

**Bianca C. Kannenberg**

**Die in AGBs von Bewertungsportalen vereinbarte Vertragsstrafe  
als Instrument der Kompensation nach rechtswidrigen  
Bewertungen – Die rechtlichen Möglichkeiten in Deutschland  
und Polen**

## I. Einleitung

Bewertungsportale nehmen eine immer wichtigere Rolle in unserem Alltag ein, wenn es darum geht uns für eine Dienstleistung bzw. ein Produkt zu entscheiden. Die dort platzierten Bewertungen sind jedoch häufig nicht gerechtfertigt und werden dennoch nicht beseitigt. Ein derartiges Verweilen kann aber zu Schäden bei dem bewerteten Dienstleister bzw. Anbieter führen. Diesem stellt sich dann die Frage, wie und gegenüber wem er zu einer Kompensation gelangen kann.

Vor über einem Jahr, am 1.3.2016, hat der BGH sein Urteil zu der Haftung von Bewertungsportalen bei rechtswidrigen Bewertungen seiner Nutzer gefällt und somit im deutschen Rechtskreis einen Pflichtenkatalog für das Bewertungsportal bestätigt, der ihn bei Nicht- oder Schlechtbeachtung gegenüber dem Bewerteten schadensersatzpflichtig macht.<sup>1</sup>

Dieser von Literatur und Rechtsprechung entwickelte Prüfungskatalog des Bewertungsportals soll der Problematik entgegen wirken, dass Bewertungen im Internet regelmäßig unter einem Pseudonym und keinem Klarnamen abgegeben werden und es für den Bewerteten somit unmöglich gemacht wird ohne Auskunftsanspruch direkt gegen den Bewertenden vorzugehen. Er ist somit zur Wahrnehmung seiner Rechte zumeist auf den Weg über das Bewertungsportal angewiesen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Instrumentarium den Bewerteten ausreichend schützt und ob es nicht weitreichende insbesondere vertragliche Möglichkeiten gibt eine einfache Kompensation des Bewerteten herbeizuführen und einen Bewertenden sogar vor lapidar diffamierenden Beurteilungen abzubringen.

Eine solche Möglichkeit könnte das Instrument der Vertragsstrafe darstellen. Klärungsbedürftig ist dabei, ob die deutsche und polnische Rechtsdogmatik die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zwischen Bewertungsportal und seiner bewertenden Nutzer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter den gegebenen Umständen überhaupt zulässt und diese Vereinbarung einer Klauselkontrolle in beiden Rechtsordnungen standhalten würde.

Für welche genauen Anspruchskonstellationen eine Vertragsstrafe von Vorteil wäre, muss zunächst durch die Darstellung der bisherigen Rechtslage, insbesondere der bestehenden Anspruchsmöglichkeiten geklärt und durch die Herausarbeitung der regelungsbürtigen Bereiche beantwortet werden.

Hierfür soll zunächst die Rechtsprechung des BGH und EGMR sowie die deutsche Rechtslage wiedergegeben und danach die Unterschiede zur polnischen höchstrichterlichen Rechtsprechung und Rechtslage festgestellt werden. Durch diese Darlegung soll sodann möglich sein zu entscheiden, ob die etwaigen unterschiedlichen Regelungen im Bedarfsfall auf den jeweiligen anderen Rechtskreis übertragen werden können.

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“).

## II. Der deutsche Rechtskreis

### 1. Vorausgehende Rechtsprechung

Schon seit Jahren und nicht erst seit dem der genannten BGH- Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt beschäftigen sich Gerichte und Literatur in Deutschland mit den Schwierigkeiten, die sich rund um Bewertungsportale ergeben. „Jameda II“ gingen vier andere wesentliche Urteile des BGH voraus. Hier wurden Grundsätze geschaffen bzw. bestätigt auf die sich die jüngste Entscheidung stützen konnte.

So wurde beispielsweise entschieden, dass die öffentliche anonyme „Bewertung“ in Form von Meinungsäußerungen über natürliche Personen mit Klarnamen zulässig und insbesondere datenschutzrechtlich hinzunehmen sei.<sup>2</sup> Sodann bestätigte der BGH diese Ansicht und urteilte, dass ein Anspruch auf Löschung der Daten aus dem Bewertungsportal somit nicht gegeben sei.<sup>3</sup> Weiter wurde entschieden, dass kein Auskunftsanspruch gegen Bewertungsportale bestehe, wenn es lediglich um die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehe.<sup>4</sup> Schließlich wurde klargestellt, dass es keine grundsätzliche Pflicht für Portalbetreiber gibt Bewertungen vor ihrer Veröffentlichung einer Vorabprüfung zu unterstellen. Darüber hinaus drohe eine Haftung des Portals erst, wenn es Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt erlangt oder sich den rechtswidrigen Inhalt zu Eigen gemacht habe.<sup>5</sup>

### 2. Rechtliche Einordnung

Um die genannten Entscheidungen rechtlich einordnen zu können und um zu entscheiden, welche Ansprüche dem Bewerteten hieraus nun erwachsen können, ist es von Belang zunächst eine Unterscheidung zwischen Ansprüchen, die gegen den Bewertenden und solchen, die gegen das Bewertungsportal gerichtet sind, zu treffen.

#### a) Ansprüche gegen den Bewertenden

##### aa) als nicht anonymer Nutzer

Wie bereits angerissen, kann der Bewertete nur gegen den Bewertenden vorgehen, wenn ihm die Identität des Bewertenden bekannt ist. Sofern dies zutrifft, kann er Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz verlangen.<sup>6</sup> Die hierfür erforderlichen Anspruchsgrundlagen finden sich im BGB. Die Ansprüche auf Beseitigung der Bewertung sowie Schadensersatz finden ihre Rechtsgrundlage in § 823 I BGB, während beim Unterlassungsanspruch noch § 1004 I BGB hinzukommt. Daneben kommen noch die § 824 und § 823 II BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz wie beispielsweise der Beleidigung gem. § 185, der übeln Nachrede gem. § 186 oder der Verleumdung gem. § 187 StGB in Be tracht.

Voraussetzung ist, dass die Bewertung ihn in seinen Rechten widerrechtlich verletzt sich somit also als rechtswidrig darstellt.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 23.06.2009 – VI ZR 196/08 („Spickmich“).

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 23.09.2014 – VI ZR 358/13 („Jameda I“).

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 1.07.2014 – VI ZR 345/13 („Bewertungsportal“).

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 94/13 („Hotelbewertungsportal“).

<sup>6</sup> Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia Recht, 43. Ergänzungslieferung, München 2016, Rn. 35.

Mit „Recht“ ist hier zunächst das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG und speziell die Fallgruppe des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Unternehmenspersönlichkeitsrecht gemeint. Daneben kann auch das Recht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 I GG betroffen sein<sup>7</sup>, da die hier gegenständlichen Portale häufig die Bewertung von Handwerkern, Ärzten, Rechtsanwälten o. ä. sowie ganzer Unternehmen, wie beispielsweise Hotelanlagen, Online-Shops oder Restaurants zum Gegenstand haben.<sup>8</sup>

Zudem kann auch das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ aus Art. 14 GG betroffen sein. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 I BGB<sup>9</sup> und schützt unternehmensbezogene Interessen gegenüber Äußerungen.<sup>10</sup> Die Rechtsprechung behandelt das Recht als „Auffangtatbestand“, der bezüglich seiner Funktion wie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nur subsidiären Charakter hat und deshalb nicht zur Anwendung kommt, wenn es etwa um den durch § 824 sowie ggf. § 823 II i. V. m. § 186 StGB zu gewährleistenden Schutz vor unmittelbaren Beeinträchtigungen durch Verbreitung unwahrer Behauptungen geht.<sup>11</sup> Ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb durch die Äußerung betroffen ist, muss durch eine umfassende und konkrete Interessen- und Güterabwägung im Einzelfall entschieden werden.<sup>12</sup> Der Schutz kann alles das umfassen, was der unternehmerischen Betätigung und Entfaltung im Wirtschaftsleben dient.<sup>13</sup> Der Begriff des Gewerbebetriebs ist dabei weiter gefasst, als die übliche Definition des Gewerbes und umfasst auch die freien Berufe und deren Einrichtungen.

Zwar beschäftigten sich Rechtsprechung sowie die Erwägungen der Gesetzgeber nur mit dem zu schützenden APR, allerdings ist kein Grund ersichtlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dieser Linie nicht zu unterwerfen bzw. auszuklammern.

Eine widerrechtliche Verletzung der genannten Rechte ist dann zu bejahen, wenn unwahre Tatsachen behauptet werden oder eine Interessenabwägung ergibt, dass die Meinungs- bzw. Kommunikationsfreiheit des Bewertenden aus Art. 5 I GG hinter dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und den anderen genannten Rechten zurückstehen muss. Dies ist beispielsweise regelmäßig bei unwahren, beleidigenden oder in die Intimsphäre eingreifenden Bewertungen der Fall.

Für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist darüber hinaus ein betriebsbezogener Eingriff notwendig. Betriebsbezogen heißt, dass sich der Eingriff gegen den Betrieb als solchen richten und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betrifft. Des Weiteren muss es sich um eine Schadensgefahr, die über eine bloße Belästigung oder sozialübliche Behinderung hinausgeht handeln, die geeignet ist, den Betrieb in empfindlicher Weise zu stören.<sup>14</sup>

Dass eine negative Bewertung zu einem Rückgang des Kunden- oder Gästestamms beispielsweise in einer Arztpraxis, einer Rechtsanwaltskanzlei, von Online-Shops oder Restaurants führen und somit eklatante wirtschaftliche Einbußen nach sich ziehen kann

<sup>7</sup> BGH, NZS 2015, 272, 273.

<sup>8</sup> Hoeren/Sieber/Holznagel, Fn. 6, Rn. 35.

<sup>9</sup> Schulze, in: NomosK, BGB, § 823, Rn. 115.

<sup>10</sup> Söder, in: Gersdorf/Paal, Beck'scher Online-Kommentar, Informations- und Medienrecht, § 823, Rn. 190.

<sup>11</sup> BGH, NJW 1998, 2141, 2142.

<sup>12</sup> Söder, Fn. 10, § 823, Rn. 190.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Söder, Fn. 10, § 823, Rn. 191.

ist in zahlreichen dieser Fällen die Konsequenz gewesen, was schon eine Existenzgefährdung darstellt und nicht lediglich eine hinnehmbare Belästigung oder Behinderung.

Nach all dem ist festzuhalten, dass es für den betroffenen Bewerteten im Falle der nicht anonymisierten Bewertung gegen den Bewertenden eine reiche Komposition an Kompensationsmitteln gibt, die ihm zu seinen Rechten verhelfen können.

Problematisch bleibt aber die Konkretisierung des Schadens in Folge des Wegbleibens von Patienten, Mandanten, Kunden etc. Der Bewertete muss im Falle einer Anspruchsbegründung bzw. in einem streitigen Verfahren darlegen, was für einen Schaden er genau erlitten hat. Leider ist ihm dies nicht immer möglich, da er nicht beweisen kann, welche Einnahmen ohne die Bewertung hätten eingenommen werden können.

## bb) als anonymer Nutzer

In der Regel veröffentlicht der Verfasser seine Bewertung aber unter einem Pseudonym oder einem falschen Namen und kann vom Bewerteten nicht ohne Weiteres ausfindig gemacht werden. Eine solche anonymisierte Inanspruchnahme derartiger Dienste hat das Bewertungsportal als Host-provider zu ermöglichen. Die gesetzliche Grundlage hierzu findet sich in § 13 VI 1 TMG und wurde von den genannten höchstrichterlichen Entscheidungen immer wieder bestätigt.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Bewertete regelmäßig keinen Ankunftsanspruch gegen das Portal hat, da dieses an § 12 TMG gebunden ist und personenbezogenen Daten nur erheben und verwenden und somit weitergeben darf, wenn es das TMG oder ein Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.<sup>15</sup> Ein solcher Auskunftsanspruch ist weder im TMG geregelt noch in anderen Gesetzen ersichtlich. Folglich fehlt es an der erforderlichen datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage.<sup>16</sup>

Eine Erlaubnis i. S. d. § 12 II TMG ist auch nicht in dem aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleiteten allgemeinen Auskunftsanspruch zu sehen, da sich dieser nicht ausdrücklich auf Telemedien bezieht.<sup>17</sup>

Genauso wenig ist in § 14 II TMG eine derartige Ermächtigungsgrundlage zu sehen. Nach dieser Norm, die gemäß § 15 V 4 TMG auf Nutzungs- und Abrechnungsdaten entsprechend anwendbar ist, darf zwar der Dienstanbieter auf Anordnung der zuständigen Stellen im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung, zur Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden der Länder, zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes oder des Militärischen Abschirmdienstes oder des Bundeskriminalamtes im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus oder zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum erforderlich ist. Eine Ermächtigung für die Zwecke der Auskunftserteilung zum Schutze von Persönlichkeitsrechten und den anderen hier einschlägigen sonstigen Rechten aus § 823 I BGB ist in § 14 II TMG jedoch nicht enthalten.<sup>18</sup>

Da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt, ist auch eine analoge Anwendung von § 14 II TMG, § 15 V 4 TMG nicht möglich. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass mit der Erweiterung der Auskunftsermächtigung auf Auskünfte zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum in § 14 II bzw. § 15 V 4 TMG die mitgliedstaat-

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 1.07.2014 – VI ZR 345/13 („Bewertungsportal“), Rn. 11.

<sup>16</sup> Ebd., Rn. 9.

<sup>17</sup> Ebd., Rn. 11.

<sup>18</sup> Ebd.

liche Verpflichtung zur Sicherstellung bestimmter Auskunftsrechte nach der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. EU L 157 S.45) umgesetzt werden sollte (vgl. Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, BT-Drucks. 16/3078, S.12 und 16). Die Richtlinie bezieht sich jedoch nach Art.1 und Art. 2 I nicht auf Persönlichkeits- oder andere Rechte, sondern dient ausschließlich dem Schutz des geistigen Eigentums, um Innovation und kreatives Schaffen zu fördern, den Arbeitsmarkt zu entwickeln und die Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern (vgl. Erwägungsgrund 1 der Richtlinie).<sup>19</sup>

Zwar wurde eine Erweiterung des Auskunftsanspruchs auf schwere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts diskutiert, allerdings wurde dies dann insbesondere mit dem Argument abgelehnt, dass es z.B. bei Beleidigungen oder Verleumdungen den Auskunftsanspruch zu Zwecken der Strafverfolgung gebe, der völlig ausreichend sei.<sup>20</sup>

Stehen folglich Straftaten im Raum, kann der bewertete Betroffene durch anwaltliche Akteneinsicht im strafbehördlichen Verfahren und durch Ausweisung eines besonderen Interesses gem. § 406e I StPO Kenntnis von der Identität des Bewerteten und die in Punkt 1. a) aa) genannten Rechte wahrnehmen.

Handelt es sich demgegenüber jedoch „nur“ um Verletzungen der sonstigen in § 823 I BGB genannten Rechte wie z. B. das APR und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, ist dem Bewerteten eine Anspruchsdurchsetzung gegen den Bewerteten aufgrund fehlender Identität nicht möglich.

## b) Ansprüche gegen das Bewertungsportal

Bevor man sich also die Frage stellt, unter welchen Voraussetzungen der Bewertende eine Kompensation vom Bewertungsportal erhalten kann, müssen wiederum mehrere Unterscheidungen getroffen werden.

### aa) Haftung bei eigenen Inhalten

Zunächst muss zwischen eigenen und fremden Inhalten unterschieden werden. Eigene Inhalte sind zunächst derartige, die vom Bewertungsportal selbst stammen.<sup>21</sup> Eigene Inhalte sind darüber hinaus auch solche, die sich das Bewertungsportal zu eigen gemacht hat. Das liegt auch dann vor, wenn der Inhalt zwar nicht vom Bewertungsportal selbst stammt, aber aus Sicht eines Dritten sich die Information wie eine eigene darstellt.<sup>22</sup> Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn für den Nutzer erkennbar ist, dass es sich um fremde Inhalte handelt, eine redaktionelle Vorabprüfung der Inhalte stattfindet, das Bewertungsportal sich Nutzungsrechte an den Inhalten einräumen lässt oder der Betreiber die Inhalte Dritten zur kommerziellen Nutzung anbietet<sup>23</sup>, also wenn das Bewertungsportal nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die auf seiner Internetseite veröffentlichten Inhalte übernommen hat.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> Ebd., Rn. 16.

<sup>21</sup> Hoffmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, § 7 Rn. 14.

<sup>22</sup> Ebd., § 7 Rn. 16.

<sup>23</sup> Ebd.; Hoeren/Bensinger, Haftung im Internet, Kap. 8, Rn. 26.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“), Rn. 18.

Eine Überprüfung der zuvor abgegebenen Bewertung auf „Unregelmäßigkeiten“ und die Ermittlung eines Durchschnittswertes aus abgegebenen Einzelnnoten reichen für die Annahme eines Zu- Eigen- Machens nicht aus.<sup>25</sup>

Handelt es sich bei den rechtsverletzenden Inhalten nach den dargestellten Grundsätzen also um eigene, so haftet das Bewertungsportal in jeder Hinsicht, die das Gesetz vorsieht, also sowohl auf Unterlassung als auch ggf. auf Auskunft und Schadensersatz.<sup>26</sup> Dies stellt § 7 I TMG klar. Danach sind Dienstanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Das Bewertungsportal haftet dann als unmittelbarer Störer bzw. Täter.<sup>27</sup>

### bb) Haftung für fremde Inhalte

Soll dagegen das Bewertungsportal für fremde Inhalte haftbar gemacht werden, müssen wiederum zunächst Unterscheidungen getroffen werden.

#### (1) Haftung als Gehilfe

Noch vergleichsweise unkompliziert stellt sich die Situation dar, wenn das Bewertungsportal als Gehilfe haftbar gemacht werden soll. Die Voraussetzung einer solchen Haftung sind zunächst dem allgemeinen Deliktsrecht zu entnehmen.<sup>28</sup> Das Bewertungsportal muss demnach zunächst in objektiver Hinsicht eine adäquat-kausale Unterstützungs-handlung im Hinblick auf die rechtswidrige Bewertung aufweisen. In subjektiver Hinsicht muss ein doppelter Gehilfenvorsatz gegeben sein – einerseits bezüglich der Unterstützungs-handlung, andererseits bezüglich der Haupttat. Dabei muss sich dieser zweite – zumindest bedingte – Vorsatz auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat beziehen.<sup>29</sup>

Ein aus einer „nachhaltigen Verletzung von Prüfungspflichten“ resultierendes „Ken-nenmüssen“ reicht für eine Gehilfenhaftung nicht aus, insbesondere auch vor dem Hin-tergrund da eine solche Haftung sehr weitreichend ist.<sup>30</sup> Darüber hinaus kann ihn sogar eine strafrechtliche Verantwortung treffen.<sup>31</sup>

Für alle bis hierhin genannten Fälle, also die der Haftung für eigene Inhalte und die Haftung als Gehilfe, gelten die Haftungsprivilegien der §§ 8 und 10 TMG nicht<sup>32</sup>, da diese Unkenntnis in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der Bewertung voraussetzen.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 19.03.2015 – I ZR 94/13 („Hotelbewertungsportal“), Rn. 28.

<sup>26</sup> Hoeren/Bensinger, Fn. 23, Kap. 8, Rn. 27.

<sup>27</sup> BGH, MMR 2016, 210.

<sup>28</sup> Hoeren/Bensinger, Fn. 23, Kap. 8, Rn. 33; J. Ensthaler/M. Heinemann, Die Fortentwicklung der Pro-viderhaftung durch die Rechtsprechung, GRUR 2012, S. 433 f.

<sup>29</sup> Ensthaler/Heinemann, Fn. 28, S. 436.

<sup>30</sup> Hoeren/Bensinger, Fn. 23, Kap. 8, Rn. 34.

<sup>31</sup> Hoeren/Bensinger, Fn. 23, Kap. 8, Rn. 35.

<sup>32</sup> Hoffmann, Fn. 21, § 7 Rn. 32.

<sup>33</sup> Ebd., § 10 Rn. 17 f.; Hoeren/Bensinger, Fn. 23, Kap. 8, Rn. 34.

## (2) Haftung als mittelbarer Störer

Abzugrenzen von den genannten Kategorisierungen ist die Stellung des Bewertungsportals als mittelbarer Störer, die in der Praxis am häufigsten anzutreffende, aber haftungsrechtlich am kompliziertesten zu erfassende Form ist. In der Jameda II-Entscheidung definierte der BGH den mittelbaren Störer als denjenigen, „der ohne unmittelbarer Störer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt“.<sup>34</sup> Dabei darf die haftungsrechtliche Erstreckung auf seinen Beitrag nicht ausufern, insbesondere vor dem Hintergrund da der mittelbare Störer die rechtswidrige Handlung nicht selbst vorgenommen hat.<sup>35</sup> Aufgrund dessen setzt die Haftung eines mittelbaren Störers die Verletzung von Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfpflichten voraus.<sup>36</sup> Der Umfang der Prüfpflichten und eine anschließende Verhinderung der Verletzung beurteilt sich nach Zumutbarkeitserwägungen im Einzelfall.<sup>37</sup> sowie einer umfassenden Interessenabwägung, bei der die betroffenen Grundrechte der Beteiligten zu berücksichtigen sind.<sup>38</sup> Grundlegende Relevanz haben unter diesen Gesichtspunkten das Gewicht der angezeigten Rechtsverletzung sowie die Erkenntnismöglichkeiten des Bewertungsportals.<sup>39</sup> Beachtung finden müssen auch die Funktion und Aufgabenstellung des Bewertungsportals sowie des für die rechtsverletzende Aussage unmittelbar verantwortlichen – ggf. zulässigerweise anonym auftretenden – Nutzers.<sup>40</sup>

Zu einer Vorabprüfung der von Nutzern ins Netz gestellten Beiträge ist das Bewertungsportal nicht verpflichtet. Genauso ist es nicht verpflichtet nach möglichen Rechtsverletzungen selbstständig zu suchen. Etwas anderes wäre mit § 7 II TMG und Art. 15 RL 2000/31/EG v. 8.6.2000, Abl EG Nr. L 178, S.1 unvereinbar. Zudem könnte eine proaktive Prüfungspflicht das Geschäftsmodell des Bewertungsportals wirtschaftlich in seiner Existenz gefährden oder zumindest deutlich erschweren<sup>41</sup>, denn dieser Mehraufwand müsste durch mehr Mitarbeiter und Technik gedeckt werden.

Seine Verantwortung und seine Prüfungspflicht beginnen jedoch in dem Moment, in dem er Kenntnis von der behaupteten Rechtsverletzung erlangt.<sup>42</sup> Für das Bewertungsportal beginnt nun eine reaktive Prüfungspflicht mit Hilfe des vorgegebenen Pflichtenkatalogs.<sup>43</sup> Der Pflichtenkatalog sieht vor, dass zunächst festgestellt werden muss, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung stattgefunden hat. Ob tatsächlich eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, lässt sich nicht stets immer ohne Weiteres feststellen, denn sie erfordert in vielen Fällen zunächst eine Abwägung der bereits genannten Grundrechte.<sup>44</sup>

Fällt eine Abwägung zugunsten des Bewerteten aus oder ist seine Beanstandung derart konkret gefasst, dass eine Rechtsverletzung auf der Grundlage seiner Behauptung unschwer angenommen werden kann, ist das Bewertungsportal verpflichtet den gesam-

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“), Rn. 23.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> BGHZ 191, 219, Rn. 22.

<sup>38</sup> BGHZ 158, 343, 352 ff.

<sup>39</sup> BGHZ 191, 219, Rn. 26.

<sup>40</sup> BGHZ 191, 219, Rn. 22.

<sup>41</sup> BGH, MMR 2013, 185, 187; BGH, Urteil vom 19.3.2015 – I ZR 94/13.

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“), Rn.24.; BGH, Urteil vom 17.8.2011 – I ZR 57/09.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“), Rn.43.

<sup>44</sup> Ebd., Rn. 26.

ten Sachverhalt unter Berücksichtigung einer etwaigen Stellungnahme des für den beanstandeten Beitrag Verantwortlichen zu ermitteln und zu bewerten.<sup>45</sup>

An das Erfordernis der Konkretheit sind dabei keine allzu großen Anforderungen zu stellen. Mutmaßungen ohne Unterlegungen reichen aus, denn häufig ist der Bewertete zu einer konkreteren Darlegung nicht im Stande.<sup>46</sup> Dies hat vornehmlich den Grund, dass die Bewertungen anonym und ohne Angabe eines Zeitpunkts der beanstandeten Situation abgegeben werden.

Die Ermittlung des Sachverhalts beginnt durch die Aufforderung des Bewertungspflichten an den Bewertenden, zu der Beanstandung des Bewerteten Stellung zu nehmen.<sup>47</sup> Neben dieser Stellungnahme soll der Bewertende den behaupteten Kontakt zum Bewerteten durch die Übermittlung von Unterlagen belegen. Dem Bewerteten sind dann davon diejenigen Unterlagen weiterzuleiten, die zwar den behaupteten Kontakt für den Bewerteten nachvollziehbar aber eine Personalisierung des Bewertenden nicht möglich machen,<sup>48</sup> um einen Verstoß gegen § 12 I TMG vorzubeugen.

Kommt das Bewertungspflichten zu dem Ergebnis, dass die Bewertung rechtswidrig ist und dass das Interesse des Bewerteten an der Löschung überwiegt, hat er diese unverzüglich zu entfernen. Mit dieser Löschung kann das Bewertungspflichten dann nicht mehr haftbar gemacht werden.

Wird die Bewertung jedoch nach festgestellter Rechtswidrigkeit nicht gelöscht, die Rechtswidrigkeit zu Unrecht nicht angenommen oder bleibt das Bewertungspflichten von vornherein untätig bzw. verletzt seine Pflichten aus dem aufgeführten Prüfungskatalog, ist der Weg für eine Haftung offen, da das Bewertungspflichten dann in all diesen Fällen ihrer Obliegenheit nicht nachgekommen ist. Die Haftung umfasst damit alle genannten Ansprüche und Anspruchsgrundlagen, die auch gegen den Bewertenden gemacht werden können.

Darüber hinaus kann der Anwendungsbereich des Schadensersatzanspruchs aus § 280 I BGB auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse Anwendung finden, soweit diese tatsächliche Handlungs- und Verhaltenspflichten hervorrufen.<sup>49</sup> Deshalb soll nach zutreffender Ansicht ein schuldhafter Verstoß gegen eine störerrechtliche Unterlassungspflicht, die mit einer Handlungspflicht im Sinne einer Verkehrspflicht gleichzusetzen ist, zum Schadensersatzanspruch gegen das Bewertungspflichten führen. Die Entscheidung, ob das Bewertungspflichten schuldhaft gegen seine Handlungspflicht verstoßen hat, dürfte wieder von der Zumutbarkeit der Prüfpflichten abhängen.<sup>50</sup>

Bei den dargestellten Ansprüchen stellt sich jedoch wiederum das Problem der Beweisbarkeit und Darlegung der konkreten Schäden.

### 3. Die Rechtsprechung des EGMR

Mit der Frage, ob Bewertungspflichten für die Kommentare ihrer Nutzer haftbar gemacht werden können, hat sich auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in zwei seiner Entscheidungen auseinandergesetzt. Während er dies in seinem Urteil aus dem Jahr 2013 bejahte, entschied er in der gleichen Sache vorheriges Jahr anders.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“) Rn. 26; BGHZ 191, 219 Rn. 25 f.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 1.3.2016 – VI ZR 34/15 („Jameda II“) Rn. 26.

<sup>47</sup> Ebd., Rn. 46.

<sup>48</sup> Ebd., Rn. 46.

<sup>49</sup> Erman/Westermann, BGB, Handkommentar, § 280 Rn. 6.

<sup>50</sup> Ensthaler/Heinemann, Fn. 28, S. 439.

<sup>51</sup> EGMR, Urteil vom 10.10.2013 – 64569/09; EGMR, Urteil vom 02.02.2016 – 22947/13.

Das hier gegenständliche Bewertungsportal aus Ungarn verfügt über Kommentier-Regeln, wonach Beleidigungen und sonstige Diffamierungen gelöscht werden. Dies passiert über einen Lösch- Automatismus bei bestimmten Wörtern, die sich als typische Beleidigungen wahrnehmen lassen. Trotz dieser Technik blieben die Kommentare, die teilweise aus Morddrohungen und Lynchaufrufen bestanden, sechs Wochen auf der Internetseite des Portals. Der Geschädigte klagte und gewann. Dagegen ging das Bewertungsportal vor und zog nach Straßburg um sich dort auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung gem. Art.10 EMRK zu berufen. Der EGMR hielt den Eingriff in Art. 10 EMRK durch die Verurteilung zu Schmerzensgeld zwar gegeben, aber für gerechtfertigt.

Dann im Jahr 2016 die Kehrtwende. Die Richter aus Straßburg urteilten, dass die ungarischen Richter nicht ausreichend zwischen den einzelnen Rechtsgütern abgewogen hätten. Sie erachteten, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung hier vor dem Unternehmenspersönlichkeitsrecht Vorrang habe. Dies sei aber kein Grundsatz, vielmehr komme es jedes Mal auf eine Entscheidung im Einzelfall an. Gleichzeitig führte der EGMR nochmals die hierbei anzuwendenden Abwägungskriterien auf: Zunächst müsse anhand des Inhalts und des Gesamtzusammenhangs der Äußerung geprüft werden, ob dies (noch) eine zulässige oder rechtswidrige Äußerung darstelle, für die der Bewertende selbst die Verantwortung trägt. Das Unternehmenspersönlichkeitsrecht sei dabei nicht derartig schützenswert wie das Persönlichkeitsrecht von natürlichen Personen. Innerhalb der Rechtsgüterabwägung ist darüber hinaus zum Beispiel zu berücksichtigen, ob die Bewertungsportale geeignete Vorkehrungen, wie beispielsweise das „Notice und Take-down“-Verfahren und Benimmregeln für ihre Nutzer formuliert haben und ob sie sich die Inhalte zu eigen machen. Zu berücksichtigen sei zudem, ob das Bewertungsportal kommerzielle Interessen verfolge.

#### 4. Zwischenergebnis

Nach alldem stellt sich die Frage, ob die von BGH und EGMR angewandten Prüfkataloge den Bewerteten ausreichend schützen, zu einer angemessenen Kompensation führen bzw. eine abschreckende Wirkung vor rechtswidrigen Bewertungen haben.

Es ist zunächst äußerst zweifelhaft, ob die genannten Prüfungskataloge eine abschreckende Wirkung auf die bewertenden Nutzer haben. Um eine Bewertung beispielsweise bei „Jameda“ zu verfassen und auf dem Bewertungsportal zu veröffentlichen, ist es nicht nötig von der Existenz eines Prüfungskatalogs zu wissen. Weiß man von seiner Existenz, indem man sich die Nutzungsrichtlinien durchliest, so beeindruckt er wenig.

Daneben hat „Jameda“ in seinen AGB in Nr. 9 II zwar einen Freistellungsanspruch formuliert, der bei Verstoßen seiner Nutzer gegen die Ziffern 3 II (Keine Weitergabe des Accounts) 7 (Verantwortlichkeit des Nutzers für seine Bewertungen) und 8 (Nutzungsrechte) das Bewertungsportal von einer Haftung freistellt und diese auf den Bewertenden überträgt und dieser ersetztgleich gemacht werden kann, wenn „Jameda“ ein Schaden entsteht. Aber auch diese Regelung wirkt wenig abschreckend, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie bei Abgabe der Bewertung nicht zur Kenntnis genommen werden muss.

Bezüglich des ausreichenden Schutzes ist zunächst nochmal festzuhalten, dass der Prüfungskatalog keine Vorabprüfung einer Bewertung auf ihre Rechtmäßigkeit vorsieht, sodass eine rechtswidrige Behauptung nach ihrer Veröffentlichung von jedem eingesehen werden kann ohne dass der Bewertete bzw. das Bewertungsportal hiervon Kenntnis erlangen. Von der Veröffentlichung bis zur Kenntnisserlangung können Wochen bzw. Monate vergehen. In dieser Zeit kann dem Bewerteten ein nicht unerheblicher Schaden entstehen, z.B. wie bereits erwähnt, dass Patienten, Kunden und Mandanten etc. wegbleiben und es hierdurch zu Umsatzeinbußen kommt.

Eine Haftungsmöglichkeit für den Bewerteten nach dem bereits Festgestellten ist aber weder gegenüber dem Bewertenden möglich, da er unter dem Deckmantel der Anonymität handelt, noch gegenüber dem Bewertungsportal, da (noch) keine Prüfpflicht verletzt wurde. Dieses Ergebnis erscheint folglich unbillig. Diese Unbilligkeit wird auch dadurch verstärkt, dass der Bewertende aufgrund des Deckmantels der Anonymität bis zum Zeitpunkt der Prüfpflichtverletzung bzw. bis zur Grenze wo seine strafrechtliche Verantwortung anfängt ohne Risiko handelt. Um dieser Unbilligkeit entgegen zu wirken, stellt sich die Frage nach den rechtlichen und möglichen Instrumentarien.

## 5. Die Vertragsstrafe

### a) Anwendbarkeit

Neben einer Gesetzesänderung der §§ 4 II TMG, 15 V 4 TMG und somit einer Ausweitung auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen etc. könnte das Instrument der Vertragsstrafe einen Lösungsweg darstellen. Die Vertragsstrafe, auch Konventionalstrafe oder Strafversprechen genannt, ist eine vertragliche Vereinbarung, die eine Zahlung vorab festgelegter Beträge für den Fall einer Vertragsverletzung vorsieht und in den §§ 336 ff. BGB geregelt ist<sup>52</sup>

Klassische Anwendungsbereiche der Vertragsstrafe waren bisher der unternehmerische Geschäftsverkehr, die Vereinbarung in Arbeitsverträgen sowie das Wettbewerbsrecht.<sup>53</sup> All diesen Anwendungsbereichen ist immanent, dass der durch die strafbewehrte Pflichtverletzung tatsächlich eingetretene Schaden vom Gläubiger regelmäßig nur schwer dargelegt und bewiesen werden kann.<sup>54</sup> Es entfällt folglich durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe der vom Geschädigten/Gläubiger zu führende Schadensbeweis.

Genau dieser Problematik ist auch ein Schadensersatzanspruch des Bewerteten ausgesetzt. Zwar kann er darlegen und beweisen, dass beispielsweise weniger Patienten in seine Arztpraxis gekommen sind als gewöhnlich, allerdings ohne Nachweise nur schwer konkrete Einbußen beziffern.

Neben dieser Möglichkeit des Gläubigers im Verletzungsfall ohne Nachweis eines konkreten Schadens einen Mindestersatz zu erhalten (Schadensersatzfunktion), dient die Vertragsstrafe vornehmlich als Druckmittel um den Schuldner zu einer ordnungsgemäßen Leistung anzuhalten und künftige Pflichtverletzungen zu verhindern (Präventivfunktion).<sup>55</sup> Auch vorliegend soll eine vereinbarte Vertragsstrafe den Bewertenden davon abhalten allzu übereilt eine rechtswidrige Bewertung abzugeben, sondern seine Meinung anhand Tatsachen zu substantiiieren und objektiv zu bleiben. Nicht selten möchte man umgehend nach einem enttäuschenden Besuch bei einem Arzt, Rechtsanwalt etc. diesem „eins auswischen“ und geht deswegen seinem Impuls nach und gibt eine übertrieben nachteilige Bewertung ab, die man im Nachhinein in vielen Fällen sogar bereut. Damit viele Nutzer von einer derartigen übereilten Bewertung abgebracht werden, ist es zwingend notwendig, dass der Bewertende von der Vertragsstrafe Kenntnis erlangt. Hierfür reicht der Verweis auf die AGB unter keinen Umständen aus. Vielmehr muss sicherge-

<sup>52</sup> P. Ostendorf, Vertragsstrafe und pauschalierter Schadenersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung, Jus 2015, S. 977.

<sup>53</sup> Ebd., S. 978; N. Schramm, Neue Herausforderungen bei der Gestaltung von Vertragsstrafenklauseln, NJW 2008, S. 1494; BGH, NJW-RR 2002, 608, 609; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Kommentar, § 12 Rn. 1.138.

<sup>54</sup> Ostendorf Jus 2015, 977, 978.

<sup>55</sup> D. Looschenders, Schuldrecht AT, München 2016, § 38, Rn. 768; BGHZ 105, 24 (27); Gottwald, in: Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht AT, § 339, Rn. 6.

stellt werden, dass der Bewertende die Bewertung in dem Wissen abgibt, dass sein anstehendes Verhalten in Form der Bewertung zu einer Schadensersatzpflichtigkeit führen kann.

Problematisch ist, dass es im „Bewertungsvertrag“ keine Hauptverbindlichkeit gibt, die gesichert werden soll. Der Bewertende verpflichtet sich nicht eine Bewertung abzugeben, sondern tut dies freiwillig. Folglich kommt hier ein unselbstständiges Strafversprechen, dass also hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit akzessorisch ist, nicht in Betracht.

Allerdings umgeht man diese Voraussetzung mit der anerkannten Rechtsfigur des selbstständigen Strafversprechens, für die die doppelte Zielrichtung der Präventiv-, und Schadensersatzfunktion ebenso gilt.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hat die Existenz und somit Zulässigkeit eines selbstständigen Strafversprechens in § 343 II BGB vorausgesetzt.<sup>57</sup> Der Norm ist jedoch lediglich zu entnehmen, dass unverhältnismäßig hohe Strafen auch hier nach § 343 I herabgesetzt werden können. In welchem Umfang die §§ 339 ff. darüber hinaus entsprechend Anwendung finden können, ist nicht vollständig geklärt. Sicher ist, dass es davon abhängt, ob die Ratio der jeweiligen Regelung zutrifft.<sup>58</sup> Auf jeden Fall trifft dies für die gerichtliche Herabsetzungsmöglichkeit nach § 343 und des nach seiner Ratio ggf. entsprechend anwendbaren § 344.<sup>59</sup>

Mit dem selbstständigen Strafversprechen wird zwar nicht, wie bei der echten Vertragsstrafe, die Hauptverbindlichkeit des Schuldners gesichert. Allerdings soll der be wirkte Druck dazu führen, dass der Schuldner eine von ihm an sich nicht geschuldete Handlung vornimmt oder dass er, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Handlung unterlässt.<sup>60</sup> Vorliegend soll der Bewertende angehalten werden eine ordnungsgemäße Bewertung abzugeben, die an sich nicht geschuldet ist, da er schließlich keine Bewertung nach einem Besuch bei einem Arzt oder Rechtsanwalt abgeben muss. Begeht der Bewertende dies aber zu tun, so soll Bewertung mithilfe der Androhung einer Vertragsstrafe aber ordnungsgemäß erfolgen.

### b) Die Vereinbarung durch AGB

Nachdem geklärt wurde, dass die Vereinbarung einer selbstständigen Vertragsstrafe möglich ist, stellt sich die Frage nach dem „Wie“. Vor dem Hintergrund, dass auf einem gängigen Bewertungspotral täglich hunderte oder sogar tausende Bewertungen abgegeben werden, macht eine individualrechtliche Vereinbarung unmöglich. Allerdings kann eine Vertragsstrafe hier in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden.

Eine derartige Vereinbarung muss jedoch vor der abgegebenen Bewertung stattfinden. Denn die Präventivfunktion fällt weg, wenn kein zukünftiges Verhalten abgesichert und somit kein Druck mehr aufgebaut werden kann, sondern beispielsweise nur zugesichert wird, dass ein bestimmtes Wohlverhalten in der Vergangenheit stattgefunden hat.<sup>61</sup>

Ein Strafversprechen kann auch dann nicht vereinbart werden, wenn der Eintritt eines Schadens von vornherein nicht zu erwarten oder unwahrscheinlich ist<sup>62</sup> und die Schadensersatzfunktion damit wegfällt.

<sup>56</sup> BGHZ 105, 24 (27).

<sup>57</sup> Looschenders, Fn. 55, § 38 Rn. 771.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> Gottwald, Fn. 55, § 344, Rn. 10.

<sup>60</sup> BGHZ 105, 24, 28.

<sup>61</sup> Ebd.

<sup>62</sup> Ebd.

Fraglich ist zunächst auch, ob eine Vertragsstrafe in unserem Fall auch Fälle der Beleidigung gem. § 185 StGB, der übeln Nachrede gem. § 186 StGB bzw. der Verleumdung StGB umfassen darf und sich nicht nur auf Fälle der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beschränken muss. Ob Vertragsstrafen in AGB vereinbart werden können, wenn der abgesicherte Gesetzesverstoß bereits öffentlich- rechtliche Strafgeldzahlungen auslöst,<sup>63</sup> ist wohl noch nicht eindeutig geklärt. Grundsätzlich sind derartige Strafversprechen unwirksam, um einer sog. Doppelahndung vorzubeugen.<sup>64</sup> Allerdings stellt das erhöhte Beförderungsentgelt in privatrechtlichen Beförderungsbedingungen eine zulässige Vertragsstrafe dar, obwohl die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel ohne Fahrschein zugleich einen Verstoß gegen § 265a StGB darstellt.

Unabhängig davon, ob eine Ausweitung der Fälle auf Beleidigung und üble Nachrede hier möglich ist, so ist der Bewertete nicht hierauf angewiesen, da er eine Kompensation über eine zivilrechtliche Inanspruchnahme erreichen kann, da wie bereits festgestellt ihm durch einen Rechtsanwalt die Identitätsfeststellung durch Akteneinsicht gem. § 406e I StPO möglich ist und er dann direkt gegen den Bewertenden vorgehen kann. Aber dennoch stellt sich hier wieder das Problem der schwierigen Darlegungs- und Beweismöglichkeit.

### c) AGB- Kontrolle

Fraglich ist, ob eine derartige Klausel einer AGB- Kontrolle standhalten würde. § 309 Nr. 6 BGB bezieht sich ausdrücklich auf die Vertragsstrafe. Gemäß § 309 Nr. 6 BGB ist, auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzuges oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. § 309 Nr. 6 BGB erklärt Vertragsstrafen also nicht generell für unzulässig, sondern verbietet nur bestimmte Typen von Vertragsstrafen.

Zwar wurde der § 309 Nr. 6 BGB für das unselbstständige Strafversprechen entwickelt, allerdings ist die Norm ebenso auf ein unselbstständiges Strafversprechen anwendbar. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die von § 309 Nr. 6 BGB erfassten Fälle der Nichtabnahme, der verspäteten Abnahme und der Lösung vom Vertrag häufig Anknüpfungspunkte einer Vertragsstrafe sein werden, ohne dass eine Verpflichtung des anderen Teils zur Vornahme dieser Handlung bestünde. Zudem wäre es unbillig dem Verwendungsgegner den Schutz des § 309 Nr. 6 BGB gerade in den Fällen zu verwehren, in denen ihn nicht einmal eine Leistungsverpflichtung trifft, er also besonders schutzwürdig ist.<sup>65</sup> Unabhängig davon ist jedoch in der untersuchten Konstellation kein Fall des § 309 Nr. 6 BGB gegeben.

#### aa) Verstoß gegen § 307 I 1 BGB

Aber auch Klauseln, die nicht zu den enumerativ aufgezählten Fällen des § 309 Nr. 6 BGB gehören, unterliegen in vollem Umfang der Kontrolle nach § 307 BGB. Die An-

<sup>63</sup> BGH Urteil vom 23.6.1988 – VII ZR 117/87, BGHZ 105, 24 = BGH NJW 1988, 2536.

<sup>64</sup> BGHZ 105, 24 f.

<sup>65</sup> Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB- Recht, Kommentar, § 309, Nr. 6, Rn. 15.

nahme eines Umkehrschlusses, sodass alle nicht in § 309 Nr. 6 BGB aufgeführten Fälle zulässig seien, ist verfehlt<sup>66</sup> und wird dem Verbraucherschutz nicht gerecht. Genauso abzulehnen ist die Ansicht, dass Vertragsstrafenklauseln pauschal als „zumindest gegenüber Verbrauchern im Zweifel als unangemessen“ zu betrachten sind.<sup>67</sup> Wäre dies der Fall so wäre die Beschränkung des § 309 Nr. 6 BGB auf die dort genannten Fälle obsolet bzw. widersinnig.

Vielmehr kommt es auf eine Interessenabwägung im Einzelfall an. Innerhalb dieser Interessenabwägung muss berücksichtigt werden, ob oder inwiefern der Verwender vor dem Hintergrund der (etwaigen) Existenz und Durchsetzbarkeit von Schadensansprüchen überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse an einer Vertragsstrafe haben kann.<sup>68</sup>

Ein schutzwürdiges Interesse ist auch dann gegeben, wenn der (materielle) Schaden derart marginal ist, dass der bei einer Vertragsverletzung drohende Ersatzanspruch nicht geeignet erscheint, als hinreichendes Druckmittel für vertragskonformes Verhalten zu wirken.<sup>69</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob hier ein schutzwürdiges Interesse anzunehmen ist.

Zunächst ist festzustellen, dass es hier hauptsächlich nicht um die Interessen des Bewertungsportals geht, sondern um die des Bewertenden geht. Diesem soll die Vertragsstrafe zugutekommen. Dass ein schutzwürdiges Interesse unmittelbar alleinig das des Verwenders sein muss, ist weder Literatur noch Rechtsprechung zu entnehmen. Folglich sind die Interessen des Bewerteten ebenso miteinzubeziehen.

Wie bereits festgestellt, hat der Bewertete keinen Ersatzanspruch gegen den Bewertenden bei einer Rechtsverletzung des APR etc. und gegen das Bewertungsportal erst, wenn dieses seiner Prüfpflicht nicht nachkommt. Da es aber bis dahin regelmäßig zu einem Schaden kommen kann, besteht ein schutzwürdiges Interesse nach einer Kompensationsmöglichkeit, die darüber hinaus schneller und einfacher zu realisieren ist.

Darüber hinaus hat auch das Bewertungsportal als Verwender ein schutzwürdiges Interesse. Durch die Verwendung einer Vertragsstrafenklausel werden solche Nutzer abgehalten Bewertungen abzugeben, die es von Anfang an darauf abgesehen haben sich diffamierend zu äußern und dem Bewerteten dadurch Schaden zuzufügen. Eine solche Abschreckungswirkung muss im Interesse des Bewertungsportals liegen, wenn es an einem seriösen und objektiven Meinungsaustausch im Lichte des Art. 5 GG interessiert ist.

Dass der Bewertende bis zur Grenze der Strafbarkeit für seine Bewertung praktisch keine negativen Folgen zu befürchten hat, wird er auch nicht angehalten sich regelkonform zu äußern. Zwar werden die Haftungsmöglichkeiten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wie beispielsweise bei „Jameda“ auf den Bewertenden übertragen, doch ist das diesem meist nicht bekannt. Dies kann durch fehlendes Verständnis oder der Tatsache geschuldet sein, dass die AGBs akzeptiert werden ohne, dass der Bewertende sie liest, weil er eine folgenlose Bewertungsmöglichkeit aus der Vergangenheit bzw. von anderen Bewertungsportalen kennt.

<sup>66</sup> Ebd., § 309 Nr. 6, Rn. 61.

<sup>67</sup> Ebd., der aber Verwenderinteressen dennoch berücksichtigen will.

<sup>68</sup> Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UklAG, § 309, Nr. 6, Rn. 12.

<sup>69</sup> Ebd.; Dammann, Fn. 65, § 309, Nr. 6, Rn. 61.

## bb) Verstoß gegen § 307 I 2 BGB

Die Klausel muss auch unter dem Gesichtspunkt des § 307 I 2 BGB angemessen sein. Gem. § 307 I 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist, also nach Voraussetzungen und Inhalt nicht dem Bestimmtheitsgebot entspricht<sup>70</sup>, bzw. dem Transparentgebot zuwider läuft. Danach muss die vereinbarte Vertragsstrafe nicht nur die zu leistende Strafe, sondern auch die hierzu führende Pflichtverletzung so genau bezeichnen, dass sich der Verwendungsgegner in seinem Verhalten darauf einstellen kann.

Dieses Erfordernis erscheint hier problematisch. Neben der Abgrenzung von Tatsachen- zu Meinungsbehauptung und der Bestimmung, ob ein absolutes Recht betroffen ist, muss eine Interessenabwägung stattfinden, die einem Juristen bereits Schwierigkeiten bereiten kann, geschweige denn dem Laien.

Folglich ist die Bestimmung einer Rechtsverletzung eine Einzelfallabwägung, die in vielen Fällen äußerst schwierig pauschal zu konkretisieren ist. Es ist jedoch möglich die in der Vertragsstrafe bezeichneten Rechtsverletzungen auf krasse und eindeutige Fälle zu beschränken. Zunächst könnten hiervon nur Fälle erfasst sein, wo gar kein Leistungskontakt stattgefunden hat, der Bewertende primär eine schädigende Absicht hat oder schlicht die Unwahrheit schreibt. Denn dann überwiegen die Rechte des Bewerteten in jedem Fall.

Die Unangemessenheit der Klausel kann sich darüber hinaus auch daraus ergeben, dass die Vertragsstrafe zu hoch ist.<sup>71</sup> Unangemessen sind Vertragsstrafen, wenn sie zum Gewicht der Vertragsverletzung oder zur Höhe des zu erwartenden Schadens nicht in einem vernünftigen Verhältnis stehen.<sup>72</sup> Allerdings steht dem Bewertenden noch das Instrument des § 343 I BGB, die Herabsetzungsmöglichkeit der Vertragsstrafe durch Urteil zu.

## III. Der polnische Rechtskreis

Anders als in Deutschland unterliegen in Polen Portalbetreiber keinem Prüfungskatalog den sie bei einer angezeigten Rechtsverletzung zu befolgen haben, um einer Haftung gegenüber dem Bewerteten zu entgehen. Zwar haben sich auch hier Gerichte und Literatur mit der Problematik „Bewertungsportal“ auseinandergesetzt, allerdings reichen die hieraus entwickelten Grundsätze nicht an die der in Deutschland und bestehenden heran.

Aber auch nach dem polnischen Recht kollidieren Rechte mit Verfassungsrang. Hier stehen sich das Recht am guten Namen gem. Art. 47 der Verfassung (konstytucja) und die Meinungsfreiheit gem. Art. 54 I gegenüber. Welches Recht überwiegt, ist grundsätzlich auch hier einzelfallabhängig und bedarf einer Interessenabwägung.

### 1. Vorausgehende Rechtsprechung

Die jüngste und sehr wesentliche Entscheidung in diesem Zusammenhang ist die des höchsten Gerichts (Sąd Najwyższy) vom 18.1.2013.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Dammann, Fn. 65, § 309, Nr. 6, Rn. 63.

<sup>71</sup> BAG NJOZ 2011, 565, 568; NZA 2009, 370, 375 Rn.53; NZA 2004, 727, 733.

<sup>72</sup> BGH NJW 1997, 3233, 3234 zu § 9 AGBG; NJW 1998, 2600, 2602 zu § 9 AGBG

<sup>73</sup> IV CSK 270/12.

Hier hat das Gericht geurteilt, dass negative Kommentare die Rechte einer öffentlichen Person nicht verletzen können, auch wenn dadurch in dessen Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dies soll nicht gelten, wenn die Grenze zur Strafbarkeit überschritten wird.<sup>74</sup> Dabei kommen wie im deutschen Recht die Beleidigung, die üble Nachrede sowie die Verleumdung in Betracht. Die Beleidigung ist in Polen im Art. 216 des Strafgesetzbuches (kodeks karny (k. k.)), die üble Nachrede bzw. die Verleumdung sind in Art. 212 k. k. geregelt.

Als eine „öffentlichen Person“ wird diejenige bezeichnet, die eine öffentliche Funktion ausübt oder durch seine berufliche, wirtschaftliche, gesellschaftliche, politische, kulturelle etc. Tätigkeit großen Einfluss auf die Funktionsweise der Gesellschaft nimmt.<sup>75</sup> Darunter fallen z. B. Politiker, Ärzte, Rechtsanwälte usw. Solche Personen müssten aufgrund dieser Stellung mit einer verstärkten Kritik rechnen. Die verschobenen Maßstäbe seien vor dem Hintergrund hinzunehmen, dass das Bewertungsportal einen überaus wichtigen Zweck des gesellschaftlichen Meinungsaustausches erfülle.

Mit dieser Entscheidung durchbricht die höchstrichterliche Rechtsprechung den Grundsatz, dass bei kollidierenden Rechten mit Verfassungsrang eine umfassende Abwägung stattzufinden hat, sondern spricht einem Grundrecht pauschal und vorab ein höheres Gewicht zu. Diese Ansicht wurde vielfach kritisiert, insbesondere mit dem Argument, dass es vielen Bewertungsportalen nicht um einen verfassungsrechtlich geschützten Meinungsaustausch gehe, sondern um kommerzielle Zwecke, die nur unter dem Deckmantel des Art. 54 I der Konstitution Polens verfolgt würden.<sup>76</sup>

Während also in Deutschland die Verpflichtungen der Portalbetreiber ausgeweitet wurden, ist dies in Polen nicht geschehen, sondern die Stellung des Bewertungsportals in seiner Wichtigkeit als Platz eines kontroversen Meinungsaustausches gestärkt ohne hierbei ausreichend haftungsrechtliche Grenzen zu setzen.

## 2. Rechtliche Einordnung

### a) Ansprüche gegen den Bewertenden

Auch im polnischen Rechtskreis kann der Betroffene selbstverständlich gegen den Bewertenden vorgehen und Unterlassung, Beseitigung sowie Schadensersatz verlangen.

#### aa) als nicht anonymer Nutzer

Da mit dem Bewerteten auch hier kein Vertragsverhältnis vorliegt, kommt nur eine deliktische Haftung in Betracht. Die deliktische Haftung des Bewertenden bemisst sich nach den §§ 415–449 k. c. Während man in Deutschland auf das entwickelte absoluten Rechte des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs abstehen muss, um eine Kompensation zu erhalten, weil Vermögensrechte grundsätzlich nicht erfasst werden, ist dies in den §§ 415–449 k. c. obsolet. Das Deliktsrecht schützt hier genauso das Vermögen, sodass auch finanzielle Einbußen aufgrund eines Rückgangs der Patienten- bzw. Kundenzahlen beispielsweise durch den regulären Schutzbereich erfasst sind. Daneben ist zumeist auch das erwähnte Recht am guten Namen gem. Art. 47 der Verfassung verletzt. Diese Verletzung kann ebenso mit den §§ 415 f. k. c. kompensiert werden.

<sup>74</sup> IV CSK 270/12.

<sup>75</sup> J. Steńczylo- Chlabcz, Artykuł o działalności GIODO – Mniej praw dla mediów, większa ochrona obywateli przed ingerencją w dobrą osobiste, [http://www.giodo.gov.pl/394/id\\_art/2043/j/pl](http://www.giodo.gov.pl/394/id_art/2043/j/pl).

<sup>76</sup> WSA, Urteil vom 29.1.2014 – akt II SA/Wa 1819/13.

Neben dieser schadensrechtlichen Kompensationsmöglichkeit, kann der Bewertete auch Beseitigung bzw. Unterlassung gegenüber dem Bewertenden beanspruchen. Unterlassung kann der Bewertete gem. Art. 222 § 2 k. c. verlangen.

## bb) als anonymer Nutzer

Begehr der Bewertete allerdings gegen den Bewertenden vorzugehen, der keinen Klarnamen, sondern ein Synonym o.ä. benutzt hat und nicht zu identifizieren ist, so sind dem Bewerteten grundsätzlich auch hier überwiegend die Hände gebunden. Dass der Bewertende anonym seine Bewertung abgeben darf, findet seine rechtliche Grundlage in dem polnischen Datenschutzgesetz<sup>77</sup> (OchrDanOsU) und den europäischen bereits genannten Vorgaben. Gem. § 23 OchrDanOsU dürfen personenbezogene Daten nur in den dort genannten Fällen verarbeitet werden. Mit „Verarbeiten“ ist gem. Art. 7 Nr. 2 OchrDanOsU auch das Zuverfügungstellen gemeint, also die Herausgabe an Dritte.

Da hier aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis zur strafrechtlichen Grenze aber regelmäßig keine Rechtsverletzung wegen dem Überwiegen der Meinungsfreiheit aus Art. 54 der Verfassung vorliegt, besteht nach dem Datenschutzgesetz kein Anspruch auf Zurverfügungstellung dieser Daten. Werden die Grenzen zur Strafbarkeit wegen Beleidigung etc. überschritten, so stellt Art. 23 I Nr. 5 OchrDanOsU die richtige Anspruchsgrundlage dar, um an die personenbezogenen Daten zu gelangen.<sup>78</sup> Ein Akteneinsichtsrecht besteht gem. Art. 156 k. p. k. unter den dort aufgeführten Voraussetzungen.

Für die Einhaltung des Datenschutzgesetzes ist gem. Art. 8 OchrDanOsU der Generalinspektor für den Schutz von personenbezogenen Daten (Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, kurz GIODO) zuständig. Er überwacht die Einhaltung und die Verarbeitung der persönlichen Daten mit Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, trifft Verwaltungsentscheidungen, prüft Klagen im Bereich der Ausführung des Datenschutzgesetzes, führt ein Datenschutzregister, begutachtet Rechtsakte, die den Datenschutz betreffen, initiiert und führt Fortbildungen in diesem Bereich durch. Schließlich beteiligt sich der GIODO an der Arbeit internationaler Organisationen und Institutionen, die sich mit der Problematik des Datenschutzes auseinandersetzen.<sup>79</sup>

Kommt es folglich zu Meinungsverschiedenheiten über die Verarbeitung von Daten, greift der Kontrollmechanismus des GIODO ein und entscheidet anhand des ihm zur Verfügung gestellten „Prüfungskatalogs“<sup>80</sup>

So entschied der GIODO beispielsweise, dass die persönlichen Daten von Ärzten auf Bewertungsportalen wie „ZnanyLekarsz“, dem polnischen Pendant zu Jameda, zum Zwecke der anonymen Bewertung und Aufführung in einer Rangliste aufgeführt werden dürfen. Der GIODO begründet seine Entscheidung damit, dass dies einem gerechtfertigten Zweck, nämlich der gesellschaftlichen Kontrolle diene, die die Bewertenden durch die Kundgabe ihrer Meinung ausüben könnten.<sup>81</sup>

Diese Entscheidung wurde dann von dem zuständigen Landesverwaltungsgericht (Wojewódzki sąd administracyjny) aufgehoben, der die „Verarbeitung“ zu den soeben

<sup>77</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych.

<sup>78</sup> II SA/Wa 152/13.

<sup>79</sup> A. Krasuski, Dane osobowe w obrocie tradycyjnym i elektronicznym, Warszaw 2012, S.192 f.

<sup>80</sup> Ebd.

<sup>81</sup> Entscheidung des GIODO vom 19.01.2011 und vom 13.06.2011.

genannten Zwecken zwar zulässt, aber in diesem Fall einen übergeordneten kommerziellen Zweck gesehen hat.<sup>82</sup>

Gegen diese Entscheidung wurde dann vom GIODO Rechtsmittel eingelegt und die Sache wurde vor das Obersten Verwaltungsgerichts Polens (Naczelny Sąd Administracyjny) gebracht. Dieses gab dem GIODO auf, zu untersuchen, ob hier tatsächlich eine kommerzielle Nutzung vorliegt oder nicht.<sup>83</sup>

### 3. Ansprüche gegen das Bewertungsportal

Wie bereits ausgeführt ist von dem Bewertungsportal kein Pflichtenkatalog zu befolgen, wenn es von einer behaupteten rechtswidrigen Bewertung Kenntnis erlangt, sodass man davon ausgehen könnte, dass somit eine Haftung für fremde Inhalte ausscheidet. Das Bewertungsportal „ZnanyLekarz“ führt jedoch in § 9 Nr. 2 eine Beschwerdemöglichkeit auf. Fühle sich ein Bewerteter in seinen Rechten danach verletzt, so könne er diese Verletzung dem Bewertungsportal gegenüber anzeigen. „ZnanyLekarz“ prüfe die Beanstandung dann innerhalb von 14 Tagen und entscheide dann über eine Löschung.

Auffallend und erwähnenswert ist jedoch, dass es in Polen mehrere Fälle gab, in denen personenbezogene Daten insbesondere im Zusammenhang mit dem Bewertungsportal „ZnanyLekarz“ an den Bewerteten herausgegeben wurden. Diese Fälle hatten aber nicht immer einen strafrechtlichen Verfolgungswillen zum Gegenstand, sondern beruhten lediglich auf dem Herausgabewillen einiger Ärzte, die mit der abgegebenen Bewertung unzufrieden waren und „lediglich“ Persönlichkeitsrechte verletzt sahen.<sup>84</sup>

### 4. Zwischenergebnis

Während in Deutschland personenbezogene Daten nur auf die in dem § 14 II TMG genannten Fälle, also nur zum Zwecke der Strafverfolgung etc. an die zuständigen Stellen herausgegeben werden dürfen und dies auch so gehandhabt wird, ist die Situation in Polen undurchsichtig. Zwar verbietet auch das polnische Recht eine Herausgabe über die Grenzen des § 23 I Nr. 5 OchrDanOsU hinaus, allerdings zeigt der soeben erwähnte praktische Fall, dass auch weniger einschneidende Bewertungen zu einer Herausgabe führen können.

### 5. Die Vertragsstrafe

#### a) Anwendbarkeit

Auch im polnischen Rechtskreis ist das Institut der Vertragsstrafe nicht unbekannt. Seine rechtliche Grundlage findet dieses in den Art. 483 § 1 ff. k. c. Danach kann eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäßen Erfüllung einer nicht monetären Verbindlichkeit vereinbart werden. Auch der polnischen Vertragsstrafe ist immanent, dass ein konkreter Schadensbeweis nicht geführt werden muss und hält den Schuldner zur Einhaltung seiner Verbindlichkeiten an.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> WSA, Urteil vom 29.1.2015 – akt II SA/Wa 1819/13.

<sup>83</sup> NSA, Urteil vom 21.04.2015 – akt I OSK 1480.

<sup>84</sup> <http://www.feminasum.pl/blog/znany-lekarz-udostepnia-dane-pacjentow/>.

<sup>85</sup> Z. Radwański/A. Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, 12. Aufl., Warszaw 2016, Rn. 869.

Art. 484 § 1 k. c. bestimmt, dass die vereinbarte Vertragsstrafe dem Gläubiger im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung ohne Rücksicht auf die Höhe des erlittenen Schadens zusteht. D.h. dass auch eine höhere Vertragsstrafe nicht verlangt werden darf, wenn der Schaden die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe überschreitet, § 484 § 1 2 k. c. Hier zeigt sich ein Unterschied zum deutschen Recht. In § 340 II 2 BGB ist nämlich normiert, dass der Gläubiger neben der Vertragsstrafe auch einen weiteren Schaden geltend machen kann. Die Herabsetzungsmöglichkeiten einer Vertragsstrafe sind in Art. 484 § 2 k. c. geregelt.

Anders als im deutschen Recht in § 343 II BGB findet sich im polnischen Zivilgesetzbuch oder anderswo kein Hinweis, der auf die Existenz einer selbstständigen Vertragsstrafe schließen lässt. Es stellt sich somit die Frage, ob eine derartige hier überhaupt zulässig ist und somit in unserer aktuellen Konstellation vereinbart werden dürfte.

Grundsätzlich ist die vereinbarte Vertragsstrafe gegenstandslos, wenn eine Hauptverbindlichkeit nicht besteht.<sup>86</sup> Art. 483 § 1 k. c. ist lediglich dann anwendbar, wenn eine Hauptverbindlichkeit besteht oder bestanden hat, also existiert(e). Ein Pendant zu § 344 BGB, der bestimmt, dass die Vertragsstrafenvereinbarung unwirksam ist, wenn das Versprechen einer Leistung unwirksam ist, ist in Polen nicht vorhanden. Das dies aber der Fall ist, steht außer Frage.

In Polen haben sich Fallkonstellationen herauskristallisiert, die es unerlässlich machen, Ausnahmen von diesem Grundsatz zuzulassen und die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch dann zuzulassen, wenn beispielsweise die Hauptverbindlichkeit aufgrund eines Rücktritts nachträglich erlischt.<sup>87</sup>

Dass ein Strafversprechen allerdings auch dann seine Berechtigung findet, wenn, wie in unserem Fall keine Hauptverbindlichkeit besteht, ist im polnischen Recht eine weniger ausführlich behandelte Materie. Doch genau wie im deutschen besteht auch im polnischen Recht das Bedürfnis, Druck auf einen anderen ausüben zu können, dass dieser eine an sich nicht geschuldete Leistung, vornimmt, nämlich eine ordnungsgemäße Bewertung abzugeben.

Weswegen eine derartige Überlegung rechtstechnisch aber nicht möglich sein soll, erschließt sich nicht, insbesondere vor dem Hintergrund dass hier beide Rechtsordnungen im Hinblick auf die Regelungsmaterie der Vertragsstrafe keine eklatanten Unterschiede aufweisen.

## b) Die Vereinbarkeit durch AGB

Auch im polnischen Recht ist es möglich eine Vertragsstrafe durch AGB in einen Vertrag miteinzubeziehen. Zwar sind die Regelungen für die Einbeziehung von AGB nicht systematisch im schuldrechtlichen Teil des Zivilgesetzbuches geregelt, allerdings befinden sich die hier einschlägigen Vorschriften für eine Klauselkontrolle gebündelt in den Art. 384 bis 385<sup>3</sup> k. c. Die Einbeziehung von AGB in besonderen Vertragstypen finden ihre rechtliche Grundlage in den für diese normierten Abschnitten.

Im Unterschied zum deutschen Recht geht das polnische Recht beim Vertragspartner nicht von einem Verbraucher aus. Die Vorschriften gelten grundsätzlich sowohl für diesen als auch für einen Unternehmer. Die Begrifflichkeiten „Verbraucher“ (hier: „Konsument“) und Unternehmer sind in Art. 22<sup>1</sup> und Art. 43<sup>1</sup> k. c. legaldefiniert. Besonderen

<sup>86</sup> SN, Urteil v. 2.12.1937 - C II 1400/37.

<sup>87</sup> M. Brzezińska, Moc wiążąca klsuzuli zastrzegającej karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, Przegląd Sądowy, listopad-grudzień 2008, S. 126 f.

Schutz genießen Verbraucher aber durch Vorschriften, wie beispielsweise Art. 384 § 2 k. c.<sup>88</sup> (siehe sogleich).

Gemäß Art. 384 § 1 k. c. reicht für eine ordnungsgemäße Einbeziehung von AGB deren Aushändigung an den Vertragspartner bei Vertragsabschluss aus. Allerdings ist ein Aushändigen dann nicht erforderlich, wenn die Verwendung von AGB im konkreten Fall gewohnheitsmäßig anerkannt ist. Dann reicht es aus, wenn der Vertragspartner ohne Schwierigkeiten vom Inhalt der AGB Kenntnis erlangen konnte.<sup>89</sup> Nach Art. 384 § 2 k. c. muss Verbrauchern gegenüber aber stets ein Aushändigen erfolgen, mit Ausnahme von Fällen allgemeiner Vertragsabschlüsse über kleinere Geschäfte des täglichen Lebens. Das sind solche, die gemäß Art. 20 k. c. auch ein Minderjähriger ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters tätigen kann, z. B. beim Erwerb eines Bustickets.<sup>90</sup>

Ein Nicht-Aushändigen wird im Schrifttum aber auch dann angenommen, wenn der Vertragspartner vom Inhalt der AGB tatsächlich nur erschwert Kenntnis nehmen kann, z. B. wenn die AGB intransparent oder schwer lesbar sind.<sup>91</sup>

Die Einbeziehung von in elektronischer Gestalt verwendeten AGB ist in Art. 384 § 4 k. c. besonders geregelt. Danach sollen die AGB dem Vertragspartner in der Weise vor dem Vertragsschluss bereitgestellt werden, sodass dieser unter gewöhnlichen Umständen die AGB speichern und abrufen kann. Folglich reicht die Bereitstellung von AGB allein auf der Internetseite des Verwenders nicht aus. Es ist vielmehr notwendig, dass der Vertragspartner die AGB auf seinem eigenen Rechner speichern und abrufen kann.<sup>92</sup>

Gemäß Art. 385 § 2 k. c. sollen die AGB eindeutig und verständlich formuliert werden. Dabei unterscheidet die Norm wiederum nicht zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Dennoch sind an Vereinbarungen mit Verbrauchern besonders höhere Anforderungen zu stellen, da sie nicht die gleiche Fachkenntnis besitzen und somit eine unterlegene Stellung innehaben.<sup>93</sup> Wenn sich die Klausel nach dem Gesagten also als unverständlich darstellt, bindet sie den Vertragspartner nicht, Art. 385 § 2 i. V. m. Art. 58 k. c.

Ist dagegen die Klausel zwar hinreichend verständlich, aber vom Standpunkt des Adressaten und bei der Anwendung allgemeiner Auslegungsregeln nicht hinreichend eindeutig, soll der Inhalt angenommen werden, der für den Verbraucher am vorteilhaftesten ist, Art. 385 § 2 S. 2 k. c. Sind hingegen beide Auslegungsmöglichkeiten der Klausel für den Verbraucher unvorteilhaft, so gilt nicht die weniger belastende, sondern sie findet generell keine Anwendung, um dem Verbraucher den besten Schutz zu gewähren.<sup>94</sup>

### c) AGB- Kontrolle

Eine Klauselkontrolle findet im polnischen Zivilgesetzbuch wie bereits erwähnt anhand der Art. 385<sup>1</sup>–385<sup>3</sup> k. c. statt. Dabei geht das polnische Recht vom Terminus der „unzulässigen Vertragsbestimmungen“ aus, der in Art. 385<sup>1</sup> § 1 Satz 1 k. c. legaldefiniert ist. Danach ist der Verbraucher an Vertragsbestimmungen nicht gebunden, die mit ihm nicht individuell abgestimmt worden sind, wenn sie seine Rechte und Pflichten in einer den guten Sitten widersprechenden Weise gestalten und dadurch seine Interessen eklatant verletzen.

<sup>88</sup> M. Liebscher/F. Zoll, Einführung in das polnische Recht, München 2005, § 5, Rn. 42.

<sup>89</sup> Ebd..

<sup>90</sup> Radwański/Olejniczak, Fn. 85, Rn. 419.

<sup>91</sup> E. Łętowska, Prawo umów konsumenckich, 2. Aufl., Warschau 2002, Kap.13, Rn. 26.

<sup>92</sup> Radwański/Olejniczak, Fn. 85, Rn. 419.

<sup>93</sup> Ebd., Rn. 420.

<sup>94</sup> Ebd., Rn. 421.

Gemäß Art. 385<sup>1</sup> § 1 S. 2 k. c. betrifft dies nicht Bestimmungen, die die Hauptpflichten der Parteien, darunter den Preis oder die Vergütung festlegen, wenn sie eindeutig formuliert sind. Mit Hauptverbindlichkeiten sind die *essentialia negotii* gemeint. § 2 bestimmt, dass wenn Vertragsbestimmungen gemäß § 1 für den Verbraucher unwirksam sind, die Parteien an den restlichen Vertrag gebunden sind. § 3 definiert nicht individuell abgestimmte Vertragsbestimmungen. Das sind diejenigen auf deren Inhalt der Verbraucher keinen wirklichen Einfluss gehabt hat. Dies gilt insbesondere für Vertragsbestimmungen, die einem Verbraucher von der anderen Vertragspartei vorgeschlagenen Vertragsmuster entnommen worden sind.

Die Beweislast, ob die Bestimmungen individuell abgestimmt worden sind, trägt nach § 4 derjenige, der sich hierauf beruft. Art. 385<sup>2</sup> k. c. zählt die Kriterien auf anhand die Beurteilung der Vereinbarkeit der Vertragsbestimmungen mit den guten Sitten erfolgt. Eine Beurteilung erfolgt danach nach dem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Stand unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts und der Umstände des Vertragsabschluss wie auch anderer Verträge, die mit dem Vertrag, dessen Bestimmungen Gegenstand der Beurteilung sind, im Zusammenhang stehen. Folglich darf die Analyse der Klausel nicht auf deren Inhalt begrenzt werden, sondern muss im Kontext der genannten Kriterien erfolgen.<sup>95</sup> Eine spätere Änderung des Vertragsverhältnisses hat keine Bedeutung mehr für die Beurteilung, ob die Klausel mit den guten Sitten in Einklang steht.<sup>96</sup>

Die Vereinbarkeit mit den guten Sitten reicht allerdings nicht aus. Wie bereits in Art. 385<sup>1</sup> k. c. statuiert, darf die Klausel die Interessen des Verbrauchers nicht eklatant verletzen. Kriterien für eine derartige Verletzung sind nicht nur wirtschaftliche Aspekte, sondern beispielsweise die Schaffung organisatorischer Schwierigkeiten, der hierdurch entstehende Zeitverlust und die Verletzung der Privatsphäre.<sup>97</sup>

Aber nicht jede Verletzung führt zu einer unzulässigen Vertragsbestimmung. Die Verletzung muss, wie Art. 385<sup>1</sup> k. c. bestimmt, eklatant sein.

Aus Gründen der Harmonisierung und um eine gerichtliche Entscheidung zu erleichtern, wann eine Vertragsbestimmung unzulässig ist, wurde auch im polnischen Zivilgesetzbuch ein Klauselkatalog eingeführt.<sup>98</sup> Anders als der Katalog in § 309 BGB, der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit beinhaltet, kommt der Katalog des Art. 385<sup>3</sup> k. c. erst zur Anwendung, wenn nach den vorherigen Normen, insbesondere nach den Art. 385<sup>2</sup> und Art. 385<sup>1</sup> § 1 k. c. Zweifel bestehen, ob die Vertragsbestimmung unzulässig ist, oder nicht. Folglich muss zunächst festgestellt werden, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten erfolgt ist und ob dieser Verstoß den Verbraucher in seinen Interessen eklatant verletzt. Kann anhand dieser Kriterien eine unzulässige Vertragsbestimmung nicht mit Sicherheit festgestellt werden, kommt der Katalog des Art. 385<sup>3</sup> k. c. zur Anwendung.<sup>99</sup>

Darüber hinaus sieht das polnische Recht eine weiter fakultative und abstrakte Möglichkeit eine Klauselkontrolle durchzuführen vor. Fühlt sich ein Verbraucher durch die vereinbarte Klausel unangemessen benachteiligt, kann er seit 2012 kostenlosen Rat beim Amt für Wettbewerb und Verbraucherschutz (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, kurz UOKiK) auf dessen Internetseite einholen. Dieses Institut geht auf das Gesetz zum Schutz von Wettbewerb und Verbrauchern vom 16.2.2007 zurück.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> Radwański/Olejniczak, Fn. 85, Rn. 437.

<sup>96</sup> Ebd.

<sup>97</sup> Ebd.

<sup>98</sup> RL 93/13/EWG vom 05.05.1993.

<sup>99</sup> Radwański/Olejniczak, Fn. 85, Rn. 439.

<sup>100</sup> Dz. U. 2017 poz.229.

#### d) Zwischenergebnis

Während die selbstständige Vertragsstrafe in der deutschen Rechtsordnung anerkannt ist, bedarf es also für dieses Institut in Polen einen größeren Begründungsaufwand. Nach den gemachten Erwägungen, gibt es jedoch keinen einschlägigen Grund mehr, die selbstständige Vertragsstrafe in Polen abzulehnen, sodass diese auch im vorliegenden Fall durch AGB in den Vertrag zwischen Bewertenden und Bewertungsportal Eingang finden kann. Beide Rechtsordnungen gestatten die Möglichkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe durch AGB. Die anschließende Klauselkontrolle richtet sich im Grunde nach den gleichen gesetzlichen Maßstäben und führt zum gleichen Ergebnis. Neben der Feststellung, dass kein enumerativer Fall des Klauselkatalogs vorliegt, ist eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen. Das polnische Recht sieht darüber hinaus noch eine weitere Kontrollmöglichkeit durch das Institut des UOKiK vor.

In beiden Rechtsordnungen muss die Vertragsstrafe dem Transparenz- bzw. Bestimmtheitsgebot entsprechen. D.h. der Bewertende muss aus der Formulierung der Vertragsstrafe unzweifelhaft erfahren können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist und wie hoch die zu leistende Strafe ist. Doch hier liegt eine der größten Schwierigkeiten. Denn wie bereits angesprochen ist die Bestimmung einer rechtswidrigen Bewertung bereits für einen Juristen nicht einfach. Bei der Ausgestaltung ist also darauf zu achten, dass lediglich eindeutige und krasse Fälle, wie beispielsweise die Lüge oder die vorsätzliche Schädigung erfasst sind. Zudem ist unklar, welche Werte für die Höhe der Strafe anzulegen sind. Hier wird man sich aus der bisherigen Rechtsprechung zu Persönlichkeitsverletzungen etc. bedienen müssen, um einen angemessen Mittelwert zu finden.

### IV. Ergebnis

Nach alledem ist festzustellen, dass die Vertragsstrafe ein geeignetes aber im gegebenen Fall kompliziert zu vereinbarendes Mittel darstellt. Die unbillige Härte, die aufgrund der anonymisierten Inanspruchnahme des Bewertenden entsteht und den Bewerteten damit zumindest bis zur Kenntnisverlangung der rechtswidrigen Bewertung quasi schutzlos dastehen lässt, würde durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe abgemildert werden. Zudem überwindet die Vertragsstrafe mit ihrer Schadensersatzfunktion, dass der Bewertete Schäden häufig nicht konkret darlegen und beweisen kann. Ebenso schreckt es bösgläubige Bewertende ab, die es nur darauf abgesehen haben, dem Bewerteten Schaden zuzufügen und ihn zu bloßzustellen.

Schwierigkeiten bleiben bei der Gestaltung. Wie soeben erwähnt, muss die Vertragsklausel hinreichend bestimmt sein. Zudem muss dem Nutzer vor der Abgabe seiner Bewertung bewusst sein, dass seine ggf. schädigende Bewertung die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe begründen würde.

Weiterhin stellt sich das Problem, wie die Portalbetreiber dazu angehalten werden könnten das Instrument der Vertragsstrafe zu nutzen. Da Bewertungsportale daran interessiert sind, dass ein breites Spektrum an Meinungen vorhanden ist, ist jedes die Meinungsabgabe abschreckende Instrument grundsätzlich nicht im Sinne der Portalbetreiber. Doch an dieser Stelle müssen diese aber in sich gehen und entscheiden, ob sie einen qualitativ hochwertigen Meinungsaustausch gewährleisten oder eine Plattform für Grundrechtsverletzungen und Straftaten sein wollen. Außerdem muss bei der Entscheidung berücksichtigt werden, dass Bewertungen sogar durch Verleumdungen usw. existenzbedrohende Wirkungen haben können und somit ein übergeordnetes Bedürfnis besteht, diesem vorzubeugen.

Darüber hinaus wäre es begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber, insbesondere in Polen den Portalbetreibern mehr zusätzliche bußgeldbewehrte Pflichten auferlegen, Der hier

genannte Prüfungskatalog des BGH ist definitiv ein Schritt in die richtige Richtung, doch deckt er den Zeitraum zwischen Veröffentlichung der Bewertung und Kenntnisnahme durch das Portal schadensersatzrechtlich nicht ab. Dies könnte jedoch durch die Vertragsstrafe passieren.

In Polen müsste zudem die Rechtslage bezüglich der Herausgabe personenbezogener Daten geklärt werden, da dies anscheinend nach Lust und Laune der Portalbetreiber geschieht. Dies muss insbesondere vor der Rechtsprechung des EGMR und den umzusetzenden Richtlinien der EU passieren, die eine Herausgabe personenbezogener Daten nur unter engen Voraussetzungen, wie das Nachgehen einer Straftat durch zuständige Stellen erlauben.

Es bleibt abzuwarten, was in diese Richtung geschieht.