

THOMAS HOEREN

Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG

Das neue UWG hat auch für den Bereich der Internetwerbung die Grenze zwischen zulässigem und unzulässigem Marketing verschoben. Im Folgenden soll gezeigt

werden, wie vor allem der Bereich Werbung via WWW im Blickwinkel des neuen UWG rechtlich zu verstehen ist.

I. Begriffsbestimmung

Das Internet, auch als World Wide Web (WWW) bezeichnet, hat neben den herkömmlichen Informationsquellen wie Rundfunk und Presse oder als Ergänzung zu diesen eine ständig weiter steigende Bedeutung in der Informationsgesellschaft erlangt, wobei die Verbreitung redaktionell aufbereiteter Beiträge einen nicht unmaßgeblichen Stellenwert einnimmt. Ebenso wie bei den herkömmlichen Medien gilt jedoch auch bei publizistischen Diensten im Internet, dass eine Finanzierung im Wesentlichen über Werbung erfolgt. Die Einführungs- bzw. Experimentierphase, in der solche Dienste lediglich zu Testzwecken ins Netz gestellt und die mit der Verbreitung von Informationen verbundenen Kosten von den Unternehmen als versunkene Kosten in der Testphase betrachtet wurden, ist spätestens seit dem Platzen der Börsenblase im Neuen Markt und dem damit einhergehenden Verlust von Risikokapital Vergangenheit. Die zur Finanzierung der redaktionellen Angebote einsetzbare Werbung kann auf Grund der technischen Möglichkeiten des Internet vielfältige Formen aufweisen. Neben optischen Signalen können auch akustische Reize sowie neben bloßen Bildeinblendungen auch Videostreams zum Zweck der Gewinnung der Aufmerksamkeit der Betrachter eingesetzt werden. Da das Internet kein rechtsfreier Raum ist, gilt es bei der Werbung im Internet die insbesondere durch das Lauterkeitsrecht gesetzten rechtlichen Schranken zu beachten.

II. Ausgangspunkt: Das Trennungsgebot

Das Trennungsgebot bzw. das Verbot der redaktionellen Werbung hat seinen Niederschlag in den Regelungen der Pressegesetze der Länder,¹ des Rundfunkstaatsvertrags (RfStV),² dem Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV)³ sowie dem Teledienstgesetz (TDG) gefunden. Die europarechtliche Grundlage findet sich in Art. 10 Abs. 1 Fernsehrichtlinie.

Die Anwendbarkeit des RfStV dürfte in den meisten Fällen von Internetwerbung ausscheiden, da es am Vorliegen von Rundfunk i.S.d. § 2 Abs. 1 RfStV mangelt. Eine für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild mittels elektromagnetischer Schwingungen dürfte bei Internetwerbung zu verneinen sein. Entscheidend ist insoweit die Abgrenzung zu den Regelungen des MDStV,⁴ wobei die für den Abruf aus elektronischen Speichern erfolgte Bereithaltung von Text-, Ton- und Bildbeiträgen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV beim Onlineangebot von redaktionell gestalteten, zur Meinungsbildung beitragenden Angeboten angenommen werden kann und daher wegen Vorliegens eines Mediendienstes die werberechtlichen Vorschriften des RfStV unanwendbar sind. Bei einem Verstoß gegen das in § 9 Abs. 2 MDStV enthaltene Trennungsgebot von redaktionellem Teil und Werbung i.R.v. Internetwerbung wäre unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch auf Grund der unmittelbar wettbewerbsbezogenen Normen des MDStV ein Verstoß gegen § 3 UWG anzunehmen.⁵ Gleiches gilt für das in § 7 Nr. 1 TDG manifestierte Trennungsgebot bei Erbringung von elektronischen Kommunikations- und Informationsdiensten zur individuellen Nutzung. Eine Übertragung der Wertung des § 7 Nr. 1 TDG auf redaktionelle Onlinewerbung ist jedoch nicht möglich, da ausweislich der Regelung in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG elektronische Dienste mit Schwerpunkt in der redaktionellen Gestaltung zum Zwecke der Meinungsbildung vom Anwendungsbereich des TDG ausgenommen sind. Neben dem spezialgesetzlich geregelten Werberecht für Werbung in Rundfunk, Medien- und Telediensten war für Werbung in sonstigen Diensten der Informationsgesellschaft das in Art. 6a) E-Commerce-Richtlinie (ECLR) geregelte Trennungsgebot bei Auslegung nationaler Vorschriften zu beachten.

Mit Aufnahme von Regelbeispielen in § 4 UWG n.F. ist das bisher spezialgesetzlich und durch die Rechtsprechung über den Irreführungstatbestand des § 1 UWG a.F. erfasste Trennungsgebot jetzt im Regelbeispiel des § 4 Nr. 3 UWG normiert. Nach der Gesetzesbegründung soll hiermit das medienrechtliche Schleichwerbverbot nunmehr auf alle Formen der Werbung Anwendung finden.⁶ Unabhängig von der Einordnung redaktionell unterlegter Internetwerbung ist ein lauterkeitsrechtliches Vorgehen nunmehr über das Regelbeispiel des § 4 Nr. 3 UWG i.V.m. der Generalklausel des § 3 UWG n.F. möglich.⁷ Die zuvor auf Grund des Nebeneinanders der verschiedenen Regelwerke bestehende Gefahr unterschiedlicher Wertungen⁸ ist jetzt entfallen. Die Ausweitung des Trennungsgebots auf alle Formen von Werbung, unabhängig von dem hierzu verwendeten Medium, beendet auch die nach alter Rechtsla-

1) Vgl. § 10 LPresseG NRW, § 9 LPresseG Berlin.

2) § 7 Abs. 3 RfStV.

3) § 10 Abs. 4 Nr. 1 MDStV.

4) Hochstein, NJW 1997, 2977, 2978.

5) BGH GRUR 1990, 611, 613 ff. – Werbung im Programm; OLG Hamm WRP 1985, 655, 656.

6) Gesetzesbegr., BT-Drs. 15/1487, S. 17.

7) Zu den Abgrenzungsproblemen Marwitz, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Kap 11.2, Rdnr. 130 m.w.Nw.

8) Gounalakis, NJW 1997, 2993, 3000.

■ Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) der Universität Münster.

ge ungeklärte Frage, ob das Trennungsgebot über den Bereich der Mediendienste hinaus auch auf andere Dienste anwendbar war.⁹

III. Formen der redaktionellen Internetwerbung

Redaktionell gestaltete Werbung im Internet unterscheidet sich zunächst einmal nicht grundlegend von Werbeformen in anderen Medien, stellt man auf die inhaltliche Gestaltung von presseähnlichen Internetdiensten ab. Eine im Internet veröffentlichte Anzeige kann ebenfalls so aufgemacht sein, dass diese als redaktioneller Beitrag erscheint. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass in online zugänglichen Berichten bzw. Beiträgen bestimmte Produkte oder Leistungen angepriesen werden, ohne dass der mit dem Beitrag bezweckte werbende Bezug für die Leser erkennbar wird. Beide Fallgestaltungen unterscheiden sich nicht von herkömmlicher redaktioneller Werbung, abgesehen vom Medium, in dem die Veröffentlichung erfolgt, sodass sich keine andere wettbewerbsrechtliche Beurteilung ergibt. Die zur Schleichwerbung entwickelten Grundsätze sind daher auch bei entsprechender redaktioneller Onlinewerbung anwendbar. Gleiches gilt auch für die redaktionelle Werbung im Internet, die eine unerlaubte Tarnung darstellt, indem der Eindruck erweckt wird, es handle sich bei den Beiträgen um Recherchen oder Meinungen unabhängiger Dritter. Denn durch die Verwendung des Internet als Medium für die Veröffentlichung solcher Beiträge wird der mit dem Schleichwerbverbot bezweckte Schutz des Wahrheitsgrundsatzes ebenso beeinträchtigt, indem die Umworbenen über die Objektivität bzw. Unabhängigkeit einer publizistischen Empfehlung irregeführt werden.¹⁰ Sieht man von diesen Fallgestaltungen mit starkem Bezug zur Pressetätigkeit und den insoweit übertragbaren Regeln zur redaktionellen Werbung ab, dann sind die Maßnahmen des Onlinemarketing anhand der eingesetzten Technik zu beurteilen.

1. Besondere Charakteristika von Internetwerbung

Neben der wie in anderen Presseerzeugnissen erfolgenden Einbindung von Werbung in redaktionelle Beiträge kann die Bewerbung von Produkten und/oder Unternehmen bei Onlinewerbung durch die technischen Möglichkeiten, die die elektronischen Kommunikations- und Informationsdienste eröffnen, wesentlich effizienter gestaltet werden. Zum einen kann die Darstellung nicht nur visuell in Text- und/oder Bildform erfolgen, sondern durch zusätzliche Nutzung von Tonsignalen audiovisuell gestaltet werden. Zum anderen sind Verknüpfungen zwischen den Informationsangeboten verschiedener Anbieter über die Setzung von Hyperlinks oder durch Integration von fremden Websites in das eigene Angebot über Frames sowie die Bewerbung von Produkten über Banner denkbar. Eine weitere Möglichkeit der Verknüpfung von redaktionellen Berichten mit Werbung besteht beim Einsatz von Suchmaschinen sowie i.R.d. Individualkommunikation per E-Mail.

Bei der werberechtlichen Beurteilung von Websites stellt sich die grundsätzliche Frage, wie ein Internetauftritt mit Wettbewerbsbezug einzuordnen ist. Eine Homepage könnte entweder als eigenständiges Werbemittel oder als Internetgattung eigener Art aufgefasst werden. Würde man einer Homepage als solcher schon den Charakter als Werbemittel zu sprechen, würde sich die Frage des Verstoßes gegen das Trennungsgebot so nicht stellen, da einem Werbemittel auch bei redaktioneller Untermalung nicht mehr

der Anschein von Unabhängigkeit und Objektivität gegeben werden kann. Eine solche Auffassung wird aber auch den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht. So kann auf einer Unternehmens-Homepage nicht nur die Anpreisung von Produkten und dem Unternehmen selbst erfolgen, vielmehr findet man oft auch sachliche Informationen z.B. zu branchenspezifischen Aspekten. Ein pauschales Urteil zum werberechtlichen Charakter von Websites ist somit wegen der Vielfalt von unterschiedlichsten Internetauftritten nicht möglich und auch nicht geboten. Für die Einordnung ist daher vom Zweck des Verbots von Schleichwerbung auszugehen: dem Schutz der Leserschaft vor Täuschung über den werbenden Charakter von Programmteilen bzw. Beiträgen.¹¹ Mit der nicht eindeutigen Trennung von publizistischem Teil und Werbung soll die üblicherweise von neutralen und sachlichen Stellungnahmen ausgehende Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit für die beworbenen Waren genutzt werden. Bei Bewertung von Onlinemarketing ist somit entscheidend, ob die Internetnutzer durch die gewählte Marketingform über den Werbecharakter getäuscht werden. Insoweit ist auf die Sicht des Verbrauchers abzustellen. Der BGH geht diesbezüglich in seiner neueren Rechtsprechung von dem Leitbild eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers aus, der das fragliche Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt.¹² Objektive Informationen werden die Internetnutzer dabei vor allem auf Homepages von staatlichen Organisationen, Presse- und Rundfunkunternehmen sowie anerkannten unabhängigen Organisationen erwarten, wobei es jedoch hier auf die Umstände jedes Einzelfalls, insbesondere die Gestaltung der Website und der Beiträge, ankommt.¹³ Eigene Websites der Anbieter von Kommunikations- und Informationsdiensten nehmen diesbezüglich eine Zwitterstellung ein, da sie – für den Nutzer erkennbar – neben Teilnehmerentgelten auch aus Werbung finanziert werden und damit einen eher unterhaltenden Charakter aufweisen, daneben aber von ihnen als Serviceunternehmen auch die Darstellung sachlich unabhängiger Informationen erwartet werden kann. Entscheidend kommt es daher immer auf den mit redaktionellen Beiträgen üblicherweise verfolgten Informationszweck an,¹⁴ der bei übertriebenen redaktionellen Produkthinweisen nicht mehr erfüllt ist. Auf Grund des mit dem Trennungsgebot verfolgten Zwecks, für den Leser unabhängige Informationen der Redaktion von Darstellungen mit vorwiegend werbendem Charakter unterscheiden zu können, ist eine solche Trennung immer dann zu fordern, wenn der Verleger für die Veröffentlichung ein Entgelt erhalten bzw. gefordert hat oder sich hat versprochen lassen.¹⁵ Das Trennungsgebot ist

9) Zu diesen Fragen Hoeren, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: Becker, Rechtsprobleme internationaler Datennetze, UFITA-Schriftenreihe 137, 1996, S. 35–56; Cummig, ZUM 1996, 573 ff.

10) BGH GRUR 1995, 744, 746 – Feuer, Eis & Dynamit I.

11) BGH GRUR 1968, 382, 384 – Favorit II; GRUR 1975, 75, 77 – Wirtschaftsanzeigen – public relations; BGHZ 81, 247, 250 f. – Getarnte Werbung I; BGHZ 110, 278, 291 – Werbung im Programm; GRUR 1993, 561, 562 – Produktinformation I; GRUR 1994, 441, 442 – Kosmetikstudio; GRUR 1994, 819, 820 – Produktinformation II; GRUR 1994, 821, 822 – Preisrätselgewinnauslobung I; GRUR 1994, 823, 824 – Preisrätselgewinnauslobung II; GRUR 1995, 744, 746 – Feuer, Eis & Dynamit I; GRUR 1996, 71, 72 f. – Produktinformation III; GRUR 1997, 139, 140 – Orangenhaut; GRUR 1997, 541, 543 – Produkt-Interview; GRUR 1997, 907, 909 – Emil-Grünbär-Klub.

12) BGH GRUR 2000, 619, 621 – Orient-Teppichmuster; GRUR 2000, 820, 821 – Space Fidelity Peep-Show.

13) Kömer/Lehment, in: Hoeren/Sieber (o. Fußn. 7), Kap. 11.1 Rdnr. 168.

14) BGH GRUR 1981, 835, 836 – Getarnte Werbung I; GRUR 1997, 912 – Die Besten I; GRUR 1997, 914, 916 – Die Besten II.

15) Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rdnr. 30.

insoweit kein Selbstzweck, sondern soll der Erlangung eines wettbewerbswidrigen Vorsprungs entgegenwirken, indem durch Verschleierung des Werbecharakters dem Beitrag vom Verkehr eine höhere Aufmerksamkeit beigegeben wird als den eindeutig als Werbung erkennbaren Aussagen der Mitbewerber. Bei redaktioneller Werbung ist daher von Belang, ob ein publizistischer Anlass für die konkrete Form des Beitrags bzw. Hinweises bestanden hat, was dann anzunehmen ist, wenn ein sachliches Informationsbedürfnis des Publikums und anerkanntswerte Gründe für die konkret gewählte Form der Nennung von Namen und/oder Produkt des Herstellers gegeben sind.

2. Verlinkung

Mittels technischer Verknüpfung von redaktionellem Beitrag und der Website des beschriebenen Produkts bzw. Dienstleistung bietet die Werbung im Internet eine Möglichkeit, den Nutzer direkt auf die Website des Unternehmens weiterzuleiten (Hyperlink) bzw. die dort enthaltenen Produktinformationen per Framing-Technik in die Online-Publikationen einzubinden. Beide Techniken ermöglichen ein verbessertes Marketing, als dies z.B. durch bloße Angabe von Kontaktmöglichkeiten wie Telefonnummer und Adresse erreicht werden kann. Mit dieser Feststellung ist jedoch noch keine Aussage über die wettbewerbsrechtliche Bewertung getroffen. Hier gilt es vielmehr die Ausgestaltung der Verknüpfung im jeweiligen Einzelfall zu betrachten.

Bei Weiterleitung mittels Hyperlink wird auf eine andere (eigene oder fremde) Website mit weitergehenden Informationen verwiesen, wobei ein vollständiger Wechsel auf die aufgerufene Seite erfolgt. Zur Beachtung des Gebots von Trennung des redaktionellen vom werbenden Teil ist bei Verlinkung insbesondere auf die Platzierung des Links im Dokument abzustellen.

So hat das KG betont, dass das einfache Setzen eines Links von einem redaktionellen Beitrag auf die Internetseiten eines Glücksspielunternehmens nicht verboten werden könne.¹⁶ Sofern mit dem Link keine werbende Anpreisung verbunden sei, handele es sich noch um journalistische Arbeit zu Gunsten des Lesers, sodass auch keine Wettbewerbsförderungsabsicht zu Gunsten des verlinkten Unternehmens unterstellt werden könne. In die gleiche Richtung geht eine Entscheidung des OLG Jena, wonach in der Angabe von Links zu Verbänden ein bloßes Informationsangebot für die Internetnutzer zu sehen ist.¹⁷ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Links kommentiert sind, da insoweit auf eine Verbindung zwischen dem Website-Betreiber und dem -Anbieter der verlinkten Seite geschlossen werden kann, sodass bei redaktionellen Beiträgen eine Trennung zum werbenden Teil in der verlinkten Seite nicht mehr gewährleistet ist. Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch die Verwendung von Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen, wo mittels Hyperlinks direkte Verweisungen auf die Websites der im Text erwähnten Unternehmen vorgenommen werden. Legt man die presse-

rechtliche Judikatur zu Grunde, so ist ein solcher Hyperlink nur i.R.d. publizistischen Informationsaufgabe zulässig. Das Trennungsgebot ist danach nicht verletzt, wenn die sachliche Unterrichtung der Leser im Vordergrund steht und die mit der Verweisung auf ein bestimmtes Unternehmen unvermeidlich verbundene Werbewirkung nur als eine in Kauf zu nehmende Nebenfolge erscheint.¹⁸ Die mit Hyperlinks verbundene Werbewirkung ist danach in den Fällen nicht nur als Nebenfolge aufzufassen und somit von der Informationsaufgabe nicht mehr gedeckt, wenn mittels Deeplink direkt auf die Website mit den jeweiligen Produkt-/Warenbeschreibungen verlinkt wird. Der Nutzer wird regelmäßig durch den Beitrag selbst sachgerecht informiert, ohne dass es dieses speziellen Verweises bedarf. Zur Sachaufklärung reicht es aus, wenn der Nutzer im Artikel die Domain des Unternehmens ausgestaltet als Link findet. Kann er darüber hinaus sofort die Website mit der Präsentation des beschriebenen Produkts aufrufen, verschwimmen die Grenzen von inhaltlicher Information und Werbung.

Framing stellt eine besondere Spielart der Verlinkung zweier Websites dar. Indem bei der Verknüpfung mit der zweiten Website diese nicht das komplette Browser-Fenster einnimmt, sondern die zuerst aufgerufene Website als Rahmen – zumeist in Form von Balken am linken und oberen Bildrand, auf denen sich die Navigationsleiste befindet – verbleibt, wird per Link quasi eine Verschmelzung der aufgerufenen und auftretenden Websites bewirkt.¹⁹ Ist die Integration der zweiten Seite so gestaltet, dass deren Inhalt als Teil des Angebots der ursprünglich aufgerufenen Website erscheint, kann eine Verschleierung des werbenden Charakters des Beitrags eintreten. Eine solche Verschleierung kommt vor allem bei sog. Inline-Linking in Betracht. Hierunter versteht man Verfahren, bei denen der Link nicht mit einem Wechsel der Internetadresse verbunden ist, sondern der Benutzer den Eindruck hat, er finde das Angebot noch auf dem ursprünglichen Server. Dies wird durch den Einsatz von Frames erreicht, die beim Aufruf der fremden URL erhalten bleiben (sog. IMG-Links). In solchen Fällen wird suggeriert, dass die verlinkte Homepage von einem anderen als dem tatsächlichen Anbieter stammt. Neben der aus urheberrechtlichen Gründen folgenden Bedenken im Hinblick auf das Namensnennungsrecht des Urhebers (§ 12 UrhG)²⁰ erscheint ein solches Vorgehen aber auch wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn nicht nur über den Anbieter der verlinkten Website irreführt, sondern mittels dieser Technik auch dem Trennungsgebot zuwidergehandelt werden kann, indem durch die gewählte Form der Einblendung die Grenzen zwischen dem redaktionellen und werbenden Teil verschwimmen können. Insoweit kommt der optischen Gestaltung der Website entscheidende Bedeutung zu. Ein Verstoß gegen das Trennungsgebot wäre dann anzunehmen, wenn die per Inline-Linking eingefügte Website derart in das bestehende Angebot integriert ist, dass beide Inhalte als einer erscheinen, was insbesondere bei gleicher Schriftart und fehlender Trennung der Beiträge z.B. mittels Absatz oder Trennlinie anzunehmen ist.

3. Bannerwerbung

Die Bannerwerbung stellt einen Sonderfall der Link-Technik dar, bei dem zumeist am oberen Bildrand horizontal oder auf der rechten Bildseite großformatige Einblendungen erfolgen, bei deren Aktivierung eine Verknüpfung zu anderen Websites hergestellt wird. Sofern diese auf Grund ihrer farblichen und/oder grafischen Gestaltung z.B. durch Einrahmung vom übrigen Angebot für den Nutzer als

16) KG MMR 2002, 119 m. Anm. Becker.

17) OLG Jena MMR 2003, 531, 532.

18) BGHZ 50, 1 – Pelzversand; BGH GRUR 1968, 382 ff. – Favorit II; OLG Köln AIP 1972, 289 f.; OLG Düsseldorf WRP 1986, 556, 558; OLG Frankfurt/M. WRP 1985, 37 f.

19) Zu den technischen Möglichkeiten s. Metzger, CR 2000, 778 f.

20) S.a. hierzu die britische Entscheidung im Fall *Shetland Times v. Shetland News* v. 24.10.1996, veröffentlicht unter: <http://www.shetlandnews.co.uk/opinion.html>; dazu auch Chris Reed, Copyright in WWW Pages, in: Computer Law & Security Report 13 (1997), 167.

selbständiger Teil erkennbar sind, ist dem Trennungsgebot Genüge getan. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn das im Banner gewählte Schlagwort weitergehende fachliche Informationen zum Beitrag suggeriert, beim Aufruf der verlinkten Website auf dieser jedoch rein werbende Aussagen erfolgen.

4. Suchmaschineneinträge

Fasst man die Einträge in Suchmaschinen als redaktionelle Beiträge auf, da infolge des vom Nutzer per Schlagwort eingegrenzten Themenbereichs die Suchmaschine neben den einschlägigen Websites auch eine kurze Inhaltsangabe anzeigt, so wäre auch das Trennungsgebot zu beachten. Die Gefahr des Verstoßes gegen das Trennungsgebot besteht immer dann, wenn das Ranking der Verweise nicht von dem tatsächlichen Inhalt der aufgeführten Seiten, sondern von Geldzahlungen der die Seiten betreibenden Unternehmen abhängt.

Zu bedenken ist jedoch, dass dem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher mittlerweile bekannt ist, dass Website-Betreiber – insbesondere durch die Gestaltung von Metatags – die Funktion von Suchmaschinen manipulieren können und deshalb die Ergebnisse von Suchmaschinenanfragen auch Domains angeben, die mit dem Suchbegriff nur wenig oder gar nichts gemein haben.²¹ Um die mit dieser Manipulation einhergehende Beeinträchtigung des Rufs für die eigene Suchmaschine zu verhindern, sind die Betreiber von Suchmaschinen in jüngster Zeit dazu übergegangen, die Auflistung von Websites und deren Ranking davon abhängig zu machen, auf wie vielen anderen Websites Links zu der Seite eingefügt sind. Aber auch dieser Suchalgorithmus wird mittlerweile durch Websitebetreiber zu den eigenen Gunsten beeinflusst, indem in einer Vielzahl anderer Websites eine Linksetzung auf die gewünschte Website erfolgt. Dem Betreiber einer Suchmaschine kann daher in solchen Fällen der Vorwurf des unlauteren Verhaltens bei Auflistung von Verweisen auf rein werbende Websites bei einem Suchwort mit sachlichem Kontext nicht gemacht werden. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass auf Grund der Informationsflut im Internet und der Beschränktheit von Suchalgorithmen eine vollständige inhaltliche Prüfung von Websites nicht möglich ist. Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher ist sich dessen auch bewusst, sodass eine Irreführung durch Suchmaschineneinträge hinsichtlich des Werbecharakters der aufgelisteten Websites ausgeschlossen werden kann.

5. Spamming

Bei der Werbung per E-Mail, vor allem in Form der massenhaft versendeten Spam-Mails, gilt es genau zu differenzieren, ob die elektronische Post eine redaktionelle Gestaltung aufweist und damit das Trennungsgebot zu beachten ist, oder nur der kommerziellen Kommunikation dient. Sind sowohl die Begriffe im Betreff unverfänglich gefasst als auch der eigentliche Inhalt der E-Mail redaktionell gestaltet, ergeben sich keine anderen Beurteilungsgrundsätze als bei sonstiger redaktioneller Werbung. In den meisten Fällen ist jedoch bereits aus der Absenderkennzeichnung und dem Betreff der werbende Charakter der E-Mail erkennbar und der wettbewerbsrechtliche Aspekt betrifft dann die mit solchen Nachrichten verbundene Belästigung, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F.

6. Domainbezeichnung

Eine weitere Möglichkeit der Irreführung der Internetnutzer über den Charakter einer Wettbewerbshandlung könn-

te durch die Wahl einer schlagkräftigen Domainbezeichnung herbeigeführt werden, hinter der die angesprochenen Verkehrskreise sachliche und unabhängige Informationen vermuten. Ebenso wie das *OLG Hamburg* in seiner Entscheidung zur Wahl der Domainbezeichnung „mitwohnenzentrale.de“ festgestellt hat, ist jedoch davon auszugehen, dass allein der Domainbezeichnung nicht die für eine Täuschung maßgebliche Bedeutung zukommt, sondern der auf der Website vorgehaltene Inhalt entscheidend ist.²² Die Domain hat insoweit nur eine gewisse Leitfunktion, die beim Nutzer eine Erwartung hinsichtlich bestimmter durch die Domainbezeichnung suggerierter Informationen wecken kann. Eine Irreführung des Nutzers über den werbenden Charakter der Informationen erfolgt jedoch erst mit der Aufnahme der auf der Website enthaltenen Beiträge. Im Zusammenspiel von Domainbezeichnung und dahinter stehendem Internetangebot ist ein Verstoß gegen das Trennungsgebot dann anzunehmen, wenn für den Nutzer nicht erkennbar wird, dass es sich hierbei um den Internetauftritt eines Anbieters bestimmter Produkte oder Dienstleistungen handelt, sondern die Aussagen z.B. einer unabhängigen Organisation zugerechnet werden.

IV. Passivlegitimation

Im Wettbewerbsrecht gilt der allgemeine Grundsatz, dass nicht nur der Herausgeber des Beitrags, sondern auch derjenige, der an dem Verstoß mit Wettbewerbsabsicht mitgewirkt hat, für eine gegen das Verbot der Schleichwerbung verstoßende Handlung verantwortlich ist.²³ Nach § 2 Abs. 1 UWG n.F., mit dem die bisherige Rechtsprechungspraxis ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, genügt für die Haftung schon, dass der Handelnde fremden Wettbewerb fördern will und es daher ohne Belang ist, ob der Handelnde Täter, Anstifter oder bloßer Gehilfe ist.²⁴ Derjenige, der den nicht mit dem Trennungsgebot konformen Beitrag erstellt, hat nach §§ 3, 4 UWG dafür einzustehen.

1. Haftung für zu Eigen gemachte Angebote Dritter

Auf Grund der technischen Präsentationsmöglichkeiten im Internet kann ein Websitebetreiber aber auch Beiträge Dritter in das eigene Angebot mittels Link- oder Framing-Technik einfügen und sich diese damit zu Eigen machen. Durch das Setzen von Hyperlinks dürfe eine Identifizierung und damit ein Zu-Eigen-Machen mit den verlinkten fremden Inhalten noch nicht gegeben sein, da mit dem vollständigen Wechsel auf eine Website eines anderen Anbieters für den Nutzer erkennbar der Beitrag eines Dritten erfolgt. Allein, dass die Nutzer durch die Kommentierung eines Links auf Verbindungen zwischen den Betreibern der verlinkenden und verlinkten Websites schließen, macht den verlinkten Inhalt noch nicht zu einem eigenen Angebot des Linksetzenden.

Bei der Beurteilung von Einblendungen fremder Websites mittels Framing-Technik in das eigene Angebot hängt die Verantwortlichkeit des den Frame Setzenden davon ab, ob überhaupt ein Verstoß gegen das Trennungsgebot gegeben ist. Da ein solcher Verstoß beim Inline-Linking wegen der mit dieser Technik verursachten Täuschung über den Anbieter des verlinkten Internetauftritts gegeben sein kann, muss sich der Linksetzende den so geschaffenen Anschein

21) *OLG Düsseldorf* MMR 2003, 407, 408.

22) *OLG Hamburg GRUR* 2003, 1058.

23) *Baumbach/Hefermehl* (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 34.

24) *Teplitzky*, Kap. 14 Rdnr. 11.

eines eigenen Angebots zurechnen lassen, sodass beim In-line-Linking eine Haftung für die verlinkten Inhalte als zu Eigen gemachte Angebote zu bejahen ist.

Nach der mittels analoger Anwendung von § 1004 Abs. 1 BGB begründeten wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung als Mitstörer kann sich auch ein an der Verletzungshandlung Mitwirkender, der keine eigene Wettbewerbsförderungsabsicht hat, der lauterkeitsrechtlichen Haftung ausgesetzt sehen.²⁵ Bei Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Handlung eines Dritten, hier der gegen § 4 Nr. 3 UWG verstoßenden Handlung, ist die streng akzessorische Störerhaftung dann gegeben, wenn der Handelnde den Wettbewerbsverstoß des Dritten kannte und an der Verletzung willentlich und kausal mitwirkt.²⁶ Die Frage der Kenntnis beurteilt sich dabei anhand der Einhaltung von Prüfungs- und Kontrollpflichten.

2. Haftung von Diensteanbietern für fremde Inhalte

Bei Onlinewerbung wäre neben dem Ersteller des inkriminierten Beitrags auch eine Verantwortlichkeit des Informations- und Kommunikationsdiensteanbieters anzunehmen. Durch die Speicherung und/oder Zugangsvermittlung der fraglichen Informationen wirkt der Diensteanbieter an dem Wettbewerbsverstoß mit. Bei der Frage nach seiner wettbewerbsrechtlichen Verantwortung gilt es jedoch die Wertungen von TDG und MDStV, insbesondere die Haftungsprivilegien der §§ 8 ff. TDG bzw. §§ 6 ff. MDStV, zu berücksichtigen.

Den die Verantwortlichkeit begrenzenden Normen des TDG und MDStV liegt ein technisch orientierter Ansatz zu Grunde, der nach der Beteiligung verschiedener Diensteanbieter an unterschiedlichen technischen Vorgängen differenziert. Dementsprechend unterscheidet das Gesetz im Wesentlichen drei Gruppen von Vorgängen: Dies sind erstens die Speicherung eigener Informationen, zweitens die Speicherung fremder Informationen für Dritte und als dritte Kategorie die bloße Zugangsvermittlung oder Durchleitung fremder Informationen sowie die Zwischenspeicherung (Caching). Mit dieser Einteilung korrespondiert ein im Wesentlichen ebenfalls dreistufiges System der Haftungsbegrenzung:

- Für die Speicherung eigener Informationen gilt der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, sodass die Diensteanbieter insoweit nach den allgemeinen Regeln ohne weitere Begrenzung haften (§ 8 Abs. 1 TDG/§ 6 Abs. 1 MDStV).
- Für fremde Informationen, die ein Diensteanbieter lediglich für Dritte speichert, haftet er grundsätzlich erst ab Kenntnis dieser Informationen (§ 11 TDG/§ 9 MDStV).

25) BGH GRUR 1997, 473, 475 – Versierter Ansprechpartner.

26) BGHZ 14, 163 ff. – Constanze II; GRUR 1988, 829, 830 – Verkaufsfahrten II; GRUR 1991, 769, 770 – Honoraranfrage; GRUR 1990, 373, 374 – Schönheits-Chirurgie; WRP 1997, 1059, 1061 – Branchenbuch-Nomenklatur.

27) Säcker, MMR-Beilage 9/2001, 2, 3 mit Verweis auf Erwägungsgrund 42 der E-Commerce-Richtlinie, in der die Haftungsprivilegien ebenfalls mit fehlender Kenntnis und Kontrolle über bestimmte Informationen gerechtfertigt werden.

28) So schon in der Begr. zum Entwurf des IuKDG zu § 5 Abs. 2 TDG a.F., vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste IuKDG, BT-Drs. 13/7385, S. 20; zur Unmöglichkeit einer umfassenden Kontrolle der fremden Inhalte auch Tettenborn/Bender/Lübbers/Karenfort, K&R-Beilage 12/2001, 1 ff.

29) § 9 Abs. 1 Satz 2 TDG bzw. § 7 Abs. 1 Satz 2 MDStV mit entsprechenden Verweisen auf diese Ausschlussgründe in § 10 Satz 2 TDG und § 8 Satz 2 MDStV.

30) Zur Frage der positiven Kenntnis, s. BGH GRUR 2004, 74, 75.

■ Für die bloße Zugangsvermittlung zu fremden Informationen (§ 9 TDG/§ 7 MDStV) sowie das Caching scheidet eine Haftung der Diensteanbieter dagegen grundsätzlich aus (§ 10 TDG/§ 7 MDStV).

Nach der ausdrücklichen Regelung in § 8 Abs. 1 TDG und § 6 Abs. 1 MDStV sind Diensteanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Die Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Werbung liegt damit grundsätzlich bei dem Anbieter, von dessen Computer die Werbung entweder zum Abruf bereitgehalten wird oder an Nutzer versandt wird. Anders als bei fremden Informationen kennt der Diensteanbieter die durch ihn selbst bereitgehaltenen Informationen und kann diese somit auch kontrollieren. Deshalb sind eigene Informationen für den Diensteanbieter nicht mit einem besonderen Risiko behaftet und verdienen auch keine Haftungsprivilegierung.²⁷

Demgegenüber erfolgt mit der Speicherung und/oder bloßen Vermittlung des Zugangs zu fremden Informationen eine lediglich automatisierte, rein technische Durchleitung bzw. Vermittlung von Informationen. Die entsprechenden Haftungsprivilegien im TDG und MDStV berücksichtigen in diesen Konstellationen die Tatsache, dass der Diensteanbieter die fremden Inhalte nicht veranlasst hat und es ihm auf Grund der technisch bedingten Vervielfachung von Inhalten und der hierdurch folgenden Unüberschaubarkeit zunehmend unmöglich ist, alle fremden Inhalte im eigenen Dienstebereich zur Kenntnis zu nehmen und auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.²⁸

Die Haftungsprivilegierung entfällt jedoch im Umkehrschluss zu den in § 9 Abs. 1 Nr. 1–3 TDG bzw. § 7 Abs. 1 Nr. 1–3 MDStV aufgeführten Voraussetzungen der Privilegierung in den Fällen, wo der Diensteanbieter die Übermittlung selbst veranlasst hat, den Adressaten der übermittelten Informationen selbst ausgewählt hat oder die übermittelten Informationen ausgewählt oder verändert hat. In all diesen Fällen beschränkt sich die Tätigkeit des Diensteanbieters nicht auf die automatisierte, rein technische Durchleitung von Informationen. Vielmehr trifft er eigene Entscheidungen im Hinblick auf die ihm bekannten fremden Informationen, sodass die Haftungsprivilegien ihre Rechtfertigung verlieren. In diesen Fällen haftet er daher für die fremden Informationen voll, so als würde es sich um eigene Informationen handeln. Ähnliche Beurteilungsgrundsätze gelten auch für die Betreiber von Proxy-Cache-Servern. Die Haftungsbegrenzung findet dabei – ähnlich der Beurteilung bei der Vermittlung des Zugangs zu den Informationen – ihre Grenze, sobald die Beteiligung des Diensteanbieters die automatisierten, rein technischen Vorgänge überschreitet und er eigene Entscheidungen in Bezug auf die fraglichen Informationen trifft oder sobald er bestimmte Sorgfaltsanforderungen nicht beachtet, § 10 TDG bzw. § 8 MDStV. Schließlich scheidet eine Haftungsprivilegierung aus, wenn Diensteanbieter und Nutzer absichtlich zusammenarbeiten, um eine rechtswidrige Handlung zu begehen.²⁹

Abgesehen von diesem auf Grund kollusiven Zusammenwirkens eindeutigen Fall hängt die Haftung grundsätzlich von der positiven Kenntnis des Diensteanbieters von einer rechtswidrigen Handlung oder Information ab.³⁰ Eine Untersuchungs- und Nachforschungspflicht zur Vermeidung von Wettbewerbsverstößen durch gespeicherte und/oder übermittelte fremde Informationen trifft den Diensteanbieter grundsätzlich nicht. Diese in § 8 Abs. 2 TDG und § 6 Abs. 2 MDStV wegen der mit der Informationsflut im On-

linebereich einhergehenden Unüberschaubarkeit geregelt Haftungsbeschränkung hat der *BGH* nochmals klargestellt.³¹ Den zuvor geführten Diskussionen über Art und Umfang von Kontroll- und Prüfungspflichten ist mit dieser Entscheidung der Boden entzogen worden.³²

In der die Prüfungs- und Kontrollpflichten von Onlinediensten betreffenden Entscheidung hatte der *BGH* über die Haftung des Internetauktionshauses *ricardo.de* für die Veranstaltung von Fremdversteigerungen von gefälschten Uhren der Marke Rolex zu urteilen. Die Entscheidung stellt das Haftungssystem von TDG und MDStV in Frage. Aus dem Urteil des *BGH* geht hervor, dass nach Auffassung des *Gerichts* das Haftungsprivileg des TDG nur bei Schadensersatzansprüchen, nicht jedoch bei einem Unterlassungsanspruch eingreifen soll.³³ Die Ansicht des höchsten deutschen Zivilgerichts steht somit im Widerspruch zum insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut von TDG und MDStV und dem hinter der Haftungsprivilegierung stehenden Gedanken. Betrachtet man das Verhältnis von Unterlassungs- zu Schadensersatzansprüchen und die hieraus folgenden unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen, so ist die Urteilsbegründung auch aus rechtstechnischer Sicht nicht nachvollziehbar. Das haftungsauslösende Moment von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen liegt in der Zuwiderhandlung gegen Verbote, wobei der Schadensersatzanspruch zusätzlich noch ein Verschulden hinsichtlich des rechtsverletzenden Verhaltens voraussetzt. Wenn entsprechend den Regelungen von TDG und MDStV in bestimmten Fällen ein ansonsten einen Schadensersatzanspruch begründendes Verhalten keine Verantwortlichkeit begründen soll, so fehlt es mangels rechtsverletzenden Verhaltens auch an einer Grundlage für die Begründung eines Unterlassungsanspruchs.³⁴ Zudem setzt ein Schadensersatzanspruch grundsätzlich ein vorwerfbares Verhalten des Inanspruchgenommenen bezüglich der rechtsverletzenden Handlung voraus, wohingegen der Unterlassungsanspruch grundsätzlich nur eine Rechtsverletzung unabhängig von einem Verschuldensvorwurf erfordert. Nach Ansicht des *BGH* wäre jedoch der weniger gewichtige Unterlassungsanspruch nicht vom Haftungsprivileg erfasst. Quintessenz des Urteils wäre daher, dass schuldhaftem Handeln über die Anwendung der Haftungsprivilegierung ein geringerer Unwertgehalt beigegeben wird als dem weder auf Grund von Fahrlässigkeit geschweige denn von Vorsatz verursachten Unterlassungsanspruch. Die Entscheidung widerspricht daher nicht nur dem eindeutigen Gesetzeswortlaut und gesetzgeberischen Willen, sondern ist auch aus dogmatischen Gründen nicht haltbar. Bei der Haftung eines Diensteanbieters für fremde Inhalte wegen Verstoßes gegen das Verbot der Schleichwerbung sind daher die haftungsprivilegierenden Regelungen des TDG und MDStV heranzuziehen, sodass in diesen Fällen die Haftung auf die Fälle positiver Kenntnis der Informationen oder der nicht erfolgten Sperrung der Inhalte trotz Kenntnis dieser und technisch möglicher sowie zumutbarer Maßnahmen zur Sperrung zu beschränken ist.

Neben den rechtsdogmatischen Fragen, die die Entscheidung aufwirft, ergeben sich auch Zweifel in verfahrensrechtlicher Hinsicht. So hatte bereits der *VI. Zivilsenat des BGH* im September 2003 zur Auslegung der Haftungsregeln des TDG entschieden, dass diese Normen haftungs-

begründender Natur sind.³⁵ Die Beschränkung des Haftungsprivilegs auf Schadensersatzansprüche durch den *I. Zivilsenat* in seiner Entscheidung zur Haftung des Internetauktionshauses *ricardo.de* stellt insoweit eine abweichende Entscheidung von der bereits zuvor durch den *VI. Zivilsenat* entschiedenen Rechtsfrage der Einordnung der Haftungsprivilegien des TDG in das allgemeine Haftungssystem dar. Es hätte somit einer Vorlage an den *Großen Senat für Zivilsachen* nach § 132 GVG zur Klärung der offensichtlich divergierenden Rechtsansichten der beiden Zivilsenate bedurft.

Letztlich müsste eine Haftung des Diensteanbieters als Mitstörer zumindest über die allgemeinen Grundsätze zur Störerhaftung in den allermeisten Fällen auszuschließen sein, da es dem Diensteanbieter oftmals an der positiven Kenntnis derjenigen Tatsachen, aus denen sich ein Verstoß gegen § 4 Nr. 3 UWG ergibt, mangelt. Bei der Bestimmung der insoweit maßgeblichen Kontroll- und Prüfungspflichten ist der Aspekt des automatischen Verfahrens bei Speicherung und/oder Vermittlung des Zugangs zu den Daten zu beachten,³⁶ sodass grundsätzlich keine entsprechenden Pflichten anzunehmen sind.

3. Beweislastfragen

Gilt es die Haftungsprivilegien des TDG und MDStV i.R.d. wettbewerbsrechtlichen Haftung zu berücksichtigen, stellt sich auch die Frage nach der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich dieser haftungsbegründenden Normen.³⁷ Die in der Literatur³⁸ umstrittene Frage hat der *BGH* nunmehr dahingehend geklärt, dass den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trifft, dass der In-Anspruch-genommene positive Kenntnis von dem Inhalt der beanstandeten Website hatte.³⁹ Den Verletzten bzw. nach § 8 Abs. 3 UWG Anspruchsberechtigten treffen somit erhöhte Anforderungen bei Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen sowie beim Gewinnabschöpfungsanspruch.

V. Fazit

Das neue UWG hat mit der ausdrücklichen Regelung des Tatbestands der Schleichwerbung und des Trennungsgebots auch für den Bereich der neuen Medien Klarheit gebracht. Das Trennungsgebot wird in seiner Wirkung für Internetdienste immer noch unterschätzt. Dies gilt gerade auch auf dem Hintergrund der neuesten Rechtsprechung des *BGH* in Sachen *Ricardo*, die zu einer Verschärfung der Verantwortlichkeiten von Host-Providern führt. Insofern kann man auf die weitere Entwicklung in der UWG-Entscheidungspraxis sehr gespannt sein.

31) *BGH*, U. v. 11.3.2004 – I ZR 304/01.

32) Zu den einzelnen Meinungen *Leupold/Rücker*, in: Wiebe, Recht der elektronischen Datenbanken, Teil IV D X Rdnr. 142 ff.

33) *BGH* MMR 2004, 668 m. Anm. Hoeren – in diesem Heft.

34) Entsprechend der Begründung zu § 5 MDStV a.F. handelt es sich bei dem Haftungsprivileg um eine haftungsbegründende und nicht lediglich haftungsbeschränkende Norm, *epd-medien* 1997, Nr. 48, S. 28.

35) *BGH* MMR 2004, 166 m. Anm. Hoeren.

36) *LG Hamburg* MMR 2004, 195, 197.

37) *Allg. Pankoke*, MMR 2004, 211 ff., m.w.Nw.

38) Für die Beweislastverteilung zu Lasten des Verletzers s. *Spindler*, NJW 1997, 3193, 3198; *Körner/Lehment* (o. Fußn. 13), Kap. 11.1 Rdnr. 188.

39) *BGH* MMR 2004, 166 m. Anm. Hoeren.