

gungs- und Beweislast in Bezug auf zumutbare Filtermöglichkeiten – ebenso wie der Aufsichtsbehörde nach § 59 Abs. 4 S. 1 RStV – zugewiesen wird.³³ Dies erscheint gerechtfertigt, da im Bereich der Telemedien Filterpflichten aufgrund des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten Art. 15 Abs. 1 ECRL nicht der Regelfall sind, sondern nach der BGH-Rechtsprechung grundsätzlich erst durch einen bekannt gewordenen Verletzungsfall ausgelöst werden und bei unzureichender Filterung – wie festgestellt – bestenfalls eine Erstbegehungsgefahr angenommen werden kann. Der BGH gestattet dem Provider selbst im Fall eines Diskriminierungsverbots den Verzicht auf eine (kostenintensive) manuelle Nachkontrolle einer strukturell feh-

lerbehafteten und daher auch redliche Kunden beeinträchtigenden automatisierten Filterung.³⁴

- 33 Vgl. zur Bejahung einer Beweislast der Rechteinhaber: OLG München, Urt. v. 21. 12. 2006 – 29 U 4407/06, nicht veröffentlicht; LG Hamburg, Urt. v. 3. 8. 2005 – 315 O 296/05, CR 2006, 130; *Rössel/Rössel*, CR 2005, 809, 813; a. A. OLG Hamburg, Urt. v. 8. 2. 2006 – 5 U 78/05 – Cybersky, K&R 2006, 225; *Spindler*, K&R 1998, 177, 179; unklar nun: BGH, Urt. v. 12. 7. 2007 – I ZR 18/04 – Jugendgefährdende Medien bei eBay, K&R 2007, 517 ff., Tz. 43.
- 34 BGH, Urt. v. 12. 7. 2007 – I ZR 18/04 – Jugendgefährdende Medien bei eBay, K&R 2007, 517 ff., Tz. 60.

Von Dr. Axel Freiherr
von dem Bussche,
LL.M. (L.S.E.) und
Adrian Schneider

Dr. Axel Freiherr von dem Bussche ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Taylor Wessing, Hamburg, Adrian Schneider ist Student an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Haftungsfalle Affiliate Werbung

Online-Werbung erfreut sich nach wie vor zunehmender Beliebtheit. Allein von Januar bis Mai 2007 stiegen die Bruttowerbeaufwendungen im Online Bereich auf 331 Millionen Euro. Spektakuläre Unternehmenskäufe wie die Übernahme des Werbeunternehmens DoubleClick durch Google für über drei Milliarden Euro zeigen, dass die Branche auch in Zukunft mit wachsenden Umsätzen rechnet. Auch umgekehrt setzen immer mehr Webseitenbetreiber auf Zusatzeinnahmen durch Partnerprogramme. Doch gerade bei diesem florierenden Geschäftsmodell lauern erhebliche Haftungsrisiken und einige Rechtsfragen sind noch nahezu gänzlich ungeklärt.

I. Das Geschäftsmodell

Affiliate-Netzwerke vermitteln Werbetreibende (Merchants/Advertiser) an Websitebetreiber (Affiliates/Publisher). Dabei stellen die Affiliates auf ihren Internetseiten Werbeflächen zur Verfügung, etwa für Banner- oder Pop-up-Werbung. Die Merchants schalten Werbung auf diesen Werbeflächen. Dazwischen steht als dritte Partei das Affiliate-Netzwerk, das zwischen den beiden Parteien vermittelt. Aber im Unterschied zu einem Makler, dessen Tätigkeit mit der Kontaktvermittlung regelmäßig endet, übernimmt ein Affiliate-Netzwerk weitere Aufgaben wie z. B. die Verwaltung der Konten sowohl der Merchants als auch der Affiliates.

Üblicherweise besteht zwischen Affiliates und Merchants kein unmittelbares Vertragsverhältnis. Vielmehr schließen die Merchants mit dem Affiliate-Netzwerk einen Vermittlungsvertrag, mit dem sich das Netzwerk dazu verpflichtet, die Werbung des Merchants je nach Verfügbarkeit auf den Werbeflächen der Affiliates zu platzieren. Umgekehrt schließt das Affiliate-Netzwerk Verträge mit den Affiliates ab, mit denen die Affiliates ihre Werbefläche zur Verfügung stellen. Für die Werbeschaltung erhält das Affiliate-Netzwerk eine entsprechende Provision.

Wann und in welchem Umfang die Werbeschaltung vergütet wird, hängt von dem Affiliate-Netzwerk und auch der einzelnen Werbekampagne ab. Üblich ist etwa die Vergütung beim Klick auf ein Werbemittel („pay per click“) oder die Beteiligung an Einnahmen durch den Verkauf von Produkten („pay per sale“).

II. Typische Rechtsverstöße im Affiliate-Netzwerk

Innerhalb eines solchen Affiliate-Netzwerkes können zahlreiche Rechtsverletzungen auftreten. Auf der Seite der Werbetreibenden kommen dabei zunächst unlautere Werbeinhalte und -methoden in Betracht, wie etwa Verstöße gegen die Preisangabenverordnung auf der erworbenen Website des Merchants. Auch Marken- und Urheberrechtsverletzungen können Gegenstand von Auseinandersetzungen darstellen. Darüber hinaus kann auch das Werben selbst schon rechtswidrig sein, etwa wenn ein unerlaubtes Glücksspiel beworben wird.

Bei Rechtsverstößen auf Seite der Affiliates handelt es sich regelmäßig um die unzulässige Erhöhung des „Traffic“ (Zugriffszahlen auf die Webseite). Typisch sind dabei etwa das Verschicken von Spam-Mails oder Markenrechtsverletzungen bei der Manipulation von Suchmaschinen oder der Schaltung von Eigenwerbung.

III. Haftung für Rechtsverstöße

Angesichts der Vielzahl an möglichen Rechtsverletzungen stellt sich die Frage, welche Parteien eines Affiliate-Netzwerkes für welche Rechtsverletzungen in Anspruch genommen werden können.

1. Haftung des Merchants

Werbetreibende (Merchants) haften natürlich zunächst für eigene Rechtsverstöße. In Betracht kommen hier insbesondere Wettbewerbsrechtsverletzungen durch unlautere Werbung. Doch auch für Rechtsverletzungen des Affiliates kommt eine Haftung in Betracht. Eine Mitstörerhaftung hat das LG Frankfurt a. M. in diesem Falle verneint.¹ Jedoch entschied das OLG Frankfurt bereits im Jahr 2002, dass ein Affiliate als „Beauftragter“ des Merchants i. S. d. § 8 Abs. 2 UWG² anzusehen ist.³ Entsprechendes gilt auch für die §§ 14 Abs. 7, 15 Abs. 6 MarkenG⁴ sowie für § 100 UrhG⁵.

Beauftragter in diesem Sinne ist, wer, ohne Mitarbeiter zu sein, im oder für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Verhältnisses tätig ist.⁶ Erforderlich ist, dass der Dritte in die Betriebsorganisation eingegliedert ist und dem Unternehmensinhaber ein bestimmender Einfluss auf den Beauftragten eingeräumt wurde.⁷ Generell ist der Begriff des „Beauftragten“ weit auszulegen.⁸ Des-

1 LG Frankfurt a.M., MMR 2006, 247.

2 Entschieden wurde über § 13 Abs. 4 UWG alter Fassung.

3 OLG Frankfurt, Urt. v. 12. 12. 2002 – 6 U 130/02.

4 Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 14 Rn. 537.

5 Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 100 Rn. 5; Wild, in: Schricker, Urheberrecht, 3. Aufl., § 100 Rn. 4.

6 BGH, GRUR 1990, 1039, 1040 – Anzeigenauftrag.

7 BGH, WRP 2005, 1248, 1249 – Meißner Dekor II; Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 8 Rn. 2.41.

8 BGH, GRUR 1990, 1039, 1040 – Anzeigenauftrag.

halb präzierte auch das OLG Köln, dass es bei der Frage, ob der Merchant für Rechtsverletzungen des Affiliates einzustehen habe, nicht darauf ankäme, ob zwischen den beiden Parteien ein unmittelbares Vertragsverhältnis bestehe.⁹ Das LG Berlin ging sogar noch einen Schritt weiter und nahm eine Beauftragtenhaftung auch dann an, wenn der Affiliate ausdrücklich gegen die Anweisungen des Merchants gehandelt hat.¹⁰

Diese weitreichende Auslegung der Beauftragtenhaftung ist allerdings fragwürdig. Denn insbesondere bei großen Affiliate-Netzwerken mit vielen tausend Publishern dürfte von einem „bestimmenden Einfluss“ kaum noch auszugehen sein. Das zeigt insbesondere das Urteil des LG Berlin sehr deutlich: Selbst wenn der Merchant seinen Affiliates Handlungsanweisungen gibt, so fehlt es ihm doch an einer Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeit.¹¹ Darüber hinaus läuft die Beteiligung des Affiliates an den Werbemaßnahmen des Merchants nicht selten über ein automatisiertes Verfahren ab. In diesen Fällen kann wohl auch von einer „Eingliederung in die Betriebsorganisation“ keine Rede sein.¹²

Jedenfalls bedeutet die Beauftragtenhaftung für Werbetreibende eine unerfüllbare Aufgabe: Die Kontrolle vieler tausend Werbepartner, ohne ein effektives Mittel zur Durchsetzung und Kontrolle von Weisungen und Vorgaben zu haben.

2. Haftung des Affiliates

Deutlich seltener musste sich die Rechtsprechung bisher mit dem umgekehrten Fall beschäftigen: Kann ein Affiliate auch für Rechtsverstöße des Merchants in Anspruch genommen werden? Fallkonstellationen sind hier viele denkbar. Etwa, dass ein Merchant unlautere Werbung auf der Webseite des Affiliates einblendet oder ein Werbebanner Urheberrechte Dritter verletzt.

Eine unmittelbare Haftung des Affiliates kommt nur in seltenen Fällen in Betracht, denn die Werbemittel werden üblicherweise nicht vom Webserver des Affiliates abgerufen, sondern automatisch von den Servern des Affiliate-Netzwerkes eingebunden, ohne dass der Affiliate darauf Einfluss nehmen könnte. Das ist insofern von Bedeutung, als dass die eigentliche Tathandlung u. U. nicht beim Affiliate, sondern vielmehr beim Affiliate-Netzwerk bzw. beim Merchant zu sehen ist.

In jedem Fall kann der Affiliate aber als Mitstörer nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. So entschied das OLG Hamburg, dass ein Webseitenbetreiber für rechtswidrige Werbung Dritter (hier: unerlaubtes Glücksspiel) als Störer haftet.¹³ Allerdings stellte das Gericht zum einen fest, dass es sich im vorliegenden Fall um einen leicht erkennbaren Rechtsverstoß handelte, zum anderen ging das Gericht davon aus, dass der Websitebetreiber an der Gestaltung der Werbung aktiv beteiligt war.

3. Haftung des Affiliate-Netzwerkes

Auch das Affiliate-Netzwerk kann für Rechtsverletzungen sowohl des Affiliates als auch des Merchants in Anspruch genommen werden. Zwar fehlt es hier bis auf ein Urteil des LG Hamburg¹⁴ noch an einschlägiger Rechtsprechung, jedoch dürften bei konsequenter Fortführung der oben genannten Entscheidungen zur Beauftragtenhaftung zumindest die Affiliates auch als „Beauftragte“ des Affiliate-Netzwerkes zu sehen sein. In jedem Fall kommt darüber hinaus aber eine Störerhaftung für das Affiliate-Netzwerk in Betracht.

In beiden Fällen – Beauftragten- und Mitstörerhaftung – müsste aber auch die aus der BGH-Rechtsprechung zur Mitstörerhaftung bekannte Einschränkung für Host-Provider gelten, wonach zur Vermeidung zukünftiger gleichartiger Störungen dem Host-Provider aufgegebene Überwachungspflichten nicht das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen dürfen. Entsprechend verneinte auch das LG Hamburg eine Mitstörerhaftung des Affiliate-Netzwerkes mangels zumutbarer Kontrollmöglichkeiten.

IV. Praktische Lösungsansätze

In der Praxis gibt es verschiedene Ansätze und Versuche, Haftungsrisiken für alle Beteiligten auf ein Minimum zu reduzieren.

1. Verbot rechtswidriger Verhaltensweisen und Freistellungsklausel

Zunächst bietet es sich an, rechtswidrige Verhaltensweisen in den AGB grundsätzlich zu verbieten. Das Verbot sollte mit einer Freistellungsklausel kombiniert werden, in der sich die Parteien von eventuellen Ansprüchen Dritter freistellen. Dies betrifft freilich nur das Binnenverhältnis der Parteien, erleichtert jedoch eventuelle Regressforderungen.

2. Informationspflichten

Zusätzlich kann etwa der Affiliate dazu verpflichtet werden, bekannt gewordene Rechtsverletzungen unverzüglich dem Affiliate-Netzwerk zu melden. So können ggf. gerichtliche Auseinandersetzungen im Vorfeld vermieden werden.

3. Haftungsausschluss und -beschränkung:

Darüber hinaus empfiehlt sich ein vertraglicher Haftungsausschluss. Dieser gilt allerdings nur gegenüber den Vertragsparteien und es gelten strenge Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung. Sinnvoll können auch Vertragsstrafen sein, wobei hier Vorsicht geboten ist. Denn nach vereinzelt vertretener Ansicht sollen Vertragsstrafen eine Einflussnahmemöglichkeit des Unternehmers auf den Beauftragten begründen können.¹⁵

V. Fazit

In Affiliate-Netzwerken bestehen erhebliche Haftungsrisiken für alle Parteien. Die Anwendung der Beauftragtenhaftung bedeutet insbesondere für Werbetreibende eine sehr weitreichende Ausweitung der Verantwortlichkeit. Es sind umfangreiche Regelungen notwendig, um Haftungsfälle vertraglich aufzufangen und zumindest die Rechtsverhältnisse im Innenverhältnis des Affiliate-Netzwerkes genau festzulegen. Bei allen Chancen, die der Werbemarkt im Internet bietet, ist Besonnenheit und fachkundige Rechtsberatung notwendig.

9 OLG Köln, MMR 2006, 622 ff. – Haftung des Merchants für seinen Affiliate (Revision beim BGH anhängig).

10 LG Berlin, MMR 2006, 118 – Haftung des Merchants für Affiliates; so im Ergebnis auch LG Potsdam, Urt. v. 12. 12. 2007 – 52 O 67/07, einsehbar unter <http://www.affiliate-und-recht.de/lg-potsdam-haftung-des-merchants-fuer-seinen-affiliate-52-O-67-07.html> (Stand: 7. 3. 2008).

11 Anderer Ansicht *Spieker*, GRUR 2006, 903, 907.

12 So auch *Herrmann*, Ann. zu LG Berlin, MMR 2006, 119.

13 OLG Hamburg, MMR 2004, 822 f. – Domain-Parking.

14 LG Hamburg, Urt. v. 3. 8. 2005 – 315 O 296/05.

15 *Spieker*, GRUR 2006, 903 ff.