

Bewertung **gegen** **Gewinnspielteilnahme:** **Wettbewerbswidrig!**

Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Urteil vom 20.08.2020

Az.: 6 U 270/19

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 19.11.2019 verkündete Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung der Unterlassungsverpflichtung aus dem angefochtenen Urteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 70.000,- € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Im Übrigen kann die Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, es zu unterlassen, im Zusammenhang mit Whirlpools mit Bewertungen zu werben, wenn diese dadurch zustande kommen, dass sie als Gegenleistung für die Teilnahme an einem Gewinnspiel abgegeben werden.

Die Parteien vertreiben gewerbsmäßig Whirlpools. Die Beklagte lobte auf der Plattform Facebook mittels eines „Posts“ (Bl. 4 d.A.) ein Gewinnspiel über einen Luxus-Whirlpool aus. Im Text der Beklagten hieß es:

„Wie du gewinnen kannst? Ganz einfach: Diesen Post liken, kommentieren, teilen; unsere Seite liken oder bewerten. Jede Aktion erhält ein Los und erhöht deine Gewinnchance“.

Die Klägerin sieht in der Gewinnauslobung einen Wettbewerbsverstoß, mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 4.5.2018 ab und forderte vergeblich die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.

Schließlich beantragte die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung vor dem Landgericht Frankfurt am Main, das dem Eilantrag antragsgemäß mit Beschluss vom 24.5.2018 stattgab. Auf den Widerspruch der Beklagten hielt das Landgericht die einstweilige Verfügung aufrecht. Die hiergegen eingelegte Berufung wurde mit Urteil vom 16.5.2019 – 6 U 14/19 zurückgewiesen (im LG-Urteil falsch 14.5.2019).

Mit Abschlusschreiben vom 26.6.2019 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung vergeblich auf, die im Eilverfahren ergangene Entscheidung als endgültige Regelung anzuerkennen und auf sämtliche Rechtsmittel zu verzichten.

Mit der vorliegenden Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren im Hauptverfahren – nebst außergerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren – weiter (Unterlassung = Klageantrag zu 4.; Zahlung in Höhe von 996,95 € = Klageantrag zu 1.; Zahlung

in Höhe von 1.752,90 € = Klageantrag 5.)

Wegen des Sachverhalts im Weiteren und des streitigen Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Mit Urteil vom 19.11.2019 hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

Die Beklagte trägt vor:

Das Landgericht habe der Klage zu Unrecht stattgegeben. Es fehle bereits an dem geltend gemachten Wettbewerbsverstoß. Jedenfalls habe die Klägerin einen Verstoß im Umfang des Unterlassungstenors weder dargelegt noch bewiesen. Die Feststellungen des Landgerichts basierten auf Mutmaßungen, denn aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich nicht, dass ihr weitere Feststellungen zu „gekauften“ Facebook-Kommentaren nicht möglich gewesen seien. Letztlich habe die Klägerin trotz der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nur zwei Facebook-Kommentare vorgetragen, welche nach ihrem Verständnis „erkauft“ gewesen seien. Insoweit habe die Klägerin jedenfalls keine relevante Irreführung dargelegt. Die Äußerung des Verdachts, dass die vom Beklagten aufgestellte Werbebehauptung irreführend sei, reiche für eine schlüssige Klage nicht aus.

Ein Unterlassungsanspruch scheidet jedenfalls bezüglich der Angaben auf dem Portal „11880.com“ aus. Dort sei nämlich keine Bewertungen beworben worden, auf die im Zeitraum des Gewinnspiels Einfluss genommen worden sei. Wie für jedermann erkennbar, seien auf dem Portal ausweislich der Anlage CF 1 nur solche Facebook-Kommentare beworben worden, die vor der Auslobung des Gewinnspiels abgegeben worden seien. Eine Irreführung scheidet danach aus, weil nur mit unbeeinflussten

Bewerbungen erworben worden sei.

Außerdem habe das Landgericht den Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Funktionsweise des Google My Business Profils falsch verstanden. Es sei keineswegs davon auszugehen, dass in den Angaben Bewertungen oder Kommentare berücksichtigt seien, die nach Auslobung des Gewinnspiels verfasst bzw. veröffentlicht worden seien. Da die Beklagte selbst keine Kenntnis habe, ob die Facebook-Seite vor oder nach der Auslobung gecrawlt worden sei, sei es zulässig, die Mutmaßungen der Klägerin mit Nichtwissen zu bestreiten. Die Klägerin hätte beweisen müssen, dass in den Angaben beeinflusste Facebook-Kommentare enthalten seien.

Der vom Landgericht festgesetzte Streitwert in Höhe von 75.000,- € sei überhöht. Unter Berücksichtigung der Tragweite der beanstandeten Handlung erscheine ein Hauptsachestreitwert von allenfalls 10.000,- € angemessen.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten kann in der Sache keinen Erfolg haben.

Das Landgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die Berufungsangriffe der Beklagten können dieses Ergebnis nicht in Frage stellen.

1. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, steht der Klägerin – als Mitbewerberin der Beklagten – gegen diese ein

Anspruch auf Unterlassung aus § 8 Abs. 1 und 3, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 UWG zu. Die Werbung mit den streitbefangenen Bewertungen ist irreführend und damit unlauter. Im Urteil vom 16.5.2019 hat der Senat hierzu ausgeführt:

Äußerungen Dritter wirken in der Werbung objektiv und werden daher im Allgemeinen höher bewertet als eigene Äußerungen des Werbenden (Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm, 37. Aufl., § 5 Rn 1.165). Die Werbung mit bezahlten Empfehlungen ist daher unzulässig. Ein Kunde, der eine Empfehlung ausspricht, muss in seinem Urteil frei und unabhängig sein. Ein zu Unrecht erzeugter Anschein der Objektivität ist irreführend. Eine Ausnahme gilt nur für Empfehlungen Prominenter in der Werbung, da der Verkehr weiß, dass der bekannte Name nicht unentgeltlich verwendet werden darf (Bornkamm/Feddersen aaO Rn 1.166).

Die Antragsgegnerin wirbt mit ihren Facebook-Bewertungen und der dort erzielten guten Durchschnittsnote auf Facebook und in anderen sozialen Netzwerken, namentlich bei „Google My Business“ (Anlage CF1, S. 1) und bei „11880.com“ (Anlage CF1, S. 11, 14). Die Bewertungen sind zumindest teilweise nicht frei und unabhängig abgegeben worden. Es ist davon auszugehen, dass ein nicht unerheblicher Teil der Bewertungen nur deshalb abgegeben wurde, weil die Bewerter durch die Gewinnspielteilnahme „belohnt“ wurden. Es liegt auch auf der Hand, dass Bewertungen aus Anlass des Gewinnspiels eher positiv ausfallen. Es ist damit zwar keine „bezahlte“ Empfehlung im Wortsinn gegeben. Gleichwohl sind die Bewertungen nicht als objektiv anzusehen. Besucher der Seiten der Antragsgegnerin auf den Plattformen Facebook, Google My Business und 11880.com, die die Werbung mit der hohen Anzahl an Bewertungen und der hohen Durchschnittspunktzahl sehen, gewinnen demgegenüber den Eindruck grundsätzlich objektiver Bewertungen. Sie werden irregeführt. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin gilt nicht deshalb etwas anderes, weil es sich nicht um Produktbewertungen handelt, bei denen der Käufer ein

bereits erworbenes Produkt bewertet. Vorliegend bewerten Nutzer von Social-Media-Plattformen die Facebook-Seite der Antragsgegnerin. Dies macht keinen wesentlichen Unterschied. Der Durchschnittsverbraucher geht davon aus, dass nur zufriedene Kunden oder solche Verbraucher, die das gesehene Angebot für überzeugend halten, den Social-Media-Auftritt positiv bewerten. Die Anzahl der Bewertungen lässt außerdem auch Rückschlüsse auf die Bekanntheit des Unternehmens und seiner Produkte zu. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kann nicht angenommen werden, dass alle Besucher der Seite die Bewertungen inhaltlich durchgehen und daher selbst erkennen, dass sie teilweise nur anlässlich des Gewinnspiels abgegeben wurden.

Entgegen der von dem Antragsgegnervertreter in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht kann nicht angenommen werden, dass Besuchern von Social-Media-Plattformen die (unlauteren) Praktiken bei der Generierung von Bewertungen bereits so geläufig sind, dass sie den Bewertungen von vornherein keine objektive Aussagekraft zumessen. Würde dies zutreffen, hätte die Antragsgegnerin für die Abgabe von Bewertungen sicher keine werthaltige Belohnung ausgesetzt.

Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, für eine Gewinnspielteilnahme sei die Abgabe einer Bewertung nicht zwingend erforderlich gewesen. Vielmehr sei es für die Teilnahme ausreichend gewesen, die Facebook-Seite der Antragsgegnerin bzw. den Gewinnspielpost zu „ liken“, zu kommentieren oder zu teilen. Tatsächlich war es so, dass „jede Aktion“ ein Los erhält und die Gewinnchancen erhöht (Anlage CF1, S. 6). Ein Teilnehmer, der möglichst gute Gewinnchancen haben möchte, wird also nach Möglichkeit von mehreren oder allen Aktionen Gebrauch machen, die ein Los einbringen.

Die Antragsgegnerin kann schließlich auch nicht damit gehört werden, eine Irreführung scheide deshalb aus, weil der Verkehr ohne weiteres erkenne, dass es sich bei den Angaben auf „Google My Business“ um Werbung handelt. Darum geht es nicht.

Der Vorwurf liegt nicht in der Schaltung getarnter Werbung, sondern in der (offenen) Werbung mit Bewertungen, die (verdeckt) gekauft wurden.

Die Irreführung ist auch geeignet, im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG den Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der Begriff „geschäftliche Entscheidung“ erfasst außer der Entscheidung über den Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts auch damit unmittelbar zusammenhängende Entscheidungen wie insbesondere das Betreten eines Geschäfts (vgl. BGH GRUR 2016, 1076 – LGA tested) oder – wie hier – den Zugang zu einem im Internet angebotenen Produkt über eine Werbeseite, um sich mit dem Produkt im Detail zu beschäftigen (vgl. BGH, Urteil vom 7.3.2019 – I ZR 184/17 – Energieeffizienzklasse III, Rn 29, juris). Die Werbung mit einer hohen Zahl ganz überwiegend positiver Bewertungen ist geeignet, Verbraucher dazu zu veranlassen, sich mit dem Angebot der Antragsgegnerin näher zu befassen (...).“

An diesen Rechtsausführungen hält der Senat fest. Die von der Beklagten hiergegen mit der Berufung vorgebrachten Einwände können nicht überzeugen.

So kann die Beklagte nicht damit gehört werden, der Vortrag der Klägerin und die Feststellungen des Landgerichts basierten lediglich auf Mutmaßungen, da die Klägerin nur zwei Facebook-Kommentare vorgelegt habe, die auf das Gewinnspiel zurückgehen, sich hieraus aber nicht ergebe, dass alle Bewertungen auf diese Weise zustande gekommen seien.

Schon im Urteil zum Eilverfahren hat der Senat dazu ausgeführt, dass es nicht darauf ankommt, dass die Antragstellerin lediglich bei zwei der insgesamt rund 4.000 Bewertungen nachgewiesen hat, dass sie tatsächlich durch das Gewinnspiel veranlasst wurden. Es liegt nämlich ohne weiteres nahe, dass durch die Gewinnspielauslobung eine erhebliche Zahl an Bewertungen generiert wurde. Die Beeinflussung muss sich

dabei nicht explizit aus dem Text der Bewertung ergeben. Bei der Mehrzahl der beeinflussten Bewertungen dürfte sich die Einflussnahme auch nicht direkt aus dem Bewertungstext erschließen.

Der Klägerin waren danach weitere substantiierte Darlegungen zur tatsächlichen Anzahl der von dem Gewinnspiel beeinflussten Bewertungen gar nicht möglich. Bei dieser Sachlage spricht viel dafür, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast dafür trifft, dass außer den beiden mit der Klage vorgelegten Bewertungen keine weiteren auf das Gewinnspiel zurückzuführen sind. Schließlich hat sie den Zusammenhang zwischen den Bewertungen und dem Gewinnspiel selbst geschaffen. Jedenfalls streitet zugunsten der Klägerin aber ein Anscheinsbeweis, der dahingeht, dass ein erheblicher Teil der Bewertungen nur deshalb abgegeben wurde, weil der jeweilige Bewerter hierzu durch das Gewinnspiel veranlasst wurde. Vortrag, der diesen Anscheinsbeweis erschüttern könnte, hat die Beklagte nicht gehalten.

Ebenfalls unerheblich ist der Einwand der Beklagten, die Verurteilung zur Unterlassung sei zu weit gefasst, da jedenfalls kein Unterlassungsanspruch in Bezug auf das Portal „11880.com“ gegeben sei, weil dort nur mit solchen Facebook-Kommentaren geworben werde, die vor Auslobung des Gewinnspiels abgegeben wurden.

Der Verurteilungstenor nennt das Portal nicht konkret. Die Beklagte wird (lediglich) verurteilt, es zu unterlassen (...) „mit Bewertungen zu werben, wenn auf diese Bewertungen Einfluss seitens der Beklagten genommen wurde durch die Ermöglichung einer Teilnahme an einem Gewinnspiel als Gegenleistung für die Abgabe einer Bewertung, wie geschehen auf der Social-Media-Plattform Facebook (...)“.

Es bestehen aber keine Bedenken gegen die Annahme, dass sich die Unterlassungsverpflichtung im Kern auf alle Plattformen bezieht, auf denen mit den durch das Gewinnspiel potentiell

beeinflussten Bewertungen – also jenen, die von der Schaltung am 29.3.2018 bis zur Verlosung am 17.6.2018 abgegeben wurden – geworben wird.

Sofern der Einwand der Beklagte darauf abzielt, dass sie durch das angefochtene Urteil zur Beseitigung von Kommentaren auch vom Portal „11880.com“ verurteilt wurde, obwohl dort gar keine unlauteren Kommentare vorhanden sein können, weil die dort veröffentlichten vor der Auslobung des Gewinnspiels abgegeben worden seien, gibt auch dies keine Veranlassung zur Beschränkung der Unterlassungsverpflichtung.

Soweit sich die auf dem Portal „11880.com“ abgegebenen Bewertungen zeitlich einordnen lassen, besteht für die Beklagten im Rahmen ihrer Beseitigungspflicht nämlich kein Handlungsbedarf für solche Bewertungen, die eindeutig vor Auslobung des Gewinnspiels abgegeben wurden. Die Begrenzung, die die Beklagte vermisst, ergibt sich schon daraus, dass die Unterlassungsverpflichtung durch den Tenor auf Kommentare beschränkt ist, die durch das Gewinnspiel generiert wurden.

Schließlich kann die Beklagte auch nicht damit gehört werden, hinsichtlich des Google My Business Profils stehe nicht fest, ob die beanstandeten Bewertungen dort vorhanden seien, weil die Übertragung durch das automatische Crawlen erfolge und sie nicht wisse, ob dies vor oder nach der Auslobung durch das Gewinnspiel erfolgt sei. Insoweit gilt zunächst das zum Portal „11880.com“ oben Ausgeführte entsprechend.

Sofern der Einwand der Beklagten so verstanden werden soll, dass sie ihre Verantwortung dafür in Frage stellen will, dass es in dem Profil Bewertungen gibt, die durch das Gewinnspiel generiert wurden, weil sie automatisch „gecrawlt“ wurden, kann das die Beklagte ebenfalls nicht entlasten. Zum einen hat die Beklagte die Möglichkeit, dass die durch das Gewinnspiel generierten Bewertungen auch auf dem Google My Business Profil erscheinen, durch die Verknüpfung des Gewinnspiels mit den Bewertungen selbst gesetzt. Und nur sie kann es auch stoppen,

indem sie die Teilnahmebedingungen ändert. Zum anderen entlastet die Beklagte aber auch der Automatismus durch das Crawlen nicht. Die Beklagte hat nämlich durch das Gewinnspiel einen fortdauernden Störungszustand geschaffen. Der Unterlassungstitel verpflichtet sie deshalb auch zur Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störerzustands. Zu den danach geschuldeten Maßnahmen kann auch die Einwirkung auf Dritte gehören, wenn ihr deren Handeln wirtschaftlich zugutekommt und sie mit (weiteren) Verstößen ernstlich rechnen muss, soweit sie rechtliche oder tatsächliche Einflussmöglichkeiten hat (BGH, Urteil vom 12.7.2018 – I ZB 86/17 = GRUR 2018, 1183 – Wirbel um Bauschutt). Das ist hier der Fall. Dass ihr ein Einwirken auf Google bzw. die sonst relevanten Crawler-Dienste nicht möglich ist, macht die Beklagte nicht geltend.

2. Mit dem angefochtenen Urteil ist die Beklagte zum einen zum Ersatz der Abmahnkosten (= Urteilstenor zu 2.) gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG in Höhe von (noch) 996,95 € verurteilt worden (ursprünglich 1.732,90 € abzüglich einer mit 755,95 € angerechneten Verfahrensgebühr von 0,65 für das Eilverfahren und zuzüglich der Pauschale nach Nr. 7002 RVG-VV – vgl. Berechnung in der Klageschrift S. 6 = Bl. 6 d.A.). Zum anderen erstreckt sich die Verurteilung auf den Ersatz der Kosten des Abschlusschreibens in Höhe von 1.752,90 € (= Urteilstenor zu 3.) auf der Grundlage einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag.

Gegen die Berechnung der jeweiligen Gebühren wendet sich die Beklagte mit der Berufung nicht. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil kann daher verwiesen werden. Insbesondere der Ansatz des Hauptsachestreitwertes und die Anrechnung der Gebühr aus dem Eilverfahren bei den Kosten für das Abmahnschreiben sind nicht zu beanstanden.

Soweit die Beklagte einwendet, der sowohl für die Abmahnkosten also auch für die Kosten des Abschlusschreibens maßgebliche Gebührenstreitwert von 75.000,- € sei überhöht, es sei

vielmehr ein Streitwert von maximal 10.000,- € angemessen, greift auch dies nicht durch.

Der Senat hat im vorausgehenden Eilverfahren einen Gebührenstreitwert von 50.000,- € festgesetzt (vgl. Protokoll vom 16.5.2019 – Bl. 408 d. Beiakte). Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht dieser Wert zwei Dritteln des Hauptsachestreitwertes. Der Hauptsachestreitwert beträgt demnach 75.000,- € (50.000 : 2 x 3) – wie vom Landgericht angenommen. Es besteht keine Veranlassung, hiervon abzuweichen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 10 ZPO, 711; 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.