

Titel:

Fehlende Haftung des Unternehmers für Wettbewerbsverstöße eines eigenständig handelnden Kooperationspartners

Normenkette:

UWG § 8 Abs. 2

Leitsätze:

1. Ein Unternehmer haftet nach § 8 Abs. 2 UWG nicht für Wettbewerbsverstöße, wenn ein Kooperationspartner die Werbung eigenständig und weisungsfrei gestaltet und platziert und der Unternehmer keinen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die beanstandete Tätigkeit hat. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die bloße Übermittlung von Produktinformationen an einen Kooperationspartner begründet keine Erweiterung des eigenen Geschäftsbetriebs und keine Beauftrageneigenschaft im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)
3. Ein Anscheinsbeweis für eine Beauftragung des Händlers liegt nicht vor, wenn eine Anzeige mit dessen Firmennamen auf eine Verkaufsseite verlinkt, sofern die Typizität eines solchen Erfahrungssatzes fehlt und der Händler substantiiert eine eigenständige Gestaltung durch Dritte darlegt. (Rn. 40) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Beauftragtenhaftung, Affiliate-Marketing, Energieverbrauchskennzeichnung, Passivlegitimation, Werbeagenturen

Vorinstanz:

LG Coburg, Endurteil vom 06.06.2024 – 1 HK O 45/23

Rechtsmittelinstanzen:

OLG Bamberg, Beschluss vom 21.01.2025 – 3 U 65/24 e

BGH, Urteil vom 11.03.2026 – I ZR 28/25

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Coburg vom 06.06.2024, Az. 1 HK O 45/23, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und den Streitwert auf 25.000,00 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht für den Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 10.12.2024.

Entscheidungsgründe

A.

1

Der Kläger macht Unterlassungsansprüche wegen wettbewerbswidriger Werbung und Erstattung von Abmahnkosten geltend.

2

I. Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein, zu dessen satzungsmäßigem Zweck die Förderung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder und die Bekämpfung unlauteren sowie Förderung lauterer Wettbewerbs zählen. Ihm gehören unter anderem zahlreiche auf dem Markt der Haushalts-Elektrogeräte tätige Gewerbetreibende an. Die Beklagte betreibt einen Versandhandel mit Waren aller Art.

3

Im Juni 2023 wurden auf der Internetplattform „N.“ in zwei separaten Annoncen eine Z. Kühl-Gefrier-Kombination „...“ sowie ein Z. Unterbau-Geschirrspüler „...“ beworben. In der Werbeanzeige befand sich jeweils der Eintrag „Energie: D“. Durch einen Klick auf das Angebot erfolgte eine Weiterleitung auf die von

der Beklagten betriebene Internetseite „A..de“. Dort fanden sich Energieverbrauchskennzeichnungen für die beiden hier gegenständlichen Produkte, wobei das vollständige Energielabel durch Anklicken der Pfeilgrafik aufgerufen werden konnte. Der Eintrag „Energie: D“ in den beiden Annoncen auf „N..de“ war dagegen nicht separat verlinkt. Zum genauen Inhalt der Anzeigen wird auf die Anlagen K 1 (Kühl-/Gefrierkombination) und K 2 (Unterbaugeschirrspüler) Bezug genommen.

4

Der Kläger forderte die Beklagte unter Fristsetzung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und Erstattung von Abmahnkosten auf (Schreiben Anlage K 3), was die Beklagte ablehnte (Anlage K 4).

5

Der Kläger hat erstinstanzlich zunächst vorgetragen, die Beklagte habe die streitgegenständlichen Haushalts-Elektrogeräte entweder selbst auf der Plattform „N.“ beworben oder die Werbung jedenfalls selbst beauftragt.

6

Er hält die Annoncen für eine wettbewerbswidrige Werbung, da sie nicht die gem. Art. 4 lit. c der Verordnungen (EU) 2019/2016 (betreffend Kühlgeräte) bzw. 2019/2017 (betreffend Haushaltsgeschirrspüler) i. V. m. Anhang VII Nr. 4 Abb. 1 erforderliche kompakte Darstellung mittels eines Pfeils unter Abbildung des Energie-Effizienzspektrums enthielten und sich ihnen der für den Label verfügbare Bereich der Effizienzklassen nicht entnehmen lasse.

7

In erster Instanz hat der Kläger beantragt,

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, auf der Plattform 'N.' zu Zwecken des Wettbewerbs in visuell wahrnehmbarer Werbung für ein bestimmtes Modell eines kennzeichnungspflichtigen Haushaltskühlgerätes und/oder für ein bestimmtes Modell eines kennzeichnungspflichtigen Haushaltsgeschirrspülers zu werben und/oder werben zu lassen und dabei nicht die gesetzlich vorgeschriebene grafische Darstellung von Effizienzklasse und Spektrum in Form eines Pfeils zu verwenden, wenn dies wie aus den Anlagen K1 und K2 ersichtlich geschieht.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 290,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.07.2023 zu zahlen.

8

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

9

Sie hat vorgebracht, die konkreten Werbemittel auf der Internetseite „N.“ weder selbst geschaltet noch beauftragt zu haben. Vielmehr seien sie durch die Firma X. (im Folgenden: X.) gestaltet und platziert worden. Hintergrund sei eine mit X. abgeschlossene Kooperationsvereinbarung, nach der sie – die Beklagte – der Firma X. laufend bestimmte Informationen zu von ihr angebotenen Produkten übermittle, die diese dann für werbliche Informationen auf eigenen Internetseiten oder den Webseiten zum X.-Partnernetzwerk gehörender Dritter platziere. Auf welchen konkreten Seiten X. die Annoncen schalte und wie sie diese inhaltlich gestalte, entziehe sich ihrer – der Beklagten – Einflussnahmemöglichkeit. Dementsprechend liege es in der freien Entscheidung von X., ob und wie sie die Informationen über die Energie-Effizienzklasse und das jeweils maßgebliche Spektrum berücksichtige bzw. an die Mitglieder ihres Partnernetzwerks weitergebe.

10

Auf dieses Vorbringen hin hat der Kläger die Auffassung vertreten, wenn es als wahr unterstellt würde, hafte die Beklagte gleichwohl gem. § 8 Abs. 2 UWG als Auftraggeberin. Sie sei verpflichtet, für eine wettbewerbskonforme Durchführung und Gestaltung der Werbung zu sorgen. Da X. die Internetangebote nicht als eigene erstelle, sondern auf Grundlage der Angaben der Beklagten, handele es sich um eine Gestaltung von Werbung für die Beklagte. X. werde einer Werbeagentur vergleichbar tätig.

11

II. Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 06.06.2024 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

12

Es könne dahinstehen, ob die hier streitgegenständliche Werbung wegen eines Verstoßes gegen § 5b Abs. 1 und 4 UWG unlauter sei. Dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 2, 3 Nr. 2 UWG, § 3 Abs. 1 UWG, § 5a Abs. 1, 5b UWG – und in der Folge auch der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten gem. § 13 Abs. 3 UWG – mangels Nachweises der Passivlegitimation nicht zu. Für die Voraussetzungen der täter- oder teilnehmerschaftlichen Begehung eines Wettbewerbsverstoßes gem. § 8 Abs. 1 UWG oder der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 UWG sei der Kläger darlegungs- und beweisbelastet.

13

1. Die Voraussetzungen der Passivlegitimation gem. § 8 Abs. 1 UWG habe der Kläger nicht bewiesen. Für seine Behauptung, die Beklagte habe die streitgegenständlichen Werbemittel selbst gestaltet, fehle es an beweisrelevantem Vorbringen. Die Bezugnahme auf die Screenshots genüge nicht, zumal sie unstreitig nicht einer von der Beklagten selbst betriebenen Internetseite entstammten, sondern einer solchen der Firma „N.“.

14

2. Die Voraussetzungen einer Haftung nach § 8 Abs. 2 UWG habe der Kläger nicht hinreichend dargelegt. Für die Feststellung der insoweit notwendigen erforderlichen Beherrschung des Risikobereiches fehle es an ausreichenden Anhaltspunkten.

15

Nach dem Urteil des BGH vom 26.01.2023 (I ZR 27/22) und zuvor schon des OLG Karlsruhe vom 13.05.2020 (6 U 172/19) sowie des OLG Hamburg vom 20.08.2020 (15 U 137/19) hafte der Betriebsinhaber nicht nach § 8 Abs. 2 UWG, wenn das geschäftliche Handeln im konkreten Fall nicht seiner Geschäftsorganisation, sondern derjenigen eines Dritten oder des Beauftragten selbst zuzurechnen sei. Dieser zur Haftung von sog. Affiliates entwickelte Grundsatz greife vorliegend ein. Der Kläger habe den Vortrag der Beklagten zum Kooperationsvertrag mit X., insbesondere der Art und Weise, wie die Annoncen auf Webseiten von Mitgliedern des Partnernetzwerks zustande kämen, nicht substantiiert und ohne Unterbreitung von Beweisangeboten bestritten. Das Beklagtenvorbringen sei daher der Entscheidung zugrunde zu legen. Auf dieser Basis fehle es aber an jedweder Einflussmöglichkeit der Beklagten zur Gestaltung der streitgegenständlichen Werbung, zumal sie mit der „N.“ in keiner vertraglichen Verbindung gestanden habe.

16

X. bzw. die N. habe den Link auf den von der Beklagten betriebenen „A.-shop“ zur Generierung eigener Provisionen erstellt. Die Gestaltung und Verantwortung der Annoncen habe allein auf Seiten von X. oder weiteren Dritten gelegen. Eine Erweiterung des Geschäftsbetriebs der Beklagten stelle dies nicht dar. Sie könne auf das Ob und Wie der Werbung keinen Einfluss nehmen, die mithin außerhalb des von ihr beherrschbaren Risikobereichs liege.

17

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angegriffenen Urteil Bezug genommen (§ 522 Abs. 2 S. 4 ZPO).

18

III. Gegen dieses seiner Rechtsvertreterin am 07.06.2024 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Anwaltsschriftsatz vom 11.06.2024, beim Oberlandesgericht am 12.06.2024 eingegangen, Berufung eingelegt und diese mit weiterem Schriftsatz vom 05.08.2024, am selben Tage bei Gericht eingegangen, begründet.

19

1. Der Kläger meint, er sei für eine täterschaftliche Handlungsweise des Beklagten nicht beweisfällig geblieben. Bei einer Anzeige mit dem Firmennamen der Beklagten, die mit deren Onlineshop verlinkt sei, spreche ein anerkannter Erfahrungssatz dafür, dass sie diese beauftragt habe. Er habe daher den Prima-facie-Beweis erbracht, den die Beklagte nicht widerlegt habe.

20

2. Zudem ergebe sich selbst bei Wahrunterstellung ihres Vortrags eine Haftung der Beklagten, die sich dann aus § 8 Abs. 2 UWG begründe. Das von ihr wahrgenommene Angebot von X. firmiere unter „X. Ads“ – zu deutsch also Werbung. X. handele als Online-Werbeagentur, deren Tätigkeit die Beklagte zur Erweiterung ihres Geschäftsbetriebs wahrnehme. Dies begründe nach anerkannten Grundsätzen eine Haftung gemäß § 8 Abs. 2 UWG.

21

Der Kläger bezieht sich insoweit auf ein inzwischen rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Hamburg vom 02.07.2024 (406 HKO 13/23), demzufolge der Vertragspartner einer Kooperationsvereinbarung mit X. seine Bewerbung der gegenständlichen Produkte jedenfalls teilweise auslagere und sich daher einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die Gestaltung der Werbeanzeigen sichern müsse, um nicht gem. § 8 Abs. 2 UWG haftbar zu sein. Dem stehe die „Affiliate-Entscheidung“ des BGH nicht entgegen, da im dort entschiedenen Fall der produktionserstellende dem werbenden Unternehmer keinerlei Informationen über den Gegenstand der Werbung übermittelt und damit keine eigene Tätigkeit ausgelagert habe. Auch die Landgerichte Düsseldorf mit Urteil vom 10.05.2024 (Az. 38 O 130/23) für vergleichbare Anzeigen auf der Internetplattform „E.-N.“ und Stuttgart mit Urteil vom 10.08.2023 (Az. 33 O 24/23) für von X. freigeschaltete Werbung auf der Internetplattform „N.“ hätten eine Haftung des Produkthanbieters gem. § 8 Abs. 2 UWG angenommen.

22

Die Rechtsprechung des BGH zu Affiliate-Programmen sei mit der hiesigen Konstellation nicht vergleichbar. Ein Affiliate betreibe eine eigene Website mit eigenen Inhalten, auf der er die verlinkte Ware anpreise. Er sei unzweifelhaft als Dritter erkennbar, was auch der Sinn und Zweck dieser Affiliate-Werbung sei, da dadurch die Werbewirksamkeit maßgeblich erhöht werde.

23

Vorliegend hingegen sei – das Vorbringen der Beklagten als wahr unterstellt – X. Ads schon nicht als Werbetreibender erkennbar. Das Unternehmen habe auch keinen Link auf einer eigenen Internetseite mit eigenem Inhalt gesetzt, sondern die inkriminierte Anzeige im Namen der Beklagten mit dem vorrangigen Ziel gestaltet und platziert, um deren Absatz zu fördern. Dies habe dem expliziten Auftrag der Beklagten entsprochen. Die vereinbarte Provision stelle die Vergütung von X. Ads dar, wie sie für jede Dienstleistungserbringung üblich sei und von Werbeagenturen stets vereinnahmt werde. Einer Haftung gem. § 8 Abs. 2 UWG stehe sie nicht entgegen.

24

Das Urteil stelle sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Insbesondere sei die Nennung der Energieeffizienzklasse ohne Angabe des Spektrums und entsprechende grafische Darstellung zur Information des Verbrauchers bereits auf der Übersichtsseite nicht ausreichend.

25

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichtes Coburg vom 6.6.2024, Az.: 1 HK O 45/23, abzuändern und wie folgt zu erkennen:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Beklagten, zu unterlassen, auf der Plattform 'N.' zu Zwecken des Wettbewerbs in visuell wahrnehmbarer Werbung für ein bestimmtes Modell eines kennzeichnungspflichtigen Haushaltskühlgerätes und/oder für ein bestimmtes Modell eines kennzeichnungspflichtigen Haushaltsgeschirrspülers zu werben und/oder werben zu lassen und dabei nicht die gesetzlich vorgeschriebene grafische Darstellung von Effizienzklasse und Spektrum in Form eines Pfeils zu verwenden, wenn dies wie aus den Anlagen K1 und K2 ersichtlich geschieht.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 290,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 6.7.2023 zu zahlen.

26

IV. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung. Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

27

1. Der geltend gemachte Unterlassungsantrag gem. Ziff. 1 sei unbegründet.

28

a. Den von der Berufung bemühten Erfahrungssatz, Anzeigen zugunsten eines bestimmten Anbieters seien auch von diesem in haftungsrelevanter Weise beauftragt worden, gebe es nicht. Dies zeige gerade das Feld der Affiliate-Werbung.

29

Die streitgegenständlichen Anzeigen könnten zwar eine sekundäre Darlegungslast begründet haben; dieser sei die Beklagte mit ihrem substantiierten Vortrag aber nachgekommen. Demnach sei es Sache des Klägers gewesen, den Gegenvortrag der Beklagten auszuräumen und gegebenenfalls Beweis anzubieten.

30

b. Eine Haftung aus § 8 Abs. 2 UWG treffe sie vorliegend nicht. Das Produkt „X. Ads“ sei nicht mit der Tätigkeit einer Werbeagentur zu vergleichen, deren Tätigkeit typischerweise aus der Entwicklung von Konzepten für Werbekampagnen in Abstimmung mit dem Auftraggeber sowie gegebenenfalls auch Organisation und Schaltung der Werbung bestehe. Dafür werde sie in der Regel nicht erfolgsabhängig, sondern mit einem bestimmten Prozentsatz des Werbebudgets vergütet. Sie verfüge normalerweise über keine eigenen Medien, mittels derer die Werbemittel veröffentlicht werden könnten. Demgegenüber betreibe X. zahllose eigene Online-Medien und könne sich zusätzlich von Dritten betriebener Medien bedienen, die zu ihrem Partnernetzwerk gehörten. X. handele im eigenen Interesse, die zur Verfügung stehenden Werbeplätze bestmöglich auszulasten. Das Unternehmen sei in der Gestaltung und Platzierung der Werbung völlig frei und erhalte anders als eine Werbeagentur keine feste, sondern eine erfolgsabhängige Vergütung. Ihr Modell verfüge daher über die Eigenständigkeit eines Affiliate-Produkts, wie es dem vom Landgericht maßgeblich herangezogenen Urteil vom 26.01.2023 (I ZR 27/22) zugrunde gelegen habe.

31

c. Unabhängig davon sei der klagegegenständliche Anspruch aber auch deshalb unbegründet, weil kein relevanter Wettbewerbsverstoß vorliege.

32

aa. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müsse die Energieeffizienzklasse mit Symbolpfeil und Spektrum der Klassen nicht zwingend unmittelbar in der Anzeige dargestellt werden. Es genüge ein „sprechender Link“, der zu diesen Angaben führe. Dann müsse – über die Rechtsprechung des BGH hinaus – aber auch ein Link auf die Anbieterseite ausreichen, wenn dort die notwendigen Informationen über die Energieeffizienz in der gebotenen grafischen Darstellung enthalten seien.

33

bb. Selbst bei unterstelltem Verstoß gegen die maßgeblichen Verordnungen läge jedenfalls keine Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der Verbraucher gem. § 5a Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 3 Abs. 2 UWG vor.

34

d. Schließlich hält die Beklagte den Unterlassungsantrag zu Ziff. 1 auch deshalb für unbegründet, weil er seiner Formulierung nach auch rechtmäßige Gestaltungsvarianten umfasse, namentlich die mit einem „sprechenden Link“ versehene Angabe der Energieeffizienzklasse.

35

2. Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten mangels Unterlassungsanspruchs schon dem Grunde nach nicht zu. Darüber hinaus wendet sich die Beklagte gegen die geltend gemachten Kosten auch der Höhe nach sowie den begehrten Zinsbeginn am 06.07.2023. Einen Verzug der Beklagten habe der Kläger nicht schlüssig dargelegt.

36

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

37

I. Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und erweist sich insgesamt als zulässig. In der Sache fehlt ihr aber nach einstimmiger Auffassung des Senats offenkundig die Aussicht auf Erfolg.

38

1. Das Landgericht hat seiner Entscheidung zutreffenderweise den Vortrag der Beklagten zum Abschluss und zur Ausgestaltung des Kooperationsvertrags mit X. zugrunde gelegt.

39

a. Dem Kläger obliegt nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 UWG (BGH, NJW 2008, 300, 301 Rn. 20; Teplitzky/Peifer/Leistner/Hofmann, UWG, 3. Auflage 2021, § 8 Rn. 178; Fezer/Büscher/Obergfell/Büscher, UWG, 3. Aufl. 2016, § 8 Rn. 37). Ihm kommt vorliegend auch nicht die Wirkung des Anscheinsbeweises zugute. Der Anscheinsbeweis setzt Erfahrungssätze von hinreichender Tragfähigkeit voraus. Der Richter muss aufgrund der unstreitigen oder durch Beweis festgestellten Tatsachen kraft seiner Lebenserfahrung den streitigen Vorgang jedenfalls zunächst einmal als gegeben betrachten können (Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 215). Nicht ausreichend für die Annahme eines Anscheinsbeweises sind bloße Indizien oder eine gewisse, wenn auch überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache (BGH, NJW 2006, 300, 301; NJW-RR 1988, 789, 790).

40

Nach diesen Maßstäben fehlt es dem vom Kläger unterstellten Erfahrungssatz, eine Anzeige sei verantwortlich durch den Händler geschaltet worden, wenn sie mit seiner Online-Verkaufsseite verlinkt ist, an der erforderlichen Typizität. Dies ergibt sich schon aus seinem Vortrag selbst. Der Kläger zitiert drei aktuelle landgerichtliche Entscheidungen, denen Werbung zugrunde lag, die ohne unmittelbaren Auftrag des Produktherstellers auf den Internetseiten von X., E.-N. oder N. geschaltet worden sein soll. Auch die weitverbreiteten Vergleichsportale im Internet belegen, dass Anzeigen mit Links zu Anbieterseiten nicht zwingend auf unmittelbaren Kundenaufträgen beruhen müssen.

41

b. Soweit der Beklagten eine sekundäre Darlegungslast zukommt (vgl. BGH, GRUR 2009, 1167, 1169 Rn. 19 – Partnerprogramm), ist sie dieser durch ihren Vortrag zum Kooperationsvertrag mit X. in ausreichender Weise nachgekommen.

42

Damit oblag es der Klägerseite, ihre Behauptung einer unmittelbaren Anzeigenbeauftragung durch die Beklagte zu beweisen. Ein Beweisangebot hat sie jedoch nicht unterbreitet.

43

2. Auf Basis des Beklagtenvortrags kommt ein Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 UWG nicht in Betracht. Dies wird auch von der Berufung nicht anders gesehen. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Beklagte X. etwa unzureichende Informationen über die Energieeffizienzklassen erteilt oder sonst eine Tätigkeit entfaltet hätte, die ein täterschaftliches Handeln im Sinne des § 8 Abs. 1 UWG begründen könnte.

44

3. Auch aus § 8 Abs. 2 UWG lässt sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht ableiten. Weder X. noch die N. sind Beauftragte der Beklagten im Sinne dieser Norm.

45

Beauftragter ist, wer, ohne Mitarbeiter zu sein, für das Unternehmen eines anderen auf Grund eines vertraglichen oder anderen Rechtsverhältnisses tätig ist. Er muss in die betriebliche Organisation dergestalt eingliedert sein, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugutekommt, andererseits dem Unternehmensinhaber ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss jedenfalls auf die beanstandete Tätigkeit eingeräumt ist (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, § 8 Rn. 2.41 m. w. Nachw.). Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (BGH,

GRUR 2009, 1167, 1170 Rn. 21 – Partnerprogramm). Ob der Unternehmensinhaber von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, ist unerheblich (BGH, GRUR 2011, 543, 544 Rn. 11 – Änderung der Voreinstellung III).

46

Beauftragter eines Unternehmens ist dagegen nicht, wer von diesem lediglich eine Leistung bezieht, die er im eigenen Namen an Endkunden anbietet, sofern er in der Gestaltung seines Vertriebskonzepts sowie seiner Verkaufskonditionen grundsätzlich frei ist. Denn in diesem Fall fehlt es an der Möglichkeit eines bestimmenden und durchsetzbaren Einflusses des Unternehmens auf den Vertragspartner (BGH, GRUR 2011 a. a. O., Rn. 13 f.). Der Betriebsinhaber haftet deshalb nicht nach § 8 Abs. 2 UWG, wenn das geschäftliche Handeln des Dritten im konkreten Fall nicht der Geschäftsorganisation des Betriebsinhabers, sondern derjenigen eines Dritten oder des Beauftragten selbst zuzurechnen ist (BGH, GRUR 2023, 343, 344 f. Rn. 23 – Haftung für Affiliates).

47

Nach der Kooperationsvereinbarung konnte X. Annoncen für Produkte der Beklagten inhaltlich und grafisch frei gestalten und auf von ihr selbst oder von Mitgliedern ihres Partnernetzwerks betriebenen Webseiten nach eigenem Belieben platzieren. Über das Ob und Wie der Platzierung konnte X. ebenfalls frei entscheiden. Die Beklagte stellte X. regelmäßig Informationen über ihre Produkte zur Verfügung und hatte unter nicht näher dargelegten Voraussetzungen Provisionen zu zahlen. X. stand es dabei frei, bestimmte oder auch alle Produkte, von denen sie seitens der Beklagten Informationen erhalten hatte, etwa überhaupt nicht zu bewerben. Auch war es – anderes ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich – möglich, in unmittelbarer Nähe Annoncen für preiswertere Produkte konkurrierender Anbieter unterzubringen, wodurch sich dann kein nennenswerter Werbeeinfluss für die Beklagte einstellt.

48

Demnach unterscheidet sich das Kooperationsverhältnis maßgeblich von der Tätigkeit einer Werbeagentur (die regelmäßig als Beauftragte im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG anzusehen ist, BGH, GRUR 2023, 343, 345 Rn. 20 – Haftung für Affiliates). Eine Werbeagentur wird mit der Gestaltung von Werbemitteln – je nach Vereinbarung auch mit ihrer Platzierung – beauftragt. Dabei ist sie aber dem Wesen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nach weder in der inhaltlichen und grafischen Gestaltung der Werbung frei noch kann sie nach eigenem Ermessen über Zeitpunkt, Ort und Umfang ihrer Veröffentlichung entscheiden. Eine Werbeagentur legt das Produkt ihrer Arbeit regelmäßig dem Auftraggeber vor und ändert es nach dessen Wünschen ab. Sie sorgt im zuvor abgesprochenen Umfang für die Veröffentlichung der Werbung, die sie nicht auf eigenen Kanälen oder solchen von Vertragspartnern vornimmt, sondern auf von Dritten betriebenen Medien. Ihre Vergütung ist vom Erfolg der Werbung unabhängig.

49

Ratio legis des § 8 Abs. 2 UWG ist es zu verhindern, dass sich der Inhaber des Unternehmens, dem die geschäftlichen Handlungen zugutekommen sollen, hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken kann (BGH, GRUR 2008, 186, 188 Rn. 22 – Telefonaktion; GRUR 2003, 453, 454 – Verwertung von Kundenlisten; GRUR 1990, 1039, 1040 – Anzeigenauftrag; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, § 8 Rn. 2.33). Seine Haftung rechtfertigt sich daraus, dass er durch den Einsatz von Mitarbeitern und Beauftragten seinen Geschäftskreis erweitert und damit zugleich das Risiko von Zuwiderhandlungen innerhalb seines Unternehmens schafft (BGH, GRUR 2023, 343, 344 f. Rn. 23 – Haftung für Affiliates; GRUR 1995, 605, 607 – Franchise-Nehmer). Da er die Vorteile der arbeitsteiligen Organisation in Anspruch nimmt, soll er auch die damit verbundenen und in gewisser Weise beherrschbaren Risiken tragen (BGH, GRUR 2023, 732, 735 Rn. 39 – Rundfunkhaftung II; GRUR 2009, 597 Rn. 15 – Halzband; Teplitzky/Peifer/Leistner/Hofmann, UWG, 3. Auflage 2021, § 8 Rn. 174).

50

Mit ihrem Kooperationsangebot verfolgt X. ein eigenes Geschäftskonzept, das zwar auf den von der Beklagten übermittelten Angaben basiert, jedoch ebenso gut funktionieren würde, wenn das Unternehmen die Produktinformationen selbst heraussuchte. Ähnlich wie bei der Suchmaschinenfunktion wird die Verlinkung mit einer vom Kooperationspartner betriebenen Seite vorgenommen. Auch wenn der kommerzielle Erfolg von X. durch die Provisionsvereinbarung mit der Beklagten von entsprechenden Klicks der Kunden abhängt, steht die Bewerbung der Produkte zum Zwecke der Absatzförderung nicht im Vordergrund.

51

Der Kooperationsvertrag stellt sich damit nicht als eine Erweiterung des eigenen Geschäftsbetriebs der Beklagten dar, die sie an Dritte ausgelagert hätte, sondern als Gestattung und Ermöglichung eines eigenen Geschäfts des Dritten. Das vom Bundesgerichtshof entwickelte Kriterium einer Einbindung der Tätigkeit von X. in die betriebliche Organisation der Beklagten ist nicht erfüllt. Es kann daher dahinstehen, ob die Tätigkeit von X. der Beklagten zugute kommt. Jedenfalls fehlt es an einem durchsetzbaren Einfluss der Beklagten auf das Unternehmen.

52

Anderes ergibt sich nicht aus der von der Berufung zitierten Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 10.08.2023 (33 O 24/23). Das Landgericht Stuttgart lässt es für die Eigenschaft der Firma X. als Beauftragte ausreichen, dass die Auftraggeberin von den Werbemaßnahmen der Firma X. profitiere. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH aber nur eine Voraussetzung, die neben der weiteren Bedingung der Erweiterung des eigenen Geschäftsbetriebs steht. Sollte dies in der vom Landgericht Stuttgart zu entscheidenden Konstellation gegeben gewesen sein, so unterschiede sie sich maßgeblich vom hier streitgegenständlichen Geschehen.

53

Auch das Landgericht Düsseldorf setzt sich in seinem Urteil vom 10.05.2024 (38 O 130/23) nicht mit der Voraussetzung einer Erweiterung des Geschäftskreises auseinander.

54

Ebenso wenig kann sich die Berufung mit Erfolg auf das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 02.07.2024 (406 HKO 13/23) berufen. Soweit das Landgericht Hamburg meint, durch die bloße Übermittlung von Informationen über die zu bewerbenden Produkte einschließlich der Energieeffizienz habe die Beklagte die Bewerbung selbst ausgelagert, trifft das auf den hier gegenständlichen Fall nicht zu. Die Informationen dienten dazu, der Beklagten die Annoncierung zu ermöglichen, um durch Klicks eigene Provisionsansprüche zu generieren. Die Bewerbung war vorliegend aber nicht Gegenstand des Kooperationsvertrags. Dem Urteil des BGH vom 26.01.2023 (Haftung für Affiliates) lässt sich auch nicht entnehmen, dass wesentliches Kriterium für die Einstufung eines Affiliates als Beauftragter im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG sei, ob er von seinem Vertragspartner Produktinformationen erhalte.

55

Zwar hat die Beklagte anders als im dem Urteil des BGH vom 26.01.2023 zugrunde liegenden Fall keine Internetseite mit redaktionellem Inhalt betrieben, in deren Rahmen sie Links auf Produkte verschiedener Anbieter setzte. Dies ist aber keine notwendige Voraussetzung dafür, um den Vertragspartner nicht als Beauftragten gem. § 8 Abs. 2 UWG anzusehen. Die Tätigkeit des Affiliates hat der BGH als ein Beispiel für Fälle genannt, in denen es an einer „Beauftragung“ im Sinne der Auslagerung von eigenen Tätigkeiten fehlt, weil der Vertragspartner eigene Produkte oder Dienstleistungen entwickelt (GRUR 2023, 343, 345 Rn. 27 f.). Entscheidend war, dass der Affiliate im Rahmen des Partnerprogramms „selbstständig und weisungsfrei darüber [entscheidet], ob und wie er auf Angebote auf seiner Online-Handelsplattform verlinkt“ und dass es „insbesondere keine Vorgaben für die Gestaltung der Affiliate-Webseite oder den Umfang der Verlinkung und keine Ausschließlichkeit des Partnerprogramms gegenüber anderen Partnerprogrammen“ gibt (GRUR 2023, 343, 345 Rn. 25). Diese Voraussetzungen sind durch die hier gegenständliche Kooperationsvereinbarung erfüllt. Die Beklagte betreibt unter dem Namen X. Ads ein eigenständiges Geschäftskonzept ungeachtet dessen, dass sie die Links zu den Webseiten ihrer Kooperationspartner nicht in einen redaktionellen Teil einbindet, sondern vorliegend in Angebote einer N.seite.

56

Die auch in den vorgenannten landgerichtlichen Urteilen hervorgehobene Argumentation des Klägers, die Beklagte könne sich nicht auf eine fehlende Einflussnahmemöglichkeit auf X. zurückziehen, sondern es komme darauf an, welchen Einfluss sie sich habe sichern können und müssen, ist zutreffend. Dies stellt auch der BGH im Urteil vom 26.01.2023 deutlich heraus (a. a. O., Rn. 23). Diese Voraussetzung kommt aber erst dann zur Anwendung, wenn die Stellung als Beauftragter im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG feststeht; sie kann eine solche Eigenschaft nicht begründen (BGH a. a. O., Rn. 31). Hat ein Unternehmer der von ihm beauftragten Werbeagentur bei der Gestaltung von Anzeigen freie Hand gelassen und sich ungewöhnlicherweise keine abschließende Überprüfung vor der Veröffentlichung vorbehalten, dann kann er sich nicht auf diese Vertragsvereinbarung berufen, wenn die Agentur der Anzeige einen

wettbewerbswidrigen Inhalt gibt. Es wäre ihm nämlich möglich und zumutbar gewesen, bei der Vertragsgestaltung eine Freigabe der Anzeige nach Überprüfung zu verlangen. Wenn aber die eigenständige Gestaltung und Platzierung der Anzeigen in den Verantwortungsbereich des auf eigenes wirtschaftliches Risiko handelnden Vertragspartners des Unternehmers fällt, wie dies im hiesigen Kooperationsverhältnis der Fall war, dann widerspräche eine abschließende Überprüfung und Freigabe durch den Unternehmer dem Wesen des Vertragsverhältnisses. Eine derartige Einflussnahme, die das Grundgefüge des Kooperationsvertrags verschoben und mutmaßlich den Abschluss ganz verhindert hätte, konnte und musste die Beklagte nicht vornehmen.

57

Da schon der Kooperationspartner X. kein Beauftragter im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG war, gilt dies erst recht für die N., die mit der Beklagten in keiner Vertragsbeziehung stand (vgl. BGH, GRUR 2023, 343, 345 Rn. 36 – Haftung für Affiliates).

58

4. Wegen der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten muss die weitere Frage nicht entschieden werden, inwieweit eine Angabe der Energieeffizienzklasse unter Darstellung des gesamten Spektrums und entsprechender mit einem Pfeil versehener grafischer Gestaltung in der Anzeige selbst bzw. über einen „sprechenden Link“ erforderlich gewesen wäre. Ebenfalls kann dahinstehen, ob der klägerische Unterlassungsantrag tatsächlich wie von der Beklagten vertreten die Fälle einer Verweisung auf eine korrekte Darstellung der Energieeffizienzklasse mit Spektrum mittels „sprechenden Links“ nicht ausnimmt und unter diesem Gesichtspunkt zu weitgehend wäre.

59

5. Mangels Unterlassungsanspruchs steht dem Kläger auch kein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten gem. § 13 Abs. 3 UWG zu.

60

II. Auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor. Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 ZPO). Der Senat beabsichtigt eine einzelfallbezogene Entscheidung auf der Grundlage der nach gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung berufsrechtlich nicht zu beanstandenden erstinstanzlichen Feststellungen. Die relevanten rechtlichen Fragen sind spätestens durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2023 („Haftung für Affiliates“) geklärt.

61

Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass in einer solchen neue, im Berufungsverfahren zuzulassende Erkenntnisse gewonnen werden könnten, die zu einer anderen Beurteilung führten.

62

III. Der Senat regt daher an, zur Vermeidung von Kosten die aussichtslose Berufung innerhalb offener Stellungnahmefrist zurückzunehmen, und weist in diesem Zusammenhang auf die in Betracht kommende Gerichtsgebührenermäßigung (KV Nr. 1220, 1222) hin. C.

63

Die Streitwertbemessung wird in Anwendung des § 51 Abs. 2 GKG erfolgen.