

# Standardisierte Leistungsbewertungen

Eine äußerungsrechtliche Untersuchung

von  
Dr. Christian Gomille

1. Auflage

Standardisierte Leistungsbewertungen – Gomille

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Medien-, Presse- und Rundfunkrecht



Verlag C.H. Beck München 2009

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59155 6

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXVII

## *Teil 1. Einleitung, tatsächliche und rechtliche Grundlagen*

Einleitung .....	1
<b>1. Kapitel. Grundlagen und rechtlicher Rahmen</b> .....	2
<b>A. Erscheinungsformen öffentlicher Leistungsbewertungen</b> .....	2
I. Vergleichende Warentests klassischer Prägung .....	3
1. Zur Bedeutung vergleichender Warentests .....	3
2. Charakteristische Merkmale des vergleichenden Warentests .....	4
3. Konsequenzen eines negativen Testergebnisses für den Betroffenen ..	4
II. Bonitätsratings als öffentliche Leistungsbewertungen .....	4
1. Funktion und Bedeutung des externen Bonitätsratings .....	4
2. Charakteristische Merkmale des Bonitätsratings .....	5
3. Konsequenzen eines negativen Bonitätsratings für den Betroffenen ..	6
III. Öffentliche Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationss-	
diensten .....	6
1. Der Nutzer als Inhaltslieferant für offene Internet-Informationss-	
dienste .....	6
2. Informationsdienste auf elektronischen Marktplätzen .....	7
a) Funktion und Bedeutung .....	7
b) Charakteristische Merkmale .....	7
c) Konsequenzen negativer Bewertungen für den Betroffenen .....	8
3. Informationsdienste außerhalb elektronischer Marktplätze .....	9
a) Erscheinungsformen .....	9
b) Charakteristische Merkmale .....	9
c) Konsequenzen negativer Bewertungen für den Betroffenen .....	9
<b>B. Die <i>standardisierte Leistungsbewertung</i> als Oberbegriff</b> .....	10
<b>C. Standardisierte Leistungsbewertung und Markttransparenz</b> .....	11
I. Leistungsbewertung und Markttransparenz aus ökonomischer Sicht ...	11
II. Leistungsbewertung und Markttransparenz in der Rechtsordnung ...	11
<b>D. Rechtliche Problembereiche der standardisierten Leistungsbewertung</b> ..	12
I. Zivilrechtlicher Individualrechtsschutz des Betroffenen .....	12
1. Ansprüche des Betroffenen gegen den Autor .....	12
a) Vertragliche Ansprüche des Betroffenen gegen den Autor .....	13
b) Gesetzliche Ansprüche des Betroffenen gegen den Autor .....	13
2. Gesetzliche Ansprüche gegen den Verbreiter .....	14
II. Zivilrechtlicher Individualrechtsschutz der Adressaten .....	14
III. Lauterkeitsrechtliche Aspekte .....	15

<b>E. Beschränkung des Gegenstands und Gang der Untersuchung</b> .....	16
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....	16
1. Beschränkung des Gegenstands auf äußerungsdeliktische Ansprüche .....	16
2. Untersuchungswürdigkeit der standardisierten Leistungsbewertung unter äußerungsdeliktischen Gesichtspunkten .....	16
a) Die tatsächliche Ebene .....	17
b) Die rechtliche Ebene .....	17
II. Gang der Untersuchung .....	18

*Teil 2. Die Haftung des Bewerbers*

<b>2. Kapitel. Die äußerungsrechtliche Einordnung standardisierter Leistungsbewertungen als Tatsachenbehauptungen oder Meinungsäußerungen</b> .....	19
<b>A. Die notwendige Differenzierung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen</b> .....	19
<b>B. Grundregeln zur Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung</b> .....	21
I. Die Abgrenzungsformeln .....	21
II. Anwendung dieser Formeln auf die standardisierte Leistungsbewertung .....	22
1. Standardisierte Leistungsbewertungen mit konkretem Bewertungsbericht .....	23
a) Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen im vergleichenden Warentest (BGH, NJW 1987, 2222) .....	23
b) Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen in Bonitätsratings (KG, WM 2006, 1432) .....	23
c) Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen bei Bewertungen auf elektronischen Marktplätzen (AG Koblenz, NJW-RR 2006, 1643) .....	24
d) Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen bei standardisierten Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationsdiensten außerhalb elektronischer Marktplätze .....	25
2. Standardisierte Leistungsbewertungen mit lediglich pauschaler Erläuterung .....	25
<i>Zwischenergebnis</i> .....	26
<b>C. Die standardisierte Leistungsbewertung als Mischäußerung</b> .....	26
I. Einheitliche Behandlung als Tatsachenbehauptung? .....	27
1. Mischäußerung als Tatsachenbehauptung .....	27
2. Keine Übertragbarkeit auf standardisierte Leistungsbewertungen ..	28
<i>Zwischenergebnis</i> .....	30
II. Einheitliche Behandlung als Meinungsäußerung? .....	30
1. Bewertungsergebnis als prägendes wertendes Element der standardisierten Leistungsbewertung .....	30
2. Überprüfung anhand allgemeiner äußerungsrechtlicher Regeln .....	32
a) Die Ermittlung des Tatsachenkerns .....	32
aa) Tatsachenkern und konkreter Bewertungsbericht .....	33

bb) Tatsachenkern und pauschaler Bewertungsbericht .....	33
(1) Verwechslungsfälle .....	34
(2) Assoziation tatsächlicher Vorgänge .....	35
<i>Zwischenergebnis</i> .....	37
b) Die Isolierung des Tatsachenkerns .....	37
aa) Sinnentstellende Trennung .....	38
bb) Anwendung auf die standardisierte Leistungsbewertung:	
Keine sinnentstellende Trennung .....	38
cc) Die Parallele zu den Regeln über die zulässige Testwerbung ..	39
c) Das Zurücktreten des Tatsachenkerns .....	40
aa) Wesentlicher Einfluss des wertenden Elements? .....	40
bb) Grundsätzliche Kritik an dieser These .....	41
(1) Fehlende Praktikabilität .....	41
(2) Verkürzung legitimer Rechtsschutzinteressen der	
Betroffenen .....	41
(3) Verfassungskonformität einer anderen Auffassung .....	42
(4) Die Parallele zur rechtlichen Einordnung von Gutachten .	43
cc) Keine Sonderregel für standardisierte Leistungsbewertungen	45
<i>Zwischenergebnis</i> .....	45
III. Die Trennungslösung .....	46
1. Trennungslösung und standardisierte Leistungsbewertung .....	46
2. Trennungslösung und Rechtsprechung zu Warentests .....	46
<i>Ergebnis</i> .....	46

<b>3. Kapitel. Unwahre und nicht erwiesene wahre Tatsachenbehauptungen</b>	
<b>in standardisierten Leistungsbewertungen</b> .....	46
<b>A. Grundlagen zur Rechtmäßigkeit von Tatsachenbehauptungen</b> .....	47
I. Tatsachenbehauptungen im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG .....	47
1. Kein Schutz bewusst oder erwiesener unwahrer Tatsachen-	
behauptungen .....	47
2. Umfassender Äußerungsschutz? .....	47
3. Fazit .....	48
II. Einfachgesetzliche Regelungen über Tatsachenbehauptungen .....	48
<b>B. Die Behandlung des <i>non liquet</i> nach allgemeinen Regeln</b> .....	49
I. Die Grundregel .....	49
II. Die Ausnahme des § 186 StGB .....	49
III. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß § 193 StGB .....	50
1. Zulässige Äußerung bei unterstellter Wahrheit der Behauptung ....	51
2. Die erweiterte Darlegungslast des Erklärenden .....	51
3. Die Beweislastverteilung bei Erfüllung der erweiterten Darlegungs-	
last .....	52
IV. Unbeachtlichkeit des § 193 StGB für die Beweislastverteilung? .....	52
1. § 193 StGB innerhalb der Systematik der §§ 185 ff. StGB .....	52
2. Beweislast und Grundgesetz .....	52
a) Beweislast und Grundrechte des Betroffenen .....	52
b) Die Wirkung der Grundrechte im Streit zwischen Privatrechts-	
subjekten .....	53
c) Beweislast und Untermaßverbot .....	53

<i>Zwischenergebnis</i> .....	54
<b>C. Die Behandlung des <i>non liquet</i> bei standardisierten Leistungsbewertungen</b> .....	55
<b>I. Das <i>non liquet</i> bei professionell erstellten Warentests</b> .....	55
1. Das potentielle öffentliche Interesse an professionell erstellten Warentests .....	55
a) Öffentliches Interesse an Markttransparenz .....	56
b) Keine Beschränkung des Interesses auf objektiv wahre Warentests .....	56
c) Unschädlichkeit eigener erwerbswirtschaftlicher Ziele des Bewerter .....	57
2. Die Recherchepflichten des Bewerter .....	57
a) Dogmatische Ableitung der Recherchepflichten .....	57
b) Anzulegender Sorgfaltsmaßstab – eine Abwägungsfrage .....	58
aa) Das Maß des öffentlichen Interesses .....	58
bb) Die möglichen Folgen für den Betroffenen .....	59
cc) Herkunft der Information und Herrschaft des Bewerter über die Primärquelle .....	60
3. Keine Sonderrolle der <i>Stiftung Warentest</i> kraft ihres Status .....	61
<i>Zwischenergebnis</i> .....	62
<b>II. Das <i>non liquet</i> bei Bonitätsratings</b> .....	63
1. Das potentielle öffentliche Interesse an Bonitätsratings .....	63
a) Öffentliches Interesse an Markttransparenz .....	63
b) Das Problem der Neutralität beim Auftragsrating .....	63
2. Die Recherchepflichten der Ratingagentur .....	64
a) Das Maß des öffentlichen Interesses .....	64
b) Die möglichen Folgen für den Betroffenen .....	65
c) Herkunft der Information und Herrschaft des Bewerter über die Primärquelle .....	65
d) Bestätigung dieses Sorgfaltsmaßstabs durch § 34b Abs.1 Satz 1 WpHG .....	65
<i>Zwischenergebnis</i> .....	66
3. Beweislast und § 20a Abs.1 Satz 1 Nr. 1 WpHG .....	66
a) Die Beweislastverteilung bei § 20a Abs.1 Satz 1 Nr.1 WpHG .....	67
b) § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG und § 823 Abs.2 BGB .....	67
<i>Zwischenergebnis</i> .....	68
<b>III. Das <i>non liquet</i> bei standardisierten Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationsdiensten</b> .....	68
1. Das potentielle öffentliche Interesse an standardisierten Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationsdiensten .....	68
a) Außerhalb elektronischer Marktplätze .....	68
b) Auf elektronischen Marktplätzen .....	69
2. Die Recherchepflichten des bewertenden Nutzer .....	69
a) Recherchepflichten außerhalb elektronischer Marktplätze .....	69
aa) Das Maß des öffentlichen Interesses .....	69
bb) Die möglichen Folgen für den Betroffenen .....	69
cc) Herkunft der Information und Herrschaft des Bewerter über die Primärquelle .....	70

b) Sorgfaltspflichten auf elektronischen Marktplätzen . . . . .	70
aa) Das Maß des öffentlichen Interesses . . . . .	70
bb) Die möglichen Folgen für den Betroffenen . . . . .	71
cc) Herkunft der Information und Herrschaft des Bewerter über die Primärquelle . . . . .	72
3. Keine Sonderbehandlung von offenen Internet-Informations- dienen . . . . .	72
a) Sonderregeln für Internetsachverhalte im Sinne einer <i>lex infor-</i> <i>matica</i> ? . . . . .	73
b) Keine Lücke der hergebrachten Instrumentarien . . . . .	73
<i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	75
4. Beweislast und § 35 Abs. 4 BDSG . . . . .	75
a) Datenschutzrechtliche Medienprivilegien . . . . .	76
aa) Das Presseprivileg des § 41 BDSG . . . . .	76
bb) Die Rundfunkprivilegien der § 41 Abs. 4 BDSG, §§ 47, 57 RStV . . . . .	77
b) Der durch § 35 Abs. 4 BDSG verursachte Wertungswiderspruch . .	78
c) Abhilfebedürfnis . . . . .	78
d) Die teleologische Reduktion des § 35 Abs. 4 BDSG . . . . .	79
aa) Äußerungsrechtliche Beweisregeln und § 35 Abs. 4 BDSG . . . .	79
bb) Reduktionsbedürfnis und fehlendes Reduktionsverbot . . . . .	80
<i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	82
<b>D. Rechtsfolgen</b> . . . . .	82
I. Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung . . . . .	82
II. Nicht erwiesen wahre Tatsachenbehauptung . . . . .	82
III. Die Berücksichtigung künftiger Sachverhalte . . . . .	83
<i>Ergebnis</i> . . . . .	85
<b>4. Kapitel. Wahre Tatsachenbehauptungen in standardisierten Leistungs-</b> <b>bewertungen</b> . . . . .	86
<b>A. Berichterstattung über wahre Tatsachen aus dem persönlichen Bereich</b> . .	87
I. Das Modell der §§ 22 f. KUG . . . . .	87
II. Verallgemeinerungsfähigkeit dieses Modells . . . . .	88
<i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	89
<b>B. Die Anwendung des Regelungsmodells auf standardisierte Leistungs-</b> <b>bewertungen</b> . . . . .	89
I. Die Mitteilung wahrer Tatsachen im Rahmen der Bewertung unter- nehmerisch erbrachter Leistungen . . . . .	89
II. Die Mitteilung wahrer Tatsachen im Rahmen der Bewertung nicht- unternehmerisch erbrachter Leistungen . . . . .	90
<i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	90
<b>C. Ausnahmen von der grundsätzlich rechtmäßigen wahren Bericht-</b> <b>erstattung in standardisierten Leistungsbewertungen</b> . . . . .	90
I. Erlangen der Information durch Rechtsbruch . . . . .	91
II. Prangerwirkung der Veröffentlichung . . . . .	93
III. Besonderheiten im Bereich kritischer Wirtschaftsberichterstattung? . .	94
<i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	95



(3) Gesteigerter psychischer Druck durch eine größere Öffentlichkeit .....	119
<i>Zwischenergebnis</i> .....	121
c) Überprüfung der Gegenthese anhand typischer Konstellationen aus der Rechtsprechung zur anprangernden Berichterstattung .....	121
aa) Aktuelle und öffentlichkeitswirksame Berichterstattung über Straftaten .....	121
bb) Berichterstattung über vergangene Verhaltensweisen von ursprünglich zeitgeschichtlicher Relevanz .....	122
cc) Veröffentlichung der Schuldneigenschaft .....	122
dd) Der Einzelne als Sinnbild eines gesamtgesellschaftlichen Phänomens .....	124
<i>Zwischenergebnis</i> .....	125
II. Prangerwirkung durch standardisierte Leistungsbewertungen? .....	125
1. Professionell erstellte Warentests .....	125
a) Die Beurteilung bei <i>BGH</i> , NJW 1963, 484 ( <i>Maris</i> ) .....	126
b) Die Fehlerhaftigkeit dieser Beurteilung .....	126
<i>Zwischenergebnis</i> .....	127
2. Bonitätsratings .....	127
a) Die Beurteilung bei <i>BGH</i> , NJW 1994, 1281 ( <i>Heberger-Bau</i> ) .....	128
b) Die Fehlerhaftigkeit dieser Beurteilung .....	128
<i>Zwischenergebnis</i> .....	129
3. Standardisierte Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationendiensten außerhalb elektronischer Marktplätze .....	129
a) Unternehmerisch erbrachte Leistungen .....	129
b) Nichtunternehmerisch erbrachte Leistungen .....	129
<i>Zwischenergebnis</i> .....	131
4. Standardisierte Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationendiensten auf elektronischen Marktplätzen .....	131
a) Unerheblichkeit des Agierens unter fiktivem Benutzernamen .....	131
b) Besonderheiten elektronischer Marktplätze .....	132
<i>Zwischenergebnis</i> .....	133
<b>F. Rechtsfolgen</b> .....	133
<i>Ergebnis</i> .....	134
<b>5. Kapitel. Meinungsäußerungen in standardisierten Leistungsbewertungen</b> .....	134
<b>A. Grundlagen zur Rechtmäßigkeit von Meinungsäußerungen</b> .....	135
I. Der weite Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG .....	135
II. Die Kontroverse über die Reichweite und Wirkung der Grundrechtsschranken <i>Allgemeine Gesetze</i> und <i>Recht der persönlichen Ehre</i> .....	136
1. Allgemeine Gesetze und <i>Wechselwirkungstheorie</i> : <i>BVerfGE</i> 7, 198 ( <i>Lüth</i> ) .....	136
2. <i>Wechselwirkungstheorie</i> und Recht der persönlichen Ehre .....	137
<i>Zwischenergebnis</i> .....	138
<b>B. Die Kollision von Meinungsfreiheit mit Persönlichkeits- oder Unternehmensrecht: Allgemeine Abwägungsmaßstäbe</b> .....	138
I. Die Formel von der Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede .....	139
II. Die restriktive Gegenauffassung .....	139



1. Die Argumentation der Gegenauffassung .....	139
2. Die Gegenauffassung und der öffentliche Kommunikationsprozess ..	140
a) Der Schutz des Betroffenen im öffentlichen Kommunikations-	
prozess .....	140
b) Fehlende Justiziabilität der Gegenauffassung .....	142
III. Die Ausnahmen von der Vermutung für die Zulässigkeit der	
freien Rede .....	142
1. Angriffe auf die Menschenwürde und Schmähkritik .....	142
a) Die Fallgruppen .....	143
aa) Angriffe auf die Menschenwürde .....	143
bb) Schmähkritik .....	143
(1) Grundsätze .....	143
(2) Sonderfall: Das sog. Recht auf den Gegenschlag .....	145
b) Angriffe auf die Menschenwürde, Schmähkritik und standardi-	
sierte Leistungsbewertungen .....	145
2. Meinungsäußerung auf Grundlage unwahrer Tatsachen .....	146
a) Die Bedeutung der Tatsachenbasis .....	146
b) Standardisierte Leistungsbewertungen auf Grundlage	
unwahrer Tatsachen .....	147
3. Prangerwirkung .....	147
a) Prangerwirkung und Meinungsäußerung .....	147
b) Prangerwirkung und standardisierte Leistungsbewertung .....	148
<i>Zwischenergebnis</i> .....	149
IV. Abweichende Maßstäbe im Bereich kritischer Wirtschafts-	
berichterstattung? .....	149
1. Die Entwicklung der Rechtsprechung .....	149
2. Die extreme Gegenposition von Teilen der Literatur .....	150
<i>Zwischenergebnis</i> .....	151
<b>C. Die Behandlung von Publikationen der <i>Stiftung Warentest</i> durch den</b>	
<b><i>Bundesgerichtshof</i>.</b> .....	151
I. Die Rechtsprechung des <i>Bundesgerichtshofs</i> .....	151
II. Analyse dieser Rechtsprechung .....	152
III. Rechtfertigung dieser Rechtsprechung .....	153
1. Ansätze zur Rechtfertigung in Rechtsprechung und Literatur .....	153
a) Der eigene Anspruch der <i>Stiftung Warentest</i> .....	153
b) Objektive Erfordernisse nützlicher Verbraucherinformation .....	154
c) Quasihohheitliches Handeln der <i>Stiftung Warentest</i> .....	154
2. Die Störung des öffentlichen Kommunikationsprozesses als	
Rechtfertigungsgrund .....	155
a) Öffentlicher Kommunikationsprozess und <i>Markt der Meinungen</i> .....	155
b) Die Störung des öffentlichen Kommunikationsprozesses .....	156
aa) Wirtschaftlicher und sozialer Einfluss des Erklärenden .....	156
bb) Die Parallele zur Einzelmarktbeherrschung .....	156
c) <i>Stiftung Warentest</i> und öffentlicher Kommunikationsprozess .....	157
d) Andere professionell veranstaltete Leistungstests und	
öffentlicher Kommunikationsprozess .....	158
<i>Zwischenergebnis</i> .....	158

<b>D. Bonitätsratings und öffentlicher Kommunikationsprozess</b> .....	159
<i>Zwischenergebnis</i> .....	160
<b>E. Standardisierte Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationendiensten und öffentlicher Kommunikationsprozess</b> .....	160
<i>Zwischenergebnis</i> .....	161
<b>F. Pflicht zur Begründung des Bewertungsergebnisses?</b> .....	161
I. Grundsatz: Keine Pflicht zur Begründung der eigenen Meinung .....	162
II. Die Beschränkung der Problematik auf Bewertungen der <i>Stiftung Warentest</i> und Bonitätsratings .....	162
III. Die Begründung des Testergebnisses durch die <i>Stiftung Warentest</i> .....	163
1. Die Begründungspraxis der <i>Stiftung Warentest</i> .....	163
2. Die korrespondierende Begründungspflicht der <i>Stiftung Warentest</i> .....	163
a) Das Erfordernis tatsächlicher Grundlagen zur Überprüfung von <i>Objektivität</i> und <i>Sachkunde</i> .....	163
b) Keine Abhilfe auf prozessuaalem Wege .....	163
c) Die materiellrechtliche Pflicht zur Begründung des Testergebnisses .....	165
IV. Konsequenzen für eine Pflicht zur Begründung von Bonitätsratings .....	166
1. Die Praxis der Ratingagenturen .....	166
2. Vergleich mit der Pflichtenlage der <i>Stiftung Warentest</i> .....	166
<i>Zwischenergebnis</i> .....	167
<b>G. Rechtsfolgen</b> .....	167
I. Der Unterlassungsanspruch im Fall der Schmähkritik .....	168
II. Der Unterlassungsanspruch beim Bewertungsergebnis auf Grundlage unwahrer Tatsachen .....	168
1. Bewertungsergebnis mit alternativer Begründung .....	168
2. Die Berücksichtigung künftiger Sachverhalte .....	170
III. Der Unterlassungsanspruch beim nicht begründeten Bewertungsergebnis .....	171
<i>Ergebnis</i> .....	172
<b>6. Kapitel. Der Einfluss vertraglicher Bestimmungen auf die Rechtswidrigkeit standardisierter Leistungsbewertungen</b> .....	172
<b>A. Leistungsbewertung und vertragliche Vereinbarung: Relevante Fallgruppen</b> .....	172
I. Der Vertrag zwischen Ratingagentur und Betroffenen beim Auftragsrating .....	172
II. Die AGB der Anbieter offener Internet-Informationendienste .....	173
1. Verhaltensregeln in den AGB der Diensteanbieter .....	173
2. Anbieter-AGB und das Dreiecksverhältnis zwischen Diensteanbieter, Bewerter und Betroffenen .....	174
<b>B. Vertragliche Modifikationen der deliktischen Verhaltenspflichten von Ratingagenturen</b> .....	174
I. Die gewöhnliche Beschaffenheit eines Ratings gemäß § 633 Abs.2 Nr.2 BGB .....	174
II. Spielräume zur abweichenden vertraglichen Vereinbarung der Sollbeschaffenheit eines Ratings .....	175

1. Vereinbarte Sollbeschaffenheit und Beschaffenheit zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung .....	175
2. Notwendige Beschaffenheitsmerkmale eines zur Veröffentlichung gedachten Bonitätsratings .....	175
3. Zur Lösung eines Konflikts zwischen konkreter Beschaffenheitsvereinbarung und der Vereinbarung einer Verwendungseignung .....	177
<i>Zwischenergebnis</i> .....	178
<b>C. Vertragliche Modifikationen der deliktischen Verhaltenspflichten für nutzergenerierte Leistungsbewertungen in offenen Internet-Informationendiensten</b> .....	178
I. Vorschläge zur Einbeziehung der AGB des Diensteanbieters in das Rechtsverhältnis zwischen Bewerter und Betroffenen .....	178
1. Die Auslegungslösung .....	179
a) Die Argumentation der Vertreter der Auslegungslösung .....	179
b) Die Auslegungslösung als Erklärungsfiktion .....	179
2. Der Nutzungsvertrag als Rahmenvertrag .....	180
a) Die Konstruktion des Rahmenvertrags .....	181
b) Der Rahmenvertrag als Erklärungsfiktion .....	181
3. Lösungsvorschlag über die Verwendereigenschaft .....	181
a) Konstruktion der Verwendereigenschaft des einzelnen Nutzers ..	181
b) Keine Verwendereigenschaft ohne Gestaltungsmacht .....	182
4. Drittschützende Klauseln als Verträge zu Gunsten Dritter .....	182
a) Konstruktion des Vertrags zu Gunsten Dritter .....	182
b) Drittschützende Klauseln ohne Drittbegünstigung i.S.d. § 328 BGB .....	183
aa) Praktische Vorzüge der Lösung über den Vertrag zu Gunsten Dritter .....	183
bb) Drittbegünstigung einzelner Klauseln als bloßer Reflex .....	183
II. Keine Geltung der Anbieter-AGB im Verhältnis der Nutzer untereinander .....	184
<i>Zwischenergebnis</i> .....	185
III. Inhaltliche Kontrolle modifizierender Klauseln .....	185
1. Kontrollfähigkeit der Anbieter-AGB .....	186
2. Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB: Das Sachlichkeitskriterium .....	187
a) Die Auslegung des Sachlichkeitskriteriums in den Anbieter-AGB ..	187
b) Wirksamkeit einer solchen Klausel .....	188
<i>Ergebnis</i> .....	189

*Teil 3. Die Verbreiterhaftung der Anbieter offener Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungsbewertungen*

<b>Vorbemerkung</b> .....	191
<b>7. Kapitel. Die Einordnung der §§ 7 ff. TMG in das zivilrechtliche Haftungssystem</b> .....	194
<b>A. Die Problematik: §§ 7 ff. TMG als anspruchsbegründende Merkmale oder als rechtshindernde Einwendungen</b> .....	194

<b>B. Streitpunkte über die Wirkung der §§ 7 ff. TMG im Haftungstatbestand</b>	195
<i>Zwischenergebnis</i>	196
<b>C. Varianten zur Einordnung der §§ 7 ff. TMG in die zivilrechtliche Haftungssystematik nach der Lehre vom Rechtssatz</b>	196
I. §§ 7 ff. TMG als erläuternde Rechtssätze	197
II. §§ 7 ff. TMG als verweisende Rechtssätze	197
III. §§ 7 ff. TMG als einschränkende Rechtssätze	197
IV. Schwierigkeiten bei der Zuordnung der §§ 7 ff. TMG zu diesen Kategorien	198
<i>Zwischenergebnis</i>	198
<b>D. Die herrschende Meinung und die Lehre vom Rechtssatz</b>	199
I. §§ 7 ff. TMG als Zurechnungsregelungen auf Tatbestandsebene?	199
1. Vorschläge zur Integration der §§ 7 ff. TMG in zivilrechtliche Haftungstatbestände	199
2. Keine alleinige zurechnungsbegründende Funktion der §§ 7 ff. TMG	200
a) §§ 7 ff. TMG als Vorschriften über die Zurechnung	200
b) Kein weiterer Schluss auf anspruchsbegründende Funktion	201
II. Filterfunktion der §§ 7 ff. TMG?	201
1. Die sog. Filtertheorie	201
2. Die Filtertheorie und die Lehre vom Rechtssatz	202
<i>Zwischenergebnis</i>	203
<b>E. Gegenthese: §§ 7 ff. TMG als rechtshindernde Einwendungen</b>	203
I. Die Gegenthese und ihre Begründung	203
II. Rechtfertigung der Gegenthese gegen die Wertungsgesichtspunkte der herrschenden Meinung	203
1. Normexterne Abwägung	204
a) Die Argumentation der herrschenden Meinung	204
b) Die Lückenhaftigkeit dieser Argumentation	204
2. Norminterne Abwägung	206
a) Die Argumentation der herrschenden Meinung	206
b) Keine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch §§ 7 ff. TMG	206
<i>Ergebnis</i>	207
<b>8. Kapitel. Die Anwendbarkeit der §§ 7 ff. TMG auf negatorische Ansprüche des Betroffenen</b>	207
<b>A. Die mögliche Verbreiterhaftung des Diensteanbieters nach allgemeinen Regeln</b>	208
I. Voraussetzungen negatorischer Haftung im Bürgerlichen Recht auf Basis der herrschenden Meinung	208
II. Die Passivlegitimation des Diensteanbieters für inkriminierte Informationen Dritter	209
<i>Zwischenergebnis</i>	209
<b>B. Die Funktion der negatorischen Ansprüche im Bürgerlichen Recht</b>	210
I. Die Einbeziehung sämtlicher absolut geschützter Rechtspositionen in den Anwendungsbereich des § 1004 BGB	210
1. Von den Spezialtatbeständen zum allgemeinen negatorischen Rechtsschutz	210

a) Der allgemeine deliktische Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch .....	211
b) Der verschuldensunabhängige Unterlassungsanspruch .....	211
c) Der verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch .....	212
2. Rechtfertigung der Ausweitung der negatorischen Haftung .....	212
3. Keine Relativierung des negatorischen Rechtsschutzes durch die <i>IM-Sekretär/Stolpe</i> -Rechtsprechung des <i>Bundesverfassungsgerichts</i> .....	214
a) Die geänderte Rechtsprechung des <i>Bundesverfassungsgerichts</i> zu mehrdeutigen Äußerungen .....	214
b) Einordnung dieser Rechtsprechung in die bestehende Dogmatik ..	215
<i>Zwischenergebnis</i> .....	216
II. Die Ausdehnung der Passivlegitimation .....	216
1. Die herrschende Meinung: Anknüpfung an das Veranlassungsprinzip .....	216
2. Abweichende Ansätze .....	217
a) Die Usurpationstheorie .....	218
b) Lösungsansätze über Kausalverlauf bzw. Verkehrspflichten .....	219
3. Die notwendige Orientierung des Störerbegriffs am objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung .....	219
a) Der Zusammenhang zwischen negatorischem Rechtsschutz und Deliktsrecht .....	219
b) Die Ablehnung der Usurpationstheorie .....	220
c) Grundsätzliche Interessengerechtigkeit des herrschenden Störerbegriffs .....	221
III. Negatorischer Rechtsschutz im Gemeinschaftsrecht .....	222
IV. Der Anbieter offener Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungsbewertungen in diesem Haftungssystem .....	223
<i>Zwischenergebnis</i> .....	223
<b>C. Die Einordnung der §§ 7 ff. TMG in die Systematik des allgemeinen negatorischen Anspruchs</b> .....	223
I. Die Sichtweise des <i>Bundesgerichtshofs</i> .....	224
1. Die Argumentation mit § 10 TMG .....	224
2. Die Argumentation mit § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG .....	224
II. Die abweichende Auffassung .....	225
1. Privilegierung des Diensteanbieters über § 10 TMG .....	226
a) Die Argumentation mit § 10 TMG .....	226
b) Die Argumentation mit § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG .....	226
2. Privilegierung des Diensteanbieters über § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG .....	227
a) Widerspruch zwischen den Sätzen 1 und 2 des § 7 Abs. 2 TMG .....	227
b) Der Vorschlag eines kenntnisabhängigen Beseitigungsanspruchs .....	228
III. Keine Beschränkungen des allgemeinen negatorischen Anspruchs durch §§ 7 ff. TMG .....	229
1. Die Bedeutung des § 10 TMG .....	229
a) Zur Argumentation des <i>Bundesgerichtshofs</i> .....	230
b) Zur Argumentation der abweichenden Auffassung .....	230
2. Die Bedeutung des § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG .....	231

a) Natürlicher Wortsinn von <i>Entfernung</i> und <i>Sperrung</i> .....	231
b) <i>Entfernung</i> und <i>Sperrung</i> als Synonym für den Anspruch auf Beseitigung? .....	232
c) Die Rolle der Art. 12 ff. der E-Commerce-Richtlinie .....	233
3. § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG – Keine eigenständige Privilegierungsnorm .....	233
a) Kein Vorrang des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG vor § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG .....	234
b) Das Erfordernis positiver Kenntnis vom Rechtsverstoß und die Funktion des negatorischen Rechtsschutzes im deutschen Privatrecht .....	235
4. Kein Widerspruch zwischen dem Verbot von Überwachungspflichten und uneingeschränkter negatorischer Haftung .....	237
a) § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG und allgemeine Überwachungspflichten .....	237
b) Abgrenzung allgemeiner von speziellen Überwachungspflichten .....	237
c) Zumutbare Gefahrvermeidungspflichten und allgemeine Überwachungspflichten .....	238
IV. Negatorische Ansprüche des Betroffenen gegen Anbieter offener Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungsbewertungen .....	239
<i>Ergebnis</i> .....	239
<b>9. Kapitel. Persönlicher Anwendungsbereich des § 10 TMG und die Anbieter offener Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungsbewertungen .....</b>	<b>239</b>
<b>A. Das Problem .....</b>	<b>239</b>
I. Erscheinungsformen von Speicherplatzanbietern im Internet .....	240
II. Differenzierungserfordernis? .....	241
<b>B. Differenzierungen nach der Funktion des konkreten Diensteanbieters in Rechtsprechung und Literatur .....</b>	<b>242</b>
I. Eigene und fremde Informationen in § 7 Abs. 1 TMG .....	243
II. § 10 Satz 2 TMG als maßgebliche Abgrenzungsvorschrift .....	244
III. Abgrenzung über die Kenntnis in § 10 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 TMG .....	245
<b>C. Die fehlende Sachgerechtigkeit dieser Lösungsansätze .....</b>	<b>245</b>
I. Die Beschränkung des § 10 TMG auf den rein technischen Dienstleister .....	245
1. Die Erwägungsgründe .....	245
2. Die Bedeutung der Erwägungsgründe für die Auslegung der Richtlinie und des auf ihr basierenden nationalen Rechts .....	246
3. Der sog. technische Verbreiter als Parallele im nationalen deutschen Recht .....	247
II. Fehlende Berücksichtigung der Beschränkung auf technische Dienstleister in den bislang vorgebrachten Ansätzen .....	247
1. Eigene und zu Eigen gemachte Informationen .....	248
2. Die Lösung über § 10 Satz 2 TMG .....	249
3. Die Interpretation des Merkmals der positiven Kenntnis .....	250
<i>Zwischenergebnis</i> .....	250
<b>D. Die Lösung anhand des Merkmals Speicherung für einen Nutzer .....</b>	<b>251</b>
I. Speichern <i>für einen Nutzer</i> – Ein einfaches Geschäftsbesorgungsverhältnis? .....	252

1. Eigen- und Fremdinteresse im Geschäftsbesorgungsverhältnis .....	252
2. Übertragung auf den Anbieter von Speicherplatz für von Nutzern eingebene Informationen .....	253
II. Privilegierte Funktion des Diensteanbieters und Speichern <i>für einen Nutzer</i> .....	254
1. Charakteristische Merkmale intellektuellen Verbreitens .....	254
2. Speicherplatzanbieter als intellektuelle Verbreiter – Die Literatur ...	255
a) Tatsächliche Einflussnahme auf Ob und Wie der Veröffentlichung der Drittäußerung .....	255
b) Mögliche Einflussnahme auf Ob und Wie der Veröffentlichung der Drittäußerung .....	256
c) Strukturelle Unterschiede zwischen klassischen intellektuellen Verbreitern und Diensteanbietern im Internet .....	257
3. Die Integration in ein eigenes Informationsangebot .....	257
a) Eigenes Informationsangebot und Datenbankschutz .....	258
b) Datenbank und <i>Datenhaufen</i> .....	258
c) Datenbank und wirtschaftliches Interesse .....	260
d) Datenbank und Einzeldatum .....	261
<i>Zwischenergebnis</i> .....	261
III. Anwendung dieses Modells auf verschiedene Speicherplatzanbieter im Internet .....	262
1. Der klassische <i>Hostprovider</i> .....	262
2. <i>Community</i> -Dienste .....	262
3. Diskussionsforen .....	262
IV. Konsequenzen für Anbieter offener Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungsbewertungen .....	263
1. Informationsdienste auf elektronischen Marktplätzen .....	263
2. Informationsdienste außerhalb elektronischer Marktplätze .....	264
3. Der Sonderfall der Lehrerbewertung unter <i>www.spickmich.de</i> ....	264
<i>Ergebnis</i> .....	264
<b>10. Kapitel. Die Verbreiterhaftung der Anbieter offener Internet-Inforna- tionsdienste für standardisierte Leistungsbewertungen nach allgemeinen Regeln</b> .....	265
<b>A. Abgrenzung des Problemkreises</b> .....	265
<b>B. Negatorische Ansprüche: Störerhaftung und zumutbare deliktische Verhaltenspflichten</b> .....	266
I. Konkretisierung der Zumutbarkeitsgrenze in Rechtsprechung und Literatur .....	267
1. Vorschläge der Rechtsprechung .....	267
2. Vorschläge aus der Literatur .....	268
II. Die Mängel der bislang vorgetragenen Ansätze .....	269
III. Von der zumutbaren Prüfungs- zur allgemeinen Verkehrspflicht .....	270
1. Das Kriterium <i>zumutbarer Prüfungspflichten</i> als Ausgangspunkt ...	270
2. Dogmatische Einordnung der <i>zumutbaren Prüfungspflichten</i> .....	271
3. Die angemessene Lösung über das Institut der Verkehrspflichten ...	271
a) Verkehrspflichten im Anwendungsbereich der §§ 823 ff. BGB ....	272

b) Verkehrspflichten im Urheberrecht und gewerblichen Rechts- schutz .....	273
c) Wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten .....	273
<i>Zwischenergebnis</i> .....	274
IV. Verkehrspflicht für Anbieter offener Internet-Informationendienste .....	274
1. Das Schaffen einer Gefahrenlage als Entstehungsvoraussetzung .....	274
2. Generelle Leitlinien für Umfang und Grenzen der Verkehrspflicht ..	276
3. Konkretisierung der generellen Leitlinien .....	277
a) Die Parallele zur unerwünschten Briefkastenwerbung .....	277
b) Die Parallele zu Inseraten und Leserbriefen .....	278
4. Inhalt und Umfang der Verkehrspflichten von Anbietern offe- ner Internet-Informationendienste für standardisierte Leistungs- bewertungen .....	280
a) Gefahrvermeidung durch Vertragsgestaltung .....	280
b) Gefahrenkontrolle durch inhaltliche Überprüfung .....	281
c) Automatisierte Veröffentlichung und Kenntnismahmpflicht ....	282
aa) Kenntnismahmpflicht in der Rechtsprechung: <i>BGHZ</i> 148, 13 .....	283
bb) Keine Beschränkung der Kenntnismahmpflicht auf Stichproben .....	284
cc) Umfassende Kenntnismahmpflicht des Diensteanbieters ....	284
d) Keine weitere Privilegierung des Diensteanbieters .....	285
<i>Zwischenergebnis</i> .....	286
<b>C. Inhalt des Anspruchs</b> .....	287
<b>D. Anforderungen an die Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr</b> .....	287
I. Erstbegehungsgefahr .....	287
II. Wiederholungsgefahr .....	290
1. Bei der Verbreitung von Drittäußerungen .....	290
2. Bei freiwilliger Löschung des inkriminierten Beitrags .....	291
<i>Zwischenergebnis</i> .....	292
<b>E. Schadensersatzansprüche gegen den Anbieter eines offenen Internet-     Informationendienstes für standardisierte Leistungsbewertungen</b> .....	292
<i>Ergebnis</i> .....	292
 <b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	293
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	297