne dass dort sämtliche Kundenbewertung aufgeführt werden;

2. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 219,35 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 01.09.2011 zu zahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage wird abgewiesen.

4. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3.

5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

## **Tatbestand**

Der klagende Verein ist die A, hier die Niederlassung in I1. Die Beklagte ist eine Dentalhandels-gesellschaft die mit Zahnersatz aus dem Ausland Handel treibt. Sie unterhält mehrere Meisterlabore, z. B. in D.

Die Beklagte bewirbt ihre Leistungen im Rahmen ihres Internetauftritts unter der Internetadresse „X“. Wird diese Internetadresse aufgerufen, erscheint eine Seite, auf der die Beklagte ihre Leistungen anpreist. Teil der Anpreisungen sind unter anderem auch Zusatzleistungen, die jeweils optisch herausgestellt und darüber hinaus durch einen gesonderten Link nutzbar gemacht sind. Wegen des Inhaltes wird auf den Ausdruck der Homepage der Beklagten vom 3.8.2011, Anlage BRH 1, Bl. 8 d. A. Bezug genommen.

Bereits auf der Startseite der Homepage wird im Rahmen eines

Werbebanner, welches sich mittig im unteren Bereich befindet, mit der Kundenauszeichnung von „F“ geworben. In diesem Zusammenhang wird darüber informiert, dass die Kunden die Leistungen der Beklagten mit 4,655 Sternen bewertet haben. Überdies kann eine Kundenmeinung zum Teil bereits gelesen werden. Klickt ein Internetnutzer auf dieses Werbebanner, gelangt er auf den Internetauftritt von „F“. Dort sind unter anderem die folgenden produktbezogenen Äußerungen von Kunden zu lesen:

„Der Zahnersatz ist hervorragend.“;

„Der Service war einwandfrei. Ich hatte eine Liste mit alternativen Zahnärzten zugeschickt bekommen. Beim neuen Zahnarzt war die Betreuung um „Längen“ besser...“.

Wegen weiterer produktbezogener Bewertungen wird auf den Ausdruck der Homepage mit Bewertungszertifikaten vom 3.8.2011, Anlage BRH 2, Bl. 9 ff. Bezug genommen.

In den Richtlinien von F heißt es u.a.:

„§ 2. Einholen von Kundenmeinungen/Abgabe der Bewertungen

Eines der Kernelemente von F ist die Bewertungsabgabe. Es wird unterschieden zwischen Anbieter-Bewertungen und Produkt-Bewertungen. Gegenstand der Anbieter-Bewertung sind insbesondere Faktoren der Anbieter-Qualität, wie Liefergeschwindigkeit, Kunden-Service und Transparenz. Gegenstand der Produkt-Bewertung sind insbesondere Faktoren der Produkt-Qualität, wie Preis-Leistungsverhältnis, Funktionalität und Beständigkeit.

...

§ 3.3. Positive Anbieter-Bewertungen

Positive Anbieter-Bewertungen sind Meinungen mit 4 oder 5 Sternen. Diese werden nach Überprüfung sofort frei geschaltet und veröffentlicht. Sie sind nach der Aktualisierung des F

Widgets direkt auf den Verkaufsseiten und auf der Zertifikatseite sichtbar.

#### § 3.4. Kritische Anbieter-Bewertungen

Neutrale und negative Anbieter-Bewertungen sind Meinungen mit 3 und weniger Sternen und werden zunächst durch F Kundenmeinungsmanager einer intensiven Prüfung unterzogen (siehe 3.1.). Das Unternehmen erhält in diesem Fall eine Benachrichtigung und kann innerhalb von 5 Tagen nach der Benachrichtigung das F Schlichtungsverfahren einleiten, um mit dem Endkunden in einen Dialog zu treten. Wird kein Schlichtungsverfahren eröffnet, wird die neutrale/negative Meinung regulär veröffentlicht. Unternehmen können negative und neutrale Kundenmeinungen nicht ohne weiteres entfernen oder editieren.

#### § 3.5. Produkt-Bewertungen

Positive Produktbewertungen sind Meinungen mit 4 oder 5 Sternen, neutrale und negative Produktbewertungen sind Meinungen mit 3 oder weniger Sternen. Im Gegensatz zu den Anbieter-Bewertungen werden alle Produkt-Bewertungen gleichermaßen ohne Schlichtungsverfahren frei

...

#### § 4.4. Beendigung von Schlichtungsverfahren

Der Endkunde kann ein Schlichtungsverfahren jederzeit selbst beenden, wenn er der Meinung ist, dass seine negative Kritik ungerechtfertigt war oder das Problem z.B. aufgrund seines eigenen Verschuldens verursacht wurde oder zufriedenstellend gelöst wurde.

Das Unternehmen kann das Schlichtungsverfahren nicht beenden. Es kann jedoch bei F – als unabhängiger Instanz – eine Entscheidung und die Schließung des Schlichtungsverfahrens beantragen. In diesen Fällen nimmt ein F Mediationsmanager am

Schlichtungsverfahren teil und trifft schließlich anhand der dargelegten Sachlage eine Entscheidung zur Beendigung des Schlichtungsverfahrens.

Sollte sich der Endkunde nach Eröffnung des Schlichtungsverfahrens innerhalb von 14 Tagen nicht zur Sache geäußert haben, wird das Schlichtungsverfahren eingestellt und die negative Meinung nicht veröffentlicht. Sollte sich das Unternehmen nicht aktiv am Schlichtungsverfahren beteiligen, wird das Schlichtungsverfahren eingestellt und die negative Kundenmeinung veröffentlicht.

F behält sich vor, jedes Schlichtungsverfahren nach einer Laufzeit von 4 Wochen zu schließen. Wenn das Unternehmen und der jeweilige Endkunde bis dahin nicht zu einer Einigung gekommen sind, wird F auf Grundlage der Diskussion im Schlichtungsverfahren die Entscheidung treffen.“

Wegen des weiteren Inhalts der Richtlinien wird auf Bl. 302 ff. GA Bezug genommen.

Bereits unter dem 7.7.2010 wandte sich der Kläger mit einem außergerichtlichen Abmahnschreiben an die Beklagte. Damals rügte der Kläger einen Hinweis auf den Internetauftritt unter „X1“ als irreführend, weil die Beklagte als „Marktführer für Qualitätszahnersatz aus dem Ausland“ geworben hatte.

Der Kläger trägt vor, er habe erst zeitgleich mit der Abmahnung vom 5.8.2011 im Rahmen einer weiteren Beschwerde von dem aktuell hier streitgegenständlichen behaupteten Wettbewerbsverstoß der Beklagten erfahren. Am 7.7.2010 habe er lediglich abgemahnt, dass die Beklagte einen Verstoß gegen § 5 UWG begangen habe, in dem sie sich auf ihren Internetauftritt „X1“ als Marktführer für Qualitätszahnersatz aus dem Ausland präsentiert habe.

Der Kläger ist der Auffassung, bei dem Vorgehen der Beklagten handele es sich um eine unzulässige Werbung mit Heilmitteln im Sinne von §§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11, 1 Abs. 1 Nr. 1 HWG. Das

Verhalten der Beklagten stelle gleichzeitig einen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11, 5 UWG dar. Zwar habe die Beklagte mit den ÄußeSn von Kunden nicht im Rahmen des eigenen Internetauftritts geworben. Es liege aber dennoch ein unmittelbarer Verstoß vor, da die Beklagte sich durch die Verlinkung zu „F“ die dortigen Kundenbewertungen und Kundenmeinungen offensichtlich zu Werbezwecken bewusst zu Eigen mache.

Der Kläger ist weiterhin der Auffassung, bei dem Link auf das Bewertungsportal „F“ handle es sich zugleich um eine irreführende geschäftliche Handlung, weil dem Verbraucher wahrheitswidrig eine Kundenauszeichnung vorgespiegelt werde, die sich mit den tatsächlich abgegebenen Bewertungen nicht decke. Da die tatsächliche Zahl der negativen und neutralen Bewertungen weder dargestellt noch in objektivierter Hinsicht sichtbar werde, entstehe bei Verbraucher zumindest ein „schiefes Bild“.

*Der Kläger beantragt,*

1. die Beklagte zu verurteilen, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, der Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an den Vorstandsmitgliedern der Beklagten, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit ÄußeSn von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens außerhalb der Fachkreise zu werben, insbesondere wenn dies dergestalt geschieht, dass im Rahmen eines Internetauftritts als ein Hyperlink ausgestalteter Werbebanner – wie aus der Anlage ersichtlich – präsentiert wird, bei dem über die Verlinkung ÄußeSn von Kunden über Zahnersatzprodukte des Unternehmens aufgerufen werden können, die im Rahmen eines anderen Internetauftritts aufgeführt sind;

2. die Beklagte kostenpflichtig und vorläufig

vollstreckbar zu verurteilen, an ihn 219,35 € zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 01.09.2011 zu zahlen.

*Die Beklagte beantragt,*

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch seitens des Klägers stehe schon die Einrede der Verjährung aus § 11 Abs. 1 UWG entgegen. Der Kläger habe jedenfalls seit dem 7.7.2010, also seit über einem Jahr, Kenntnis von dem hier streitgegenständlichen Werbeverhalten der Beklagten gehabt. Aufgrund der Abmahnung vom Juli 2010 sei es mehr als wahrscheinlich und unter Beachtung der sonstigen Abmahnpraxis des Klägers auch mit Sicherheit anzunehmen, dass dieser bereits im Juli 2010 das gesamte Internetangebot der Beklagten auf die Zulässigkeit bzw. auf die Verwendung des unter dem 7.7.2010 als wettbewerbswidrig eingestuften Werbetextes durchsucht habe. Insoweit sei davon auszugehen, dass der Kläger bereits Ende Juli 2010 auch von der weiteren Unternehmenspräsenz der Beklagten unter „www.zahnarztsparen.de“ Kenntnis genommen habe. Denn auf eben dieses Internetangebot verweise die Beklagte auf ihrer Internetseite „X1“ unter dem Stichwort „Unsere Patientenseite“. Auf dieser Seite sei schon im Juli 2010 mit der hier streitgegenständlichen „F-Werbung“ Werbung betrieben worden.

Die Beklagte ist weiter der Auffassung, die Vorschrift des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG verstoße als sogenanntes abstraktes Gefährdungsdelikt gegen europarechtliche Vorgaben. Aus der Entscheidung des EUGH vom 8.11.2007 in der Rechtssache C-375/05 („Gintec“) folge, dass durch die Richtlinie 2001/83/EG eine vollständige Harmonisierung des Bereiches der Arzneimittelwerbung erfolgt sei. Diese vollständige Harmonisierung bedeute, dass von den in der Richtlinie geregelten Vorgaben nur abgewichen werde dürfe, wenn die

Richtlinie selbst dies vorsehe. Da weder Artikel 90 f noch Artikel 90 j der Richtlinie eine umfassendes formal auszulegendes Publikumsverbot der Werbung mit positiven Äußerungen Dritter normierten, bedürfe es einer theologischen Reduktion des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG. Dieses Publikumsverbot greife nach dem Urteil des EUGH nur dann, wenn eine Genesungsbeschreibung in Form eines Hinweises enthalten sei, dass die Verwendung des beworbenen Heilmittels zur Wiederherstellung der Gesundheit eines an einer bestimmten Krankheit oder an bestimmten Genesungsstörungen Leidenden führe und wenn dieser Hinweis zudem in missbräuchlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolge. Die von ihr, der Beklagten, vorgenommenen Kundenwerbung mit Kundenbewertungen sei nicht geeignet, diese Voraussetzungen zu erfüllen. Die Kundenbefragung beruhe in höchstem Maße auf Neutralität. Die Werbeaussagen seien auch ihrem Inhalt nach nicht geeignet, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen oder in die Irre zu führen, um dadurch die Gefahr des Fehlbrauchs oder Missbrauchs der beworbenen Medizinprodukte mit einer daraus resultierenden Gesundheitsgefährdung zu erhöhen. Denn Personengruppen, die sich von der streitbefangenen Internetwerbung angesprochen fühlen, würden durch die Internetwerbung lediglich animiert, sich bei Auseinandersetzungen mit diesem Themenkreis auch die beworbene Internetseite der Beklagten „X“ anzuschauen. Dies gelte umso mehr, als der Zahnersatz, den die Beklagte herstelle, nicht wie in einem Versandshop per Mausklick erworben werden könne, sondern dieser vielmehr über den behandelnden Zahnarzt beantragt werden müsse.

Eine Irreführung liege auch nicht in der konkreten Handhabung der Veröffentlichung neutraler oder negativer Anbieterwerbungen durch F. Zudem sei der Betreiber der Bewertungsplattform schon von Rechts wegen zu einem derartigen Vorschaltverfahren gezwungen. Wenn überhaupt, müsse der Kläger sein Unterlassungsbegehren gegenüber der Firma F geltend machen. Sie, die Beklagte, sei jedenfalls niemals mit Geld

oder sonstigen Angeboten an Kunden herangetreten ist, um diese zu einer Rücknahme oder Änderung einer negativen Kundenmeinung zu „überreden“.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen uneingeschränkten Anspruch auf Unterlassung der Werbung mit Äußerung von Kunden über die Produkte der Beklagten im Rahmen eines Internetauftritts der Beklagten in Form eines als Hyperlink ausgestalteten Werbebanners, bei dem über die Verlinkung Äußerungen von Kunden über Zahnersatzprodukte der Beklagten aufgerufen werden können. Die Beklagte verstößt damit nicht per se gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG in der verfassungsrechtlich gebotenen Auslegung. Allerdings stellt sich die Werbung mit Äußerungen von Kunden dann als irreführend dar, wenn – wie vorliegend – nicht uneingeschränkt alle Bewertungen in dem Bewertungsportal, mit dem die Beklagte wirbt, veröffentlicht werden, sondern bei neutralen und Negativbewertungen die Veröffentlichung von dem Portalbetreiber wie auch von dem Bewerter und (mittelbar) auch dem Bewerteten abhängig ist. In diesem Umfang war dem Unterlassungsantrag des Klägers stattzugeben; der darüber hinausgehende Antrag indes abzuweisen. Hierzu im Einzelnen:

1.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch scheidet nicht schon – wie die Beklagte meint – an § 11 UWG. Verjährung eines etwaigen Unterlassungsanspruchs ist nicht eingetreten. Unabhängig davon, dass der Kläger bei dem Vorfall vom 7.7.2010 lediglich die Internetadresse „X1“ beanstandet hat und dort auch nur die Marktführerstellung der Beklagten und unabhängig

von der Frage, ob sie damals schon hätte erkennen können, dass die Beklagte auch mit Kundenbewertungen wirbt, konnte eine Verjährung im Sinne von § 11 UWG aufgrund der fortbestehenden Werbung mit Kundenmeinungen nicht eintreten. Denn bei Dauerhandlungen kann die Verjährung eines Unterlassungsanspruches nicht beginnen, solange der Eingriff selbst noch fort dauert (BGH, GRUR 2003, 448; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.12.2011, AZ 20 U 115/11; Köhler/Bornkamm, UWG, 29 Aufl., 2011, § 11 Nr. 1.21).

2.

Dem Kläger steht indes der geltend gemachte, uneingeschränkte Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 1, 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG nicht zu, weil die Beklagte mit der Veröffentlichung von ÄußeSn Dritter nicht generell gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG verstößt.

a)

Zwar darf nach dem Wortlaut dieser Vorschrift außerhalb von Fachkreisen für Arzneimittel nicht geworben werden mit ÄußeSn Dritter, insbesondere mit Dank, Anerkennungs- oder Empfehlungsschreiben, oder mit Hinweisen auf solche ÄußeSn. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 a HWG findet das Heilmittelwerbegesetz auch Anwendung auf Medizinprodukte, wozu unstreitig auch Zahnersatz gehört. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wäre die Internetwerbung, wie sie von der Beklagten betrieben wird, daher unzulässig.

b)

Entgegen der Auffassung der Beklagte ist vorliegend auch eine gemeinschaftskonforme, einschränkende Auslegung von § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG im konkreten Fall nicht angezeigt, weil die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (RL 2001/83/EG) auf Medizinprodukte (hier: Zahnprothesen) nicht anwendbar ist.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 8.11.2007 (Aktenzeichen C-374/05) auf ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs festgestellt, dass mit der Richtlinie 2001/83 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel in der durch die Richtlinie 2004/27 geänderten Fassung eine vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung erfolgt ist. Die Richtlinie ist daher dahingehend auszulegen, dass ein Mitgliedstaat in seinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften kein uneingeschränktes und unbedingtes Verbot vorsehen darf, in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritten zu verwenden. In Bezug auf die Werbung von Arzneimitteln bedeutet dies, dass wegen des sonst eintretenden Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht in der Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel Äußerungen Dritter nur dann verboten werden dürfen, wenn diese sich in willkürlicher, abstoßender oder irreführender Weise auf Genesungsbescheinigungen beziehen (EUGH, GRUR 2008, 267, dem folgend BGH, GRUR 2009, 179).

Dieses Urteil ist jedoch ausschließlich zur Richtlinie 2001/83/EG (EG Humanarzneimittelkodex RL) ergangen. Nach Artikel 1 Nr. 2 dieser Richtlinie sind Arzneimittel alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die als Mittel mit Eigenschaften zur Heilung oder zur Verhütung menschlicher Krankheiten bestimmt sind oder alle Stoffe oder Stoffzusammensetzungen, die im oder am menschlichen Körper verwendet oder einem Menschen verabreicht werden können, um entweder die menschlichen physiologischen Funktionen durch eine pharmakologische, immunologische oder metabolische Wirkung wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen oder eine medizinische Diagnose zu erstellen. Artikel 90 der Richtlinie bestimmt, dass die Öffentlichkeitswerbung für Arzneimittel keine der unter Ziffer a) bis k) genannten Elemente enthalten darf. In Abgrenzung zu Arzneimitteln handelt die Beklagte vorliegend mit Medizinprodukten, die keine pharmakologische, immunologische oder metabolische, sondern vielmehr eine physikalische Wirkung

haben. Demgemäß gilt die Richtlinie 2001/83/EG nicht für Medizinprodukte. Dies ist nach ihrer Änderung durch die Richtlinie 2004/27/EG eindeutig, in der der Arzneimittelbegriff in Abgrenzung zu Medizinprodukten formuliert worden ist. Eine Artikel 90 der Richtlinie 2001/83/EG entsprechende europarechtliche Regelung für Medizinprodukte, die als höherrangiges Recht der Anwendung der bundesdeutschen Norm entgegen stehen könnte, gibt es nicht.

In diesem Zusammenhang hilft der Beklagten auch nicht der Verweis auf den Willen des Gesetzgebers, das HWG zu ändern und zu einem konkreten Gefährdungsdelikt umzugestalten. Denn der Referentenentwurf vom 02.12.2011, den das Kabinett am 15.01.2012 verabschiedet hat, soll erst im Juli 2012 in Kraft treten, so dass vorliegend das Heilmittelwerbeengesetz in der derzeit geltenden Form anzuwenden ist.

c)

Die Kammer hält jedoch eine am Maßstab des Artikel 12 Abs. 1 GG vorzunehmende verfassungskonforme Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 1 HWG für erforderlich. Einer solchen Auslegung steht die Richtlinie 2001/83/EG – wie bereits ausgeführt – schon deshalb nicht entgegen, weil sich diese Richtlinie nur auf Arzneimittel und nicht auch auf Medizinprodukte erstreckt. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Frage, ob durch die vollständige Harmonisierung des Bereichs der Arzneimittelwerbung durch den Gemeinschaftskodex eine verfassungskonforme Auslegung des §§ 11 Abs. 1 HWG im Sinne eines konkreten Gefährdungsdeliktes ausgeschlossen ist (so OLG II, GRUR-RR 2010, 74), nicht an.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof (NJW-RR 2007, 1338) ist die Vorschrift des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HWG (Werbung für Heilbehandlung mit bildlichen Darstellungen von Personen) einschränkend auszulegen ist. Die Vorschrift sei, so der BGH in der zitierten Entscheidung – vom historischen Gesetzgeber als abstrakter Gefährdungstatbestand verstanden

und vom Bundesgerichtshof bis zu dieser Entscheidung auch so ausgelegt worden (vgl. BGH, GRUR 1985, 936; NJW-RR 2001, 684). An dieser Auslegung werde mit Rücksicht auf die Tragweite der durch Artikel 12 Abs. 1 GGG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit, die durch § 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG eingeschränkt werde, nicht festgehalten. Vielmehr sei im Anschluss an die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Heilmittelwerberecht (insbesondere zu § 10 Abs. 1 HWG; BVerfG, NJW 2004, 2660) eine einschränkende Auslegung der Vorschrift geboten. Der Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 4 HWG setze danach voraus, dass die Werbung geeignet sei, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken (BGH NJW-RR 2007, 1338 m.w.N.). Die Ausgestaltung der Verbotsnormen des HWG als abstrakte Gefährdungsdelikte beziehe das durch Artikel 12 Abs. 1 GG grundsätzlich gewährleistete Recht, für seine Produkte zu werben, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Norm nicht in die Abwägung ein. Daher sei es nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts bei der Prüfung, ob eine Werbung gegen das Heilmittelwerbegesetz verstößt, zu berücksichtigen, dass es sich um eine Selbstdarstellung im Internet und damit in einem Medium handelt, welches als passive Darstellungsplattform in der Regel von interessierten Personen auf der Suche nach ganz bestimmten Informationen aufgesucht wird und sich daher der breiten Öffentlichkeit nicht unvorbereitet aufdrängt.

bb) Dies muss in gleichem Maße für das Verbot des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG gelten. Denn auch die Bestimmung des §§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG soll verhindern, dass durch Werbung mit ÄußeSn Dritter oder mit Hinweisen auf solche ÄußeSn der Eindruck erweckt wird, dass fragliche Heilmittel oder Behandlungsverfahren werde von anderen empfohlen und sei deshalb besonders vertrauenswürdig. Vor diesem Hintergrund ist der Tatbestand des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HBG im Einklang mit der einschränkenden Auslegung bei Werbung für Arzneiprodukte

und der geplanten Gesetzesreform auch bei Medizinproduktwerbung einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Publikumswerbung nur dann verboten ist, wenn sie geeignet ist, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken. Öffentlichkeitswerbung für Medizinprodukte mit ÄußeSn Dritter ist demgemäß nur dann verboten, wenn diese in willkürlicher, abstoßender oder irreführender Weise erfolgt.

3.

Der Kläger hat einen Anspruch aus §§ 3, 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1, 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 HWG auf Unterlassung von Werbung mit ÄußeSn Dritter allerdings in der Form, dass die Beklagte mit der Kundebefragung, hier durch das Bewertungsportal F, wirbt, wenn und solange das Bewertungsportal Negativbewertungen nicht uneingeschränkt veröffentlicht. Eine solche Werbung mit ÄußeSn Dritter unter der Hinweis „garantiert echte Kundenmeinungen“ ist irreführend i.S. von § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG in seiner gebotenen einschränkenden Auslegung sowie i.S.v. § 5 UWG.

a)

Bei der Werbung mit dem Werbebanner von „F“ nebst dortiger Einstufung wie auch dem Hyperlink zu dieser Seite handelt es sich um eine eigene Werbung der Beklagten. Denn bei Werbung mit Empfehlungs- und Anerkennungsschreiben macht sich der Werbende die Angaben des Dritten zu eigen und muss diese wettbewerbsrechtlich in vollem Umfang vertreten. ÄußeSn Dritter wirken in der Werbung objektiv und werden daher, falls nicht rein geschmackliche Fragen Gegenstand der Beurteilung sind, nicht nur ernst genommen, sondern im Allgemeinen höher bewertet als die eigenen ÄußeSn des Werbenden. Sind sie geeignet, durch ihren Inhalt über das Angebot oder die geschäftliche Verhältnisse des Werbenden irrezuführen, liegt ein Verstoß gegen § 5 UWG vor. (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 5 Rn 2.163). Damit musste der Kläger entgegen

der Auffassung der Beklagten sein Unterlassungsbegehren nicht gegenüber der Firma F selbst geltend machen, sondern hat gegenüber der Beklagten einen eigenen Unterlassungsanspruch.

b)

Die Werbung mit dem Bewertungsportal „F“ ist jedenfalls solange irreführend, wie in dem dortigen Portal nicht alle Kundenmeinungen ungefiltert veröffentlicht werden.

Grundsätzlich wird von einem Bewertungsportal erwartet, dass dort die unabhängigen Äußerungen Dritter wiedergegeben sind. Eine Irreführung liegt demgemäß u.a. dann vor, wenn der Werbende für die Äußerung bezahlt hat (OLG Hamm, GRUR-RR 2011, 473 für die Bezahlung in Form von Rabatt) oder wenn sonst finanzielle oder wirtschaftliche Zusammenhänge oder Abhängigkeiten zwischen ihm und dem Dritten bestehen oder wenn die in Bezug genommene Quelle entgegen der Verkehrserwartung nicht mehr aktuell ist (Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Auflage 2010, § 5 Rn 209). Darüber hinaus liegt eine Irreführung nach Auffassung der Kammer auch dann vor, wenn – wie hier – nach den Bewertungsrichtlinien des Bewertungsportals neutrale und negative Anbieter-Bewertungen – anders als positive – zunächst einer intensiven Prüfung unterzogen werden.

Nach dem von F vorgegebenen Verfahren werden nicht zwangsläufig alle dort abgegeben Kundenbewertungen auch veröffentlicht. Dies erfolgt nur hinsichtlich der Produktbewertungen, also insbesondere der Bewertungen von Produkt-Qualität, Preis-Leistungsverhältnis, Funktionalität und Beständigkeit. Diese werden ohne Unterscheidung zwischen positiver und negativer Bewertung veröffentlicht. Demgegenüber werden negative Anbieter-Bewertungen, also Bewertungen der Faktoren Liefergeschwindigkeit, Kunden-Service und Transparenz weder unmittelbar noch umfassend veröffentlicht. Vielmehr erfolgt ein vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren und es besteht die Möglichkeit, dass entweder auf Wunsch oder infolge

Nichtreaktion des Kunden oder auch – nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens – auf Entscheidung durch einen F-Mitarbeiter die negative Anbieterbewertung nicht veröffentlicht wird. Nach dem Verständnis der Kammer erwartet der situationsadäquat aufmerksame, durchschnittlich informierte und verständigen Verbraucher (BGH GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft; OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.12.2011 AZ 20 U 115/11 – Der Marktführer) von einem Bewertungsportal, das sich als unabhängig darstellt und das mit „garantiert echte Kundenmeinungen“ wirbt, nicht nur, dass die Kundenmeinungen tatsächlich unbeeinflusst ausschließlich von tatsächlichen Kunden des bewerteten Unternehmens abgegeben werden. Vielmehr gehört dazu auch, dass alle Kundenmeinungen unmittelbar und unverändert veröffentlicht werden. Durch die Vorschaltung eines Schlichtungsverfahrens besteht schon deshalb die Gefahr eines verfälschten Eindrucks, weil der unzufriedene Kunde – etwa weil seine Beanstandung in zufriedenstellender Weise (§ 4 der Richtlinie) gelöst wurde – dazu bewegt werden kann, seine Negativbewertung zurückzuziehen. Ebenfalls nicht veröffentlicht wird eine Negativbewertung, wenn der Kunde sich auf das Schlichtungsverfahren – aus welchem Grund auch immer – nicht einlässt. Schließlich liegt nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens die Entscheidung über die Veröffentlichung bei einem Mitarbeiter von F, ohne dass klar ist, nach welchen Maßstäben über die Veröffentlichung entschieden wird. Nicht außer Betracht bleiben darf dabei, dass F im Auftrag und monatlicher Vergütung des Bewerteten tätig wird, mithin der Auftraggeber von F zugleich ein erhebliches Interesse daran hat, dass eine Negativbewertung nicht veröffentlicht wird. Insgesamt erweckt die Beurteilung bei F daher den Eindruck einer vollständigen Wiedergabe aller echten Kundenmeinungen, ohne dass dies tatsächlich der Fall und ohne dass dies für den Verbraucher in irgendeiner Weise erkennbar ist. Der Verbraucher kann vielmehr lediglich erkennen, wie viele (freigeschaltete) Bewertungen abgegeben und wie viele hiervon positiv oder negativ erfolgten; nicht aber, wie viele Negativmeinungen nicht veröffentlicht worden

sind. Lediglich in einer nebenstehenden Spalte erfolgt ein Hinweis auf die Zahl der durchgeführten Schlichtungsverfahren, ohne dass für den Verbraucher klargestellt ist, was mit diesem Verfahren überhaupt gemeint ist. Der erforderliche, die Irreführung ausräumende ausdrückliche und klare Hinweis, dass nicht alle abgegebene Kundenbewertungen veröffentlicht werden, ist damit keinesfalls verbunden.

c)

Diese Vorgehensweise ist auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass unsachliche oder gar (bewusst) falsche negative Äußerungen über den Anbieter der Ware selbst erheblichen Einfluss auf die Entscheidung des Nutzers des Bewertungsportals haben. Denn dies ist auch bei positiven Aussagen der Fall, die ja ungefiltert übernommen werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Betreiber der Bewertungsplattform auch nicht von Rechts wegen zu einem derartigen Vorschaltverfahren gezwungen. Denn das beanstandete Verfahren (Schlichtungsverfahren, Entscheidung durch einen „F Mediationsmanager“ oder sonstigen Mitarbeiter von F usw.) unterscheidet sich eklatant von der ggf. erforderlichen Herausfiltern beleidigender Inhalte (während markenrechtsverletzende oder wettbewerbswidrige Inhalte nach dem Konzept der Erfragung von Kundenmeinungen nicht in Betracht kommen dürften). Daher kann es dahingestellt bleiben, ob im konkreten Fall tatsächlich eine Prüfpflicht von F gegenüber ihren Kunden besteht, um diese vor Beleidigungen zu schützen. Zweifel bestehen jedenfalls deshalb, weil – anders als im von der Beklagten aufgeführten Entscheidung des BGH vom 27.03.2007, VI ZR 101/06 – die Äußerungen nicht auf einem für jeden Nutzer offenstehenden Meinungsportal erfolgen, sondern mit Willen der Auftraggeber von F und ausschließlich von Kunden dieser Auftraggeber.

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte mit Geld oder sonstigen Angeboten an Kunden herantreten ist, um diese zu einer Rücknahme oder Änderung

einer negativen Kundenmeinung zu „überreden“. Allein die Werbung mit „F“ in Kenntnis der vorgegebenen Verfahrensweise stellt sich aus den genannten Gründen als irreführend dar, ohne dass es darauf ankäme, ob die Beklagte darüber hinaus in konkreten Fällen eine Beeinflussung der Kundenmeinungen vorgenommen hat.

Da der Inhalt der Bewertungsrichtlinien von F unstreitig und der Sachverhalt daher zur Entscheidung reif ist, kommt eine Zurückweisung des klägerischen Vortrags wegen Verspätung (§ 296 ZPO) nicht in Betracht. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang den neuen Vortrag des Klägers mit Nichtwissen bestreitet, ist dieses Bestreiten in Bezug auf die Bewertungsrichtlinien von F gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig. Die Beklagte ist Auftraggeberin von F, weshalb ihr die Bewertungsrichtlinien bekannt sind oder jedenfalls sein können.

4.

Nach alledem war dem Unterlassungsantrag in eingeschränkter Form unter Klageabweisung im übrigen stattzugeben. Der Verbotsantrag des Klägers war zu weit gefasst; umfasste allerdings inhaltlich auch das zuerkannte, einschränkende Verbot der Irreführung durch teilweises Nichtveröffentlichen negativer Bewertungen.

Daher kommt es für die Entscheidung in der Hauptsache nicht darauf an, ob es sich bei dem Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 21.02.2012 um einen neuen Streitgegenstand und damit um eine Klageänderung/Klageerweiterung handelt. Jedenfalls wäre eine Klageänderung unzweifelhaft sachdienlich i.S.v. § 263 ZPO, weil damit ein neuer Prozess vermieden und das bisherige Prozessergebnis zumindest mitverwertet werden kann und eine Prozessverschleppung nicht eintritt.

5.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO. Dabei war bei der

Kostenquotelung zu berücksichtigen, dass auch mit dem einschränkenden Verbot dem ursprünglichen Unterlassungsbegehren des Klägers überwiegend Genüge getan wird. § 96 kommt vorliegend auch bei Vorliegen einer Klageänderung nicht zur Anwendung, weil die ursprüngliche Klage keine besonderen Kosten verursacht hat.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

Streitwert: bis zu 30.000,- €

(entsprechend des Interesses des Klägers an der Verhinderung künftiger Verletzungshandlungen und den dem Verbraucher drohenden Nachteile).