

THOMAS HOEREN / JANA SEMRAU

Haftung des Merchant für wettbewerbswidrige Affiliate-Werbung

Die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) schützen gem. § 1 UWG den unverfälschten Wettbewerb und damit Interessen der Allgemeinheit, zugleich dienen sie dem Schutz wettbewerbsrelevanter Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und anderer Marktteilnehmer. Entsprechend handelt gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unlauter, wer auf Webseiten entgegen Bestimmungen des Jugendschutzes oder in urheberrechtswidriger Weise Film-, Video- und anderes Material anbietet.

Aber wie steht es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Unternehmens, das auf einer solchen Webseite mithilfe von Links, die wiederum auf seine eigene Seite führen, wirbt? Und ändert sich die rechtliche Einschätzung, wenn das beworbene Unternehmen nichts von der Unlauterkeit der Webseite weiß, weil es die Werbung

nicht selbst gesetzt hat, sondern i.R.e. sog. Affiliate-Programms hat setzen lassen?

Unabhängig von den bisher zu dieser Frage ergangenen, uneinheitlichen Entscheidungen deutscher Gerichte soll mit diesem Beitrag die Frage nach der Verantwortlichkeit des beworbenen Unternehmens unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte beantwortet werden. Zu prüfen sind dabei eine mögliche Inanspruchnahme des Unternehmens als Täter oder Teilnehmer einer unlauteren Handlung nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, ein Anspruch gegen das Unternehmen als „Störer“, die Inanspruchnahme als „Betriebsinhaber“ gem. § 8 Abs. 2 UWG sowie eine Verantwortlichkeit wegen Verletzung einer Verkehrspflicht, wie sie im letzten Jahr vom BGH in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ begründet wurde.

I. Inanspruchnahme als Täter oder Teilnehmer

Affiliate-Merchant-Systeme sind mittlerweile ein integraler Bestandteil jedes Online-Marketing-Konzepts. Hierbei fügt der (Werbe-)Partner auf seiner eigenen Webseite einen Werbebanner des anderen Unternehmens ein. Hierbei kann sich der Werbepartner bestimmte Kategorien herausuchen, die thematisch zu seiner Webseite passen. Die Grafiken werden durch einen automatischen Link in die Webseite des Werbepartners eingebunden. Der Werbepartner kann aber, auch ohne das Werbematerial zu nutzen, an dem „Affiliate-Programm“ teilnehmen, indem er eigene Banner, Grafiken oder einfache Textlinks verwendet.

Rechtlich ist zunächst zu fragen, ob ein Unternehmen, für das auf unzweifelhaft gegen Urheberrechte und Bestimmungen des Jugendschutzes verstoßenden Webseiten geworben wird, wegen eines eigenen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG als Täter oder Teilnehmer in Anspruch genommen werden kann.

Als Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung gilt, wer die Zuwiderhandlung selbst oder durch einen anderen (mittelbare Täterschaft) begeht.¹ Anspruchsgegner kann nur derjenige sein, der in eigener Person den wettbewerbsrechtlichen Verbotstatbestand erfüllt.² Im Rahmen des sog. „Affiliate-Marketings“ nimmt das beworbene Unternehmen (auch als „Merchant“ oder „Sponsor“ bezeichnet) das

Setzen der Werbung aber nicht selbst vor. Stattdessen beteiligt es sich an einem „Partnerprogramm“ im Internet, einem Online-Netzwerk, für das sich auch an der Übernahme der Werbung interessierte Partner (sog. „Affiliates“) anmelden können. Die Vermittlung der Werbeaufträge kann dabei durch den Merchant selbst erfolgen, häufig steht zwischen dem Werbenden und dem beworbenen Unternehmen aber ein Vermittler. In diesem Fall schließt allein dieser Vermittler Verträge mit den Affiliates, die in der Regel genaue Vorgaben über die Art und den Rahmen der zu setzenden Fremdwerbung enthalten. Die genaue Ausgestaltung der vertraglichen Leistungspflicht erfolgt später jedoch in eigener Verantwortung des Partners. Der Vermittler und vor allem das beworbene Unternehmen haben im Vorfeld keine Möglichkeit, die Auswahl der als Werbefeld dienenden Webseiten durch den Affiliate in tatsächlicher Weise zu beeinflussen; auf Seiten des Merchants fehlt mangels gegenseitigen Vertrags auch jede rechtliche Möglichkeit dazu.

Setzt jedoch ein Unternehmen die Werbung für seine Produkte und Dienstleistungen nicht selbst und mangels Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Handelnden auch nicht „durch einen anderen“, so scheidet eine täterschaftliche Verwirklichung eines Verstoßes gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aus.

Ebenso abzulehnen ist eine Verantwortlichkeit als Teilnehmer eines solchen Wettbewerbsverstoßes. Unter den Begriff des Teilnehmers fallen der Anstifter und der Gehilfe des Täters. Ähnlich wie im Strafrecht,³ erfordert ihre Inanspruchnahme in objektiver Hinsicht einen Mitwirkungsbeitrag zur Zuwiderhandlung eines anderen und auf subjektiver Seite zumindest einen bedingten Vorsatz, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss.⁴

Gibt das beworbene Unternehmen seine gesamte Marketingtätigkeit aber derart aus der Hand, dass seine Werbung eigenverantwortlich durch andere Personen getätigt wird,

1) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 8 Rdnr. 2.5.

2) Kotthoff/Gabel, in: HK-WettbR, 2. Aufl. 2005, § 8 Rdnr. 48.

3) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, § 8 Rdnr. 2.6.

4) BGH GRUR 1965, 104 – Personalausweise; BGH MMR 2001, 671 – ambiente.de; BGH MMR 2007, 507 m. Anm. Spindler – Internetversteigerung II.

■ Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Universität Münster; Jana Semrau ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am ITM.

so kann es im relevanten Zeitraum schon keine Kenntnis davon haben, dass ein Affiliate beabsichtigt, auf rechtswidrigen Webseiten Werbung zu setzen. Der Merchant erfährt, wenn überhaupt, erst im Nachhinein von der Verbindung zu unlauteren Geschäftsmethoden. Diese Kenntnis reicht aber für die Einstufung als Teilnehmer nicht aus. Auch in dieser Hinsicht kommt eine Verantwortlichkeit damit nicht in Betracht.

II. Verantwortlichkeit als Störer

In analoger Anwendung von § 1004 BGB kann ein Marktteilnehmer jedoch auch dann wegen eines Verstoßes gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften in Anspruch genommen werden, wenn er als „Störer“ an dem Wettbewerbsverstoß eines Dritten beteiligt war.

Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* unterliegt derjenige der Störerhaftung, der an dem Wettbewerbsverstoß eines Dritten willentlich und adäquat kausal mitgewirkt hat, sei es durch positives Tun oder durch Unterlassen, sofern er die rechtliche Möglichkeit zum Einschreiten besaß.⁵ Dabei kann als Mitwirkung auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, wenn der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte.⁶

Wie der Tatbeitrag des Störers konkret geartet ist und welches Interesse er selbst an der Verletzung der Schutzgüter des Wettbewerbsrechts hatte, ist für die Inanspruchnahme ohne Bedeutung.⁷ Im Interesse eines möglichst effektiven Schutzes gegen wettbewerbswidriges Handeln ist der Störerbegriff weit auszulegen.⁸

Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche irgendwie kausal für die unlautere Handlung gewordenen Beiträge eine Verantwortlichkeit als „Störer“ nach sich ziehen. Um die Haftung für eine von einem Dritten begangene Verletzungshandlung nicht über Gebühr auszudehnen, hat die Rechtsprechung die Störerhaftung von der Verletzung von Prüfungspflichten des als Störer in Anspruch Genommenen abhängig gemacht. Der Umfang dieser Pflichten richtet sich danach, ob und inwieweit dem Betroffenen nach den Umständen des Falls eine Prüfung zugemutet werden kann.⁹ Diese Zumutbarkeit wiederum bestimmt sich unter Berücksichtigung der Funktion und der Aufgabenstellung des möglichen Störers und der Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Dritten.¹⁰

Denkbar wäre, den relevanten Mitwirkungsbeitrag eines Merchant im vorliegenden Sachverhalt darin zu sehen, dass er durch seine Werbung auf wettbewerbswidrigen Webseiten hilft, deren Aufrechterhaltung zu finanzieren, oder zumindest, dass er durch seine Werbung die wettbewerbswidrige Handlung ausnutzt. Insbesondere, wenn es sich dabei um illegale Tauschbörsen handelt, in denen Filme und Musik unentgeltlich heruntergeladen werden können, könnte er damit einen wenn auch nicht unmittelbaren, so doch zumindest mitursächlichen Beitrag zum unlauteren Verhalten der Seitenbetreiber erbringen.

Es erscheint aber fraglich, ob diese finanzielle Unterstützung oder gar das bloße Ausnutzen der Wettbewerbswidrigkeit angesichts des Erfordernisses der Verletzung von Prüfungspflichten ausreicht, um eine Störerverantwortlichkeit anzunehmen.

Zunächst fehlt es an einer „willentlichen“ Mitwirkung des Merchant, denn der Wille, an einer wettbewerbswidrigen

Handlung mitzuwirken oder eine solche auszunutzen, setzt nicht nur ein Handlungsbewusstsein, sondern auch die Kenntnis des unlauteren Verhaltens voraus. Wer aber nicht selbst mit einem Affiliate in Kontakt tritt, der kann auch nicht wissen, dass dieser die Werbung auf rechtswidrigen Webseiten platzieren wird. Natürlich muss man diese Möglichkeit trotz aller möglicherweise getroffenen vertraglichen Regelungen immer im Auge haben, gerade weil dem Unternehmen keine technischen Vorkehrungen zur Verfügung stehen, um dieser Platzierung in tatsächlicher Weise vorzubeugen. Eine Einschätzung nach Art eines „Das hätte er aber wissen müssen“ wäre hier aber verfehlt. Beurteilt man den Sachverhalt nämlich unter Hinzuziehung strafrechtlicher Gesichtspunkte, so würde man dem beworbenen Unternehmen wohl selbst dolus eventualis absprechen müssen. Denn setzt der Merchant zur Vermittlung der Marketingdienste eine andere Person ein, die ausdrücklich mit Hilfe von AGB vertraglich festschreibt, dass nur unter Einhaltung des gültigen Wettbewerbsrechts und sämtlicher sonstiger gesetzlicher Vorschriften geworben werden darf, so kann wohl kaum davon die Rede sein, dass er mit einem Wettbewerbsverstoß durch den Affiliate gerechnet und diesen billigend in Kauf genommen hat.

Davon abgesehen wäre ein Befürworten der Störereigenschaft aber auch deswegen verfehlt, weil auf Seiten des Unternehmens in diesem Fall keine Verletzung von Prüfungspflichten festzustellen ist. Dafür müssten „zumutbare Kontrollmöglichkeiten“ bestanden haben, um das Werben auf wettbewerbswidrigen Seiten zu unterbinden.¹¹ I.R.d. Affiliate-Marketings, bei dem die Zahl der potenziell zu Überwachenden im vier- bis fünfstelligen Bereich läge, ist es dem Merchant hingegen weder technisch noch wirtschaftlich möglich, ohne konkrete Anhaltspunkte die Handlungen seiner Werbepartner vorab zu kontrollieren und jede als Werbepattform eingesetzte Internetseite auf mögliche Rechtsverletzungen hin zu untersuchen.¹² Es gibt keine Software, die in der Lage wäre, eine solche Prüfung automatisiert vorzunehmen, bei Annahme einer Kontrollpflicht müsste das Unternehmen also manuell vorgehen und dafür mit hoher Wahrscheinlichkeit zusätzliches Personal einstellen – dabei beruht die Idee des Affiliate-Marketings doch gerade darauf, durch ein Ausgliedern des Marketingbereichs Kosten zu sparen. Solche finanziellen Erwägungen können zwar grundsätzlich keinen Grund für eine andere rechtliche Beurteilung bilden. An dieser Stelle sind einer Einschätzung jedoch Aspekte der Zumutbarkeit zu Grunde zu legen, und dabei ist sehr wohl zu berücksichtigen, welchen Zweck die Tätigkeit des möglichen Anspruchsgegners erfüllen sollte und ob dieser Zweck noch

5) RGZ 155, 316, 319; *BGHGRUR* 1988, 829, 830 – Verkaufsfahrten II; *BGHGRUR* 1990, 463, 464 – Firmenrufnummern; *BGHGRUR* 1990, 373, 374 – Schönheits-Chirurgie; *BGHGRUR* 1991, 769, 770 – Honoraranfrage; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, Einf. Rdnr. 247; Harte/Henning/Beckedorf, UWG, 2004, § 8 Rdnr. 64.

6) *BGHGRUR* 1997, 313, 315 – Architektenwettbewerb; *BGHMMR* 2002, 605 – Vanity-Nummer; *BGHGRUR* 1990, 373, 374 – Schönheits-Chirurgie; *BGHGRUR* 1991, 540, 541 – Gebührenausschreibung.

7) *Kotthoff/Gabel*, in: *HK-WettbR*, § 8 Rdnr. 48.

8) Köhler/Piper (o. Fußn. 5), Einf. Rdnr. 248.

9) *BGHGRUR* 1997, 313, 315 f. – Architektenwettbewerb; *BGHGRUR* 1994, 841, 842 f. – Suchwort; *BGHGRUR* 1999, 418, 419 f. – Möbelklassiker; *BGHMMR* 2001, 671 – ambiente.de.

10) Fezer/Büscher, UWG, § 8 Rdnr. 95 ff.

11) *LG Hamburg MMR* 2006, 120, unter Verweis auf *BGHMMR* 2004, 668 m. Anm. Hoeren – Internetversteigerung I; *OLG Hamburg MMR* 2004, 822, 824 – Domain-Parking.

12) So sogar *LG Frankfurt/M. MMR* 2006, 247, für den Fall einer Markenverletzung durch den Affiliate selbst.

erfüllt werden kann, wenn das Bestehen des begehrten Anspruchs bejaht wird.

Der *BGH* hat selbst für das Internetauktionshaus *eBay*, das oftmals als Plattform für Verletzungen geistiger Eigentumsrechte genutzt wird, festgestellt, dass es für dieses unzumutbar wäre, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen: „Eine solche Obliegenheit würde das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen.“¹³ Anders kann aber auch eine Einschätzung zum Affiliate-Marketing nicht ausfallen, denn auch hier erfolgt die zu beanstandende Handlung eigenverantwortlich durch einen Dritten, der dabei nur einer von vielen Partnern des in Anspruch Genommenen ist, und auch hier bringt erst eine hohe Zahl von Partnern einen wirtschaftlichen Nutzen, der für die Betreiber den Grund dafür darstellt, das Geschäftsmodell fortzuführen.

In der Vergangenheit haben einige Gerichte zwar bereits eine Inanspruchnahme des Merchants bejaht. In dem einzigen Fall, in dem diese Entscheidung näher ausgeführt wurde,¹⁴ handelte es sich aber um eine andere Konstellation, als sie diesem Beitrag zu Grunde gelegt wurde. In dem vor dem *LG Köln* zu verhandelnden Sachverhalt sollte das beworbene Unternehmen dafür haften, dass der Affiliate Metatags gesetzt hatte, die Markenrechte direkter, großer Wettbewerber des Unternehmens verletzen. Das *Gericht* bejahte die Störereigenschaft des Merchant damit, dass es diesem ohne weiteres möglich gewesen wäre, die Tätigkeit seiner Partner „auf die Verletzung der Rechte dieser Wettbewerber hin“ zu untersuchen.¹⁵ Geht es jedoch um das Werben auf illegalen Tauschbörsen oder anderen wettbewerbswidrigen Webseiten, ist es dem beworbenen Unternehmen angesichts der Vielzahl und Schnelllebigkeit der Webseiten schlichtweg unmöglich, eine solche Liste zu erstellen oder vergleichbare Kontrollmaßnahmen durchzuführen. Der Annahme einer durchgängigen Kontrollpflicht aller Affiliates bezogen auf theoretische Rechtsverletzungen anderer muss daher eine Absage erteilt werden.¹⁶

Den Vertretern der Gegenansicht ist allerdings zugestehen, dass eine Prüfungspflicht dann besteht, wenn das Unternehmen Kenntnis von Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit seiner Werbung erlangt oder diese auf Grund

konkreter Anhaltspunkte vermuten muss.¹⁷ Auch dann ist die Pflicht zum Eingreifen allerdings auf ein sinnvolles und erfüllbares Maß zu begrenzen. Auf jeden Fall sind die Merchants dazu verpflichtet, auf den konkreten Seiten, von denen sie Kenntnis einer möglichen Rechtsverletzung haben, zu suchen und auszumachen, auf welche Art dort für sie geworben wird. Steht den Unternehmen jedoch – wie es nach dem gegenwärtigen Stand der Technik der Fall ist – keine technische Handhabe zur Verfügung, um ihre Werbung selbst von den entsprechenden Seiten zu entfernen, so bleibt ihnen nichts anderes übrig (und dabei ist es auch bei der Umgrenzung der Prüfungspflichten zu belassen), als ihre Partner auf deren vertragliche Pflichten hinzuweisen und ggf., sofern das Affiliate-Programm im Zwei-Personen-Verhältnis aufgebaut wurde, rechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um vertragliche Pflichten der Partner durchzusetzen.

Erst wenn Unternehmen diese „nachträglichen“ Prüfungspflichten oder auch „Prüfungspflichten nach Kenntniserlangung“ verletzen, kommt eine Inanspruchnahme nach den Grundsätzen zur Störerhaftung in Betracht.

III. Haftung für Mitarbeiter und Beauftragte gem. § 8 Abs. 2 UWG

Möglich erscheint aber bereits zuvor eine Verantwortlichkeit gem. § 8 Abs. 2 UWG, wenn ein Affiliate als „Mitarbeiter“ oder „Beauftragter“ und der Merchant entsprechend als „Inhaber des Unternehmens“ i.S.d. Vorschrift anzusehen wären.

Die Einordnung des Werbenden als „Mitarbeiter“ scheidet allerdings bereits nach oberflächlicher Prüfung der Voraussetzungen aus: Als solcher gilt, wer auf Grund eines (auch unwirksamen) Beschäftigungsverhältnisses Angehöriger des betreffenden Unternehmens ist und auf Grund dessen als Glied der Unternehmensorganisation anzusehen ist.¹⁸ Ein solches Beschäftigungsverhältnis besteht im Fall des Affiliates definitiv nicht.

Eingehender ist dagegen auf die Frage einzugehen, ob der Partner „Beauftragter“ i.S.v. § 8 Abs. 2 UWG ist. Nach der Rechtsprechung fällt unter diesen Begriff jeder, der ohne Mitarbeiter zu sein im oder für das Unternehmen eines anderen auf Grund eines vertraglichen oder anderen Verhältnisses tätig ist. Er muss dabei dergestalt in die betriebliche Organisation eingegliedert sein, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugute kommt, und andererseits diesem ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss auf die beanstandete Tätigkeit eingeräumt wird.¹⁹ Hinsichtlich Letzterem ist ausreichend, dass sich der Unternehmensinhaber einen solchen Einfluss sichern könnte und müsste.²⁰

Die Haftung des Unternehmensinhabers für unlautere Handlungen anderer rechtfertigt sich dabei daraus, dass er durch den Einsatz von Mitarbeitern und Beauftragten seinen Geschäftskreis erweitert und damit auch das Risiko von Wettbewerbsverstößen innerhalb seines Unternehmens schafft. Da er die Vorteile der arbeitsteiligen Organisation in Anspruch nimmt, soll er auch die damit verbundenen Risiken tragen.²¹ Daher ist der Beauftragtenbegriff nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen,²² sodass die Rechtsprechung selbst selbstständige Unternehmen darunter fasst.²³

Dies spricht dafür, sogar den eigenverantwortlich handelnden Affiliate als Beauftragten i.S.v. § 8 Abs. 2 UWG

13) *BGH* MMR 2004, 668, 669.

14) *LG Köln* MMR 2006, 115.

15) „Verboten wird der Bekl. – und ihrer Werbepartner – im Kern nur eins: Die Verwendung der Firmen/Marken von direkten, großen Wettbewerbern als Metatags. Die Anzahl dieser Firmen/Marken ist aber überschaubar; sie können leicht in einer Liste aufgezählt und als Anhang zu den Verträgen mit den Werbepartnern genommen werden.“

16) So auch *LG Hamburg* MMR 2006, 120; *Ernst*, *JurisPR-ITR* 6/2006 Anm. 3; *Herrmann*, MMR 2006, 118, 119.

17) *Ernst/Seichter*, *WRP* 2006, 810, 814. Vgl. auch *BGH* MMR 2001, 672, 674 – *ambiente.de* für die Verantwortlichkeit der *DENIC*, falls registrierte Domainbezeichnungen Rechte Dritter verletzen: „Diese (...) Prüfungspflichten betreffen darüber hinaus nicht die – automatische – Erstregistrierung eines Domainnamens, sondern greifen erst dann ein, wenn die Bekl. darauf hingewiesen wird, dass die eingetragene Domainbezeichnung Rechte Dritter verletzt.“

18) *Fezer/Büscher*, *UWG*, § 8 Rdnr. 175.

19) *BGH* GRUR 1963, 438, 439 f. – *Fotorabatt*; *BGH* GRUR 1964, 263, 267 – *Unterkunde*; *BGH* GRUR 1990, 1039, 1040 – *Anzeigenauftrag*; *BGH* GRUR 2005, 864, 865 – *Meißner Dekor II*.

20) *BGHZ* 28, 1, 12 – *Buchgemeinschaft II*; *OLG Köln* MMR 2006, 167, 168.

21) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 8 Rdnr. 2.33.

22) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 8 Rdnr. 2.34; *Ingerl/Rohnke*, *MarkenG*, 2. Aufl. 2003, Vor §§ 14–19 Rdnr. 25 (für den mit dem § 8 Abs. 2 UWG vergleichbaren § 14 Abs. 7 MarkenG).

23) *BGH* GRUR 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*; *BGH* GRUR 1991, 772, 774 – *Anzeigenrubrik I*; *Meckel*, in: *HK-WettbR*, § 8 Rdnr. 91.

anzusehen. Wenn auch vordergründig zu eigenen Zwecken, so arbeitet er trotzdem auf den Werbeerfolg des Merchants hin, von dem letztendlich sein finanzieller Verdienst abhängt: Da bei dieser Marketingform häufig über die Klickhäufigkeit (sog. Pay-per-Click) abgerechnet wird, verdient der Affiliate mehr, je häufiger die Seite des beworbenen Unternehmens über die von ihm gesetzten Links aufgerufen wird. Damit kommt der Erfolg seiner Handlungen „zumindest auch“ dem Unternehmensinhaber zugute. Und es liegt in der Hand des Merchants, sich durch die Ausgestaltung des Partnerprogramms als Zwei-Personen-System ohne Vermittler selbst vertragliche Handhabe gegen und Einfluss auf den Affiliate zu sichern. Dass der Partner tatsächlich nur mit dem Vermittler vertraglich verbunden ist, scheint an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

Allerdings bleibt noch das Erfordernis der Eingliederung des Affiliate in die betriebliche Organisation zu prüfen. An dieser Stelle ist vor einer allzu vorschnellen Pauschaleinstufung zu warnen, da anderenfalls die von der Rechtsprechung hergeleiteten Prinzipien entgegen dem Zweck des Gesetzes, den unverfälschten Wettbewerb zu schützen, überdehnt würden. Stattdessen ist ein näherer Blick auf bisher ergangene Urteile zu § 8 Abs. 2 UWG zu werfen, um die vergleichsweise außergewöhnliche Natur des hier zu Grunde liegenden Sachverhalts deutlich zu machen. Exemplarisch kann dies anhand der *BGH*-Entscheidung „Franchisenehmer“²⁴ erfolgen, die immer wieder genannt wird, wenn es darum geht, dass auch selbstständige Unternehmer „Beauftragte“ sein können. Der Franchisenehmer erfüllt deshalb alle Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 UWG, weil er „typischerweise so in den Betrieb des Franchisegebers eingebunden ist, dass der über die erforderliche Einflussmöglichkeit verfügt und auch Nutznießer der Werbeeinnahmen des Franchisenehmers ist“.²⁵ Diese Beurteilung leuchtet ein, denn ein Franchisegeber gibt seinem Vertragspartner für die Vermarktung seines „guten Namens“ in der Regel ein genau durchgeplantes Konzept mit auf den Weg, das jedes Detail der geschäftlichen Tätigkeit des Franchisenehmers regelt.

Ähnlich gestaltet es sich in vielen anderen Entscheidungen, in denen für den Fall des Affiliate-Marketings das Erfordernis des „Beauftragten“ bejaht wurde.²⁶ Immer konnte sich der Unternehmer in einem direkten Vertragsverhältnis Einfluss auf den Partner sichern – oder hätte zumindest die Möglichkeit dazu gehabt, diese aber nicht genutzt. So fasste etwa das *LG Berlin* den von ihm zu entscheidenden Fall deshalb unter § 8 Abs. 2 UWG, weil der *BGH* „diese Frage im Verhältnis einer Werbeagentur zumwerbenden Unternehmen und im Verhältnis eines mit Werbeaufgaben für das Unternehmen befassten Handelsvertreters bejaht“ hatte und die *BGH*-Entscheidungen mit dem aktuellen Fall identisch gewesen seien.²⁷ Ähnlich sah es das *LG Potsdam*, als es im vergangenen Jahr die Haftung des Merchant nach § 8 Abs. 2 UWG bejahte: „Entscheidend ist vielmehr und allein, dass die ... als Beauftragte der Bekl. i.S.d § 8 Abs. 2 UWG handelte. Die *Kammer* teilt die Auffassung, dass auch bei Affiliates, jedenfalls wenn das Verhältnis zum Händler wie im vorliegenden Fall ausgestaltet ist, die erforderliche, aber auch ausreichende Zugehörigkeit zum betrieblichen Organismus des Händlers zu bejahen ist...“²⁸ „Jedenfalls wenn das Verhältnis zum Händler wie im vorliegenden Fall ausgestaltet ist“, nämlich ein direktes Vertragsverhältnis zwischen Merchant und Affiliate besteht, ist die Annahme der Eingliederung in den Betrieb auch nachvollziehbar. Wenn sich ein Partner aber mittels eines Softwareprogramms als Affiliate anmeldet, ohne

dass eine Auswahl getroffen wird, ohne dass der Merchant selbst vertragliche Vorgaben zu seiner Tätigkeit macht und ohne dass ihm später rechtliche Möglichkeiten zustehen, gegen einen rechts- oder absprachewidrig handelnden Affiliate vorzugehen, kann keine Rede sein von einer Eingliederung in den betrieblichen Organismus.²⁹ Das Argument, das oft für die Existenz des § 8 Abs. 2 UWG angeführt wird, nämlich dass diese Haftung nur die sachgerechte Konsequenz einer dem Betriebsinhaber zugute kommenden Erweiterung seines Geschäftsbereichs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs sei,³⁰ greift hier nicht und darf deshalb nicht pauschal als Lösung für all diejenigen Fälle dienen, in denen ein Unternehmen Marketing- oder andere Geschäftsbereiche ausgegliedert hat.

IV. Inanspruchnahme wegen Verletzung von Verkehrspflichten

So kommt für eine Verantwortlichkeit des Merchants nur das Anknüpfen an eine mögliche Verletzung von Verkehrspflichten in Betracht. Diese Rechtsfigur, vom *BGH* in seiner Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“³¹ geschaffen, wird von Kritikern der Störerhaftung als „Wende in der Rechtsprechung“ gefeiert.³² Sie nehme zwar die Rechtsfigur der Prüfungspflichten auf, sehe ihre Grundlage aber in dem allgemeinen Rechtsinstitut der deliktischen Verkehrspflichten und gelange auf diesem Wege zu einer wettbewerbsrechtlichen Täterhaftung,³³ wobei Anknüpfungspunkt einer Inanspruchnahme die Generalklausel des § 3 UWG sein soll.

Seitdem gilt, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind. Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist wettbewerbsrechtlich dazu verpflichtet, diese Gefahr i.R.d. Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen.³⁴

Die Prüfungsschritte, die der *BGH* zur Annahme dieses Rechtsinstituts vorgegeben hat, stellen sich wie folgt dar: Zunächst ist das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung des Anspruchsgegners gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG festzustellen, bevor zu prüfen ist, ob dieser „in zurechenbarer Weise die ernsthafte Gefahr einer Verletzung des Jugendschutzrechts durch Dritte verursacht“ hat.³⁵ Anschließend folgt die Frage nach der Verletzung einer Verkehrspflicht durch den Anspruchsgegner.

Dass ein Unternehmen, das – in welcher Ausgestaltung auch immer – für sich werben lässt, mit dem Ziel vorgeht, den Absatz seiner Waren oder Dienstleistungen zu för-

24) *BGH* NJW 1995, 2355, 2356.

25) *Meckel*, in: *HK-WettbR*, § 8 Rdnr. 91.

26) Vgl. nur *LG Berlin* MMR 2006, 118; *OLG Köln* MMR 2006, 622.

27) *LG Berlin* MMR 2006, 118, unter Berufung auf *BGH* GRUR 1994, 219, 220 – Warnhinweis; *BGH* GRUR 1971, 119, 120 – Branchenverzeichnis.

28) *LG Potsdam*, U. v. 12.12.2007 – 52 O 67/07.

29) So auch *Herrmann*, MMR 2006, 118, 119; *Ernst*, *JurisPR-ITR* 6/2006 Anm. 3.

30) *Harte/Henning/Bergmann* (o. Fußn. 5), § 8 Rdnr. 242.

31) *BGH* MMR 2007, 634 m. Anm. *Köster/Jürgens* – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

32) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rdnr. 2.14a.

33) *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 8 Rdnr. 2.14a.

34) *BGH* MMR 2007, 634 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

35) *BGH* MMR 2007, 634.

den, muss nicht näher erläutert werden; ein Merchant nimmt damit i.R.d. Affiliate-Marketings ohne Zweifel eine Wettbewerbshandlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor. Denkbar ist auch die Annahme, dass er damit die Gefahr setzt, dass andere Personen Jugendschutzbestimmungen verletzen, indem zwar nicht durch eigene Handlungen, aber doch zumindest für seine Werbung an diese Personen Geldbeträge fließen.

Unabhängig davon muss aber auch diese Anspruchsgrundlage am Mangel an verletzten (in diesem Fall: Verkehrs-) Pflichten scheitern. Denn vergleicht man die *eBay*-Entscheidung des *BGH* mit dem vorliegenden Fall, so leuchtet nicht ein, warum das Affiliate-Marketing strenger beurteilt werden soll als das Geschäftsmodell des Internetauktionshauses.

Zu *eBay* hat der *BGH* entschieden, dass sich die sog. „Verkehrspflicht“ konkret als „Prüfungspflicht“ darstellte – so wie sie auch zum Bejahren der Störerhaftung gefordert wird. Das *Gericht* stellte ausdrücklich fest, dass diesbezüglich keine „überspannten Anforderungen“ gestellt werden dürften, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei der wirtschaftlichen Tätigkeit des Auktionshauses ja um eine „erlaubte Teilnahme am geschäftlichen Verkehr“ handelte. Entsprechend den zur Störerhaftung entwickelten Grundsätzen kam es daher entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten wäre. Damit werde einer unangemessenen Ausdehnung der Haftung für Rechtsverstöße Dritter entgegengewirkt. Der Bkl. dürften keine Anforderungen auferlegt werden, die ihr von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährdeten oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschwerten.³⁶

Wendet man diese Aussagen nun auf die vorliegende Situation an, so stellt sich die Verantwortlichkeit des Merchants letztlich doch nur wieder als „nachträgliche“ Verpflichtung zur Prüfung gesetzter Werbung dar, wenn dieser auf Rechtsverstöße des Affiliate hingewiesen wird oder Anhaltspunkte auf mögliche Verletzungen erhält – ebenso wie im Fall der Störerhaftung.

Natürlich gilt auch im Fall der illegalen Tauschbörsen das vom *BGH* Gesagte: „Der Schutz der Kinder und Jugendlichen vor dem Inhalt jugendgefährdender Medien“ ist „ein Rechtsgut von hoher Bedeutung“.³⁷ In welcher Weise sich dieser Schutz im Wettbewerb auswirkt, muss aber anhand des Einzelfalls beurteilt werden – und stellt sich hier anders dar als in der zitierten Entscheidung. Das *Gericht* befürwortete eine Inanspruchnahme von *eBay* (u.a.) mit dem Argument, dass es zum Schutze dieses Rechtsguts nicht ausreiche, allein die Anbieter der jugendgefährdenden Inhalte anzugreifen. Es sei notwendig, auch das Auktionshaus in Anspruch nehmen zu können, da es für außenstehende Anspruchsinhaber allenfalls sporadisch, nicht jedoch systematisch und annähernd umfassend möglich sei, die Anbieter zu identifizieren, die zudem häufig nicht unter ihrem richtigen Namen aufträten.³⁸ Ausschlaggebend war damit die Tatsache, dass es ohne eine Haftung von *eBay* zu Rechtslücken gekommen wäre und mithilfe der Inanspruchnahme des Unternehmens der Schutz des Rechtsguts tatsächlich gefördert wurde.

Genau an dieser Stelle fehlt es aber an der Gleichartigkeit der Sachverhalte. Denn verbietet man *eBay* die Zulassung jugendgefährdender Angebote, so sind die betreffenden unlauteren Handlungen Dritter gestoppt: Anbieter dieser Produkte haben keine vergleichbare Alternative zu dem Auktionshaus, denn mit keiner anderen Plattform erreicht man im Internet einen so großen potenziellen Kundentamm wie mit *eBay*. Belegt man hingegen Unternehmen mit einem Werbeverbot für Webseiten eines bestimmten Typs, so ist damit noch lange nicht gesagt, dass das relevante Schutzgut, nämlich der Jugendschutz, gefördert wird, denn es ist nicht bewiesen, dass Anbieter illegaler Tauschbörsen dann den Betrieb dieser Seiten einstellen würden. Zieht man also den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heran, so müssen (zumindest) generelle Prüfungspflichten hier ausscheiden, weil ein übervorsichtiges Vorgehen beworbener Unternehmen keinen oder kaum relevanten Einfluss haben würde und demnach noch nicht einmal geeignet wäre, den Schutz des relevanten Rechtsguts sicherzustellen.

Selbst in der *eBay*-Entscheidung gesteht der *BGH* ein, dass die Bereitstellung der Internetauktionenplattform „bei der gebotenen Abwägung ... für sich allein nicht schon Prüfungspflichten“ begründen kann. *eBay* sei es nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen.³⁹ Genauso wenig kann hier aber von einem Merchant verlangt werden, jeden Affiliate auf sein Rechtsempfinden hin zu testen und jede Handlung, die der Werbung für das Unternehmen dient, zu überprüfen. Das *Gericht* erlegte dem Internet-Auktionshaus eine Vorsorgepflicht auf, sobald das Unternehmen auf eine „klare Rechtsverletzung“⁴⁰ hingewiesen werde – nicht anders ist es für den Fall des Affiliate-Marketings zu sehen. Und kommt es zu diesem Hinweis oder erfährt der Merchant auf anderen Wegen von Rechtsverletzungen und besteht diese Vorsorgepflicht einmal, so kann vom beworbenen Unternehmen nur das verlangt werden, was „in seiner Macht steht“.⁴¹ Es gilt, dass Gefahrabwendungsmaßnahmen möglich und zumutbar sein müssen, auch hier gilt also der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Demnach muss der erforderliche zeitliche und finanzielle Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Nutzen stehen.⁴² Auch hier gilt aber, dass, solange kein Vertragsverhältnis zwischen dem beworbenen Unternehmen und dem Werber besteht, dem Merchant nichts anderes übrig bleibt, als Nachforschungen anzustellen und auf die Partner, auch mit Unterstützung des Vermittlers, einzuwirken, die Werbung auf rechtswidrigen Seiten zu beenden. Handelt er entsprechend, kann ihm kein weiteres Verhalten abverlangt werden, vor allem wäre es absolut unverhältnismäßig, Unterlassungsverfügungen mit den schlimmstenfalls nach sich ziehenden Ordnungsmaßnahmen zu erlassen.

Denn der Schutzzweck der §§ 3, 4 Nr. 11 und der übrigen Vorschriften des UWG, nämlich die Gewährleistung bestmöglichen Schutzes des Wettbewerbs und der Marktteilnehmer, kann nur dann erreicht werden, wenn dazu die bestmöglichen Maßnahmen ergriffen werden. I.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist ein Mittel also nur dann angebracht, wenn es keine Alternative gibt, mit der man auf schnellere, einfachere und mildere Art die unlauteren Handlungen beenden kann.

Doch ist das Vorgehen gegen den Merchant tatsächlich die einfachste und schnellste Möglichkeit, um den Betrieb jugendgefährdender und (urheber-)rechtswidriger Webseiten zu bekämpfen? Zur Beurteilung von Maßnahmen

36) *BGH* MMR 2007, 634.

37) *BGH* MMR 2007, 634.

38) *BGH* MMR 2007, 634.

39) *BGH* MMR 2007, 634.

40) *BGH* MMR 2007, 634.

41) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rdnr. 1.87.

42) Köhler, GRUR 2008, 1, 4.

nach dem UWG gehört auch die Frage, ob der Verletzte überhaupt ausreichend schutzwürdig ist, den betreffenden Anspruch zugesprochen zu bekommen. Das ist er jedoch nur dann, wenn ihm ein Vorgehen gegen den unmittelbaren Verletzer nicht möglich oder nicht zumutbar ist und er daher auf ein Vorgehen gegen den Handelnden angewiesen ist.⁴³ Wie alle anderen Rechtsinstitute, die eine Haftung begründen können, darf auch die Haftung wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten nicht über Gebühr ausgedehnt werden. Es muss aber bezweifelt werden, dass der im vorliegenden Sachverhalt nicht unmittelbar, sondern höchstens indirekt und kaum zu einem großen Teil an der Rechtsverletzung mitwirkende beworbene Unternehmer der richtige, vernünftige und Erfolg versprechende Anspruchsgegner sein kann. Unbestritten ist, dass es sehr schwierig ist, die Betreiber rechtswidriger Webseiten ausfindig zu machen und die Rechtsverletzungen zu stoppen. Doch rechtfertigt dieser finanzielle, technische und zeitliche Aufwand nicht die Inanspruchnahme von Personen, die noch nicht einmal bewusst Handlungen vornehmen, die nur u.U. mitursächlich für diese Rechtsverletzungen sein können. Diese Abwälzung von Kosten und Mühen der Rechtsdurchsetzung⁴⁴ hätte letzten Endes eine Ausweitung der Haftungsregelungen auf Unbeteiligte zur Folge – eine Konsequenz, die mit der Vorgabe des

BGH, nämlich, dass „einer unangemessenen Ausdehnung der Haftung für Rechtsverstöße Dritter“ entgegenzuwirken ist,⁴⁵ nicht vereinbar wäre.

V. Ergebnis

Das beworbene Unternehmen haftet grundsätzlich nicht nach den Bestimmungen des UWG, sofern ein anderer, der sich i.R.e. Partnerprogramms zur Werbung für dieses Unternehmen verpflichtet hat, Werbelinks auf rechtswidrigen Webseiten platziert. Insbesondere kann der sog. Merchant nicht als Betriebsinhaber i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG in Anspruch genommen werden. Eine Verantwortlichkeit als Störer oder eine Haftung wegen Verletzung einer Verkehrspflicht kommt erst dann in Betracht, wenn das Unternehmen davon Kenntnis erlangt, dass der Affiliate auf solchen Seiten wirbt. Dann hat der Merchant alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel zu ergreifen, um seine Werbung entfernen zu lassen. Kommt er dieser Pflicht nach, sind alle weiteren Maßnahmen gegen ihn unverhältnismäßig und daher unzulässig.

43) Köhler, GRUR 2008, 1, 4.

44) Köhler, GRUR 2008, 1, 5.

45) BGH MMR 2007, 634.

VOLKER MICHAEL JÄNICH / JAN EICHELBERGER

Die Verwertung von Musikaufnahmen in dezentralen Computernetzwerken als eigenständige Nutzungsart des Urheberrechts?

Urheberrechtliche Nutzungsrechte können räumlich, zeitlich und inhaltlich beschränkt eingeräumt (§ 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG) und damit weitgehend den beiderseitigen Interessen angepasst werden. Im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit sind dieser Aufspaltbarkeit allerdings dadurch Grenzen gesetzt, dass das einzuräumende Nutzungsrecht eine nach der Verkehrsauffassung hin-

reichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Art und Weise der Nutzung darstellen muss. Der Beitrag geht der Frage nach, ob dies für ein „Recht zur Verwertung von Musikaufnahmen in dezentralen Computernetzwerken“ zu bejahen ist.

I. Einleitung

Im Kampf gegen den massenhaften Download urheberrechtlich geschützter Musik in Internetaustauschbörsen bedient sich die Musikindustrie seit einiger Zeit externer Unternehmen, die in den einschlägigen Tauschbörsen die Anbieter von urheberrechtlich geschützten Werken ermitteln und deren IP-Adressen speichern. Über den Umweg einer Strafanzeige versuchen sie dann, an die Namen und Adressen der hinter der IP-Adresse stehenden Person zu gelangen, um anschließend zivilrechtliche (urheberrechtliche) Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) geltend zu machen. Mittlerweile stößt diese Vorgehensweise bei einigen Staatsanwaltschaften auf Widerstand,¹ was vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung nicht verwundert.² Zukünftig ist dieser Umweg über das Strafrecht bei Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß nicht mehr erforderlich. Mit der

am 11.4.2008 im Bundestag verabschiedeten Umsetzung der RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in das deutsche Recht ist mit § 101 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 9 UrhG ein zivilrechtlicher, unter Richtervorbehalt stehender Auskunftsanspruch gegen Internetprovider geschaffen worden.³

1) Vgl. zur Verweigerung der Ermittlung von Tauschbörsennutzern durch die StA Wuppertal <http://www.heise.de/newsticker/meldung/105577>.

2) BVerfG MMR 2008, 303 m. Anm. Bär.

3) BGBl. I 2008, S. 1191 ff. Eine europarechtliche Pflicht zur Einführung eines solchen Anspruchs für jeden Fall einer Urheberrechtsverletzung im Internet besteht nach der aktuellen Rspr. des EuGH nicht (EuGH MMR 2008, 227 – Promusicae/Telefónica). Abzuwarten bleiben die Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG (MMR 2008, 303 m. Anm. Bär) auf § 101 Abs. 9 UrhG n.F.

■ Prof. Dr. Volker Michael Jänich ist Inhaber des Gerd Bucerius-Lehrstuhls für Bürgerliches Recht mit deutschem und internationalem gewerblichen Rechtsschutz an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Richter am Thüringer OLG in Jena. Dr. Jan Eichelberger, LL.M. oec. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl.