

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 15 U 22/21
416 HKO 142/20
LG Hamburg

Verkündet am 09.12.2021

■■■■: JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V., gesetzlich vertreten durch den Vorstand
Frau Cornelia Tausch, Paulinenstraße 47, 70178 Stuttgart

- **Kläger und Berufungskläger** -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **BSB Quack Gutterer Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB**, Alexander-
straße 9b, 70184 Stuttgart, ■■■■

gegen

Exporo Investment GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer ■■■■ Am Sand-
torkai 70, 20457 Hamburg

- **Beklagte und Berufungsbeklagte** -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ■■■■ **Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Planckstraße 23, 37073 Göttin-
gen, ■■■■

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 15. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dörffler, die Richterin am Oberlandesgericht Blömer und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hewicker auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28.10.2021 für Recht:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19.1.2021, Az. 416 HKO 142/20, teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
 1. Der Beklagten wird untersagt, auf der Webseite eines Dritten, wo Verbrauchern der Vergleich von Festgeldkonten angeboten wird, unmittelbar vor diesem Vergleich für eine von der Beklagten angebotene „Festgeld-Alternative“ (Immobilien-Investment) zu werben bzw. werben zu lassen, ohne dabei den kommerziellen Zweck dieser Werbung

hinreichend deutlich zu machen bzw. deutlich machen zu lassen, wie unterblieben nach Anlage K 7.

2. Der Beklagten wird weiter untersagt, gegenüber Verbrauchern für ein von der Beklagten angebotenes Immobilien-Investment zu werben bzw. werben zu lassen, wenn die vom Verbraucher geleistete Investitionssumme durch Mieteinnahmen refinanziert werden soll, und

- a) bei der Werbung zu behaupten bzw. behaupten zu lassen, es handele sich bei diesem Investment um eine „sachwertgesicherte Festgeld-Alternative“, wie geschehen nach Anlage K 7, Seite 1,

und/oder

- b) mit der Darstellung „6,00% + 50 € Bonus sichern“ zu werben bzw. werben zu lassen, wenn die Beklagte lediglich eine Ausschüttungsrendite von ca. 4,5 % p.a. bzw. eine Gesamtrendite von ca. 5,5 % p.a. in Aussicht stellt, wie geschehen nach Anlagen K 7, Seite 1, und K 4.

3. Der Beklagten wird weiter untersagt, mit einem Siegel über eine angebliche „Kundenauszeichnung“ zu werben bzw. werben zu lassen, ohne dabei die Quelle/Fundstelle anzugeben bzw. angeben zu lassen, unter der sich der Verbraucher über die Richtigkeit und den Umfang der „Kundenauszeichnung“ informieren kann, wie geschehen gemäß Anlagen K 7, Seite 1, und K 4, Seite 3.

4. Der Beklagten wird für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die in Ziffern 1. – 3. genannten Verbote ein Ordnungsgeld von bis zu € 250.000,- (ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Wochen) bzw. eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Beklagten, angedroht.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer I.1. durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 30.000,- abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Die Vollstreckung zu Ziffer II. kann die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung irreführender Handlungen in einer Werbeanzeige in Anspruch, die auf der Seite www.vergleich.de erscheinen ist.

Der Kläger ist eine in die beim Bundesamt für Justiz gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG geführte Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragene Verbraucherzentrale. Die Beklagte betreibt eine Internetdienstleistungsplattform, die es Immobiliengesellschaften und Projektentwicklern ermöglicht, ihre Kapitalanlagen einem breiten Anlegerpublikum vorzustellen und vermittelt den Abschluss von Finanzierungsverträgen der Anleger mit Projektentwicklern.

Die Beklagte ließ im Juli 2020 eine Anzeige für eines der von ihr vermittelten Produkte auf der Webseite vergleich.de wie aus der Anlage K 7 ersichtlich veröffentlichen. Der Kläger war erstinstanzlich der Ansicht, dass die Anzeige ohne klare Kennzeichnung als Werbung gegen § 5 a Abs. 6 UWG verstoße. Die Beklagte war der Ansicht, dass sie nicht passiv legitimiert sei, da allein die Betreiberin der Website verantwortlich für die Aufmachung der Seite und die Gestaltung der streitgegenständlichen Werbung sei. Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage mit den Anträgen zu Ziffer 2. und 3. stattgegeben und die Klage mit dem allein in der Berufung anhängigen Antrag zu Ziffer 1. abgewiesen. Zur Begründung der Klagabweisung hat es ausgeführt, dass ein Anspruch des Klägers mangels Passivlegitimation der Beklagten nicht bestehe. Nicht die Beklagte sei verantwortlich für die äußere Gestaltung der Anzeige, sondern allein die Betreiberin der Website. Eine Passivlegitimation folge auch nicht aus § 8 Abs. 2 UWG, da die Betreiberin der Webseite vergleich.de nicht in den Betrieb der Beklagten eingebunden sei, sodass es an der Möglichkeit einer bestimmenden Einflussnahme auf die Anzeigenveröffentlichung durch die Beklagte fehle.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers. Zu ihrer Begründung trägt der Kläger vor:

Es könne dahingestellt bleiben, inwieweit die angegriffene Werbung eine eigene Handlung der Beklagten darstelle, da ihre Haftung jedenfalls aus § 8 Abs. 2 UWG folge. Das Landgericht habe mit seiner Argumentation die Vorgaben des BGH an eine ausreichende Möglichkeit des Auftraggebers zur Einflussnahme auf den Auftragnehmer überspannt. Nach der Rechtsprechung des BGH sei § 8 Abs. 2 UWG weit auszulegen. Nach der Entscheidung vom 7.10.2009 (I ZR 109/06 – Partnerprogramm) ändere die Auslagerung einer bestimmten Gewerbetätigkeit nichts an der lauterkeitsrechtlichen Haftung, solange jedenfalls der Unternehmer, dem die Tätigkeit dieser Auslagerung wirtschaftlich zugutekommt, einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss geltend machen könne. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senates sei diese Rechtsprechung auch auf eine Werbepartnerschaft anzuwenden. Im vorliegenden Fall seien beide Voraussetzungen für eine Haftung im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG, nämlich der wirtschaftliche Erfolg der Geschäftspraxis für den Auftraggeber einerseits und der Beherrschbarkeit durch ihn andererseits, erfüllt. Die streitgegenständliche Anzeige verfolge offensichtlich den Zweck der Anpreisung der Dienstleistungen der Beklagten. Als Auftraggeberin der Betreiberin der Website vergleich.de sei die Beklagte auch in der Lage gewesen, ihren Einfluss geltend zu machen. Dies werde dadurch belegt,

dass die Beklagte auf ihrer eigenen Website damit werbe, dass ihr Produkt von der Seite vergleich.de empfohlen werde. Daraus sei ersichtlich, dass die Beklagte selbst die Werbung bestimmt und platziert habe.

Die Differenzierung des Landgerichtes danach, ob es um den Inhalt der Werbeanzeige gehe oder „nur“ um deren Gestaltung, finde weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung des BGH eine Stütze. Zwar hafte für die äußere Gestaltung der Anzeige unter Umständen der Betreiber des Portals vergleich.de. Daneben hafte dafür aber auch die Beklagte gemäß § 8 Abs. 2 UWG. Das Landgericht habe den Vortrag des Klägers dazu, dass die angegriffene Werbung und auch ihre Platzierung auf der fremden Website auf Vorgaben der Beklagten beruhe, übergangen. Zwischen der Beklagten und der Gesellschaft für Verbraucherinformation mbH, die die Website vergleich.de betreibt (im Folgenden: Gesellschaft vergleich.de) bestehe eine bezahlte Werbepartnerschaft. Dies sei ein klassischer Anwendungsfall des § 8 Abs. 2 UWG. Ob die Beklagte tatsächlich an der Gestaltung der Anzeige beteiligt gewesen sei, spiele entgegen der Auffassung des Landgerichts keine Rolle. Entscheidend sei nach der Rechtsprechung des BGH, dass die Beklagte jedenfalls in der Lage gewesen sei, als Auftraggeberin nicht nur auf den Inhalt Einfluss zu nehmen, sondern auch auf die Gestaltung.

Der kommerzielle Zweck der Anzeige sei auch für den Verbraucher nicht auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar, sodass ein Verstoß gegen § 5a Abs. 6 UWG vorliege.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 19.1.2021 (Az. 416 HKO 142/20) im Kostenpunkt aufzuheben und im Übrigen neu zu fassen wie folgt:

1. Der Beklagten wird untersagt, auf der Webseite eines Dritten, wo Verbrauchern der Vergleich von Festgeldkonten angeboten wird, unmittelbar vor diesem Vergleich für eine von der Beklagten angebotene „Festgeld-Alternative“ (Immobilien-Investment) zu werben bzw. werben zu lassen, ohne dabei den kommerziellen Zweck dieser Werbung hinreichend deutlich zu machen bzw. deutlich machen zu lassen, wie unterblieben nach Anlage K 7.
2. Der Beklagten wird weiter untersagt, gegenüber Verbrauchern für ein von der Beklagten angebotenes Immobilien-Investment zu werben bzw. werben zu lassen, wenn die vom Verbraucher geleistete Investitionssumme durch Mieteinnahmen refinanziert werden soll, und
 - a) bei der Werbung zu behaupten bzw. behaupten zu lassen, es handele sich bei diesem Investment um eine „sachwertgesicherte Festgeld-Alternative“, wie geschehen nach Anlage K 7, Seite 1, und/oder
 - b) mit der Darstellung „6,00% + 50 € Bonus sichern“ zu werben bzw. werben zu lassen, wenn die Beklagte lediglich eine Ausschüttungsrendite von ca. 4,5 % p.a. bzw. eine Gesamtrendite von ca. 5,5 % p.a. in Aussicht stellt, wie geschehen nach Anlagen K 7, Seite 1, und K 4.
3. Der Beklagten wird weiter untersagt, mit einem Siegel über eine angebliche „Kundenauszeichnung“ zu werben bzw. werben zu lassen, ohne dabei die Quelle/Fundstelle anzugeben bzw. angeben zu lassen, unter der sich der Verbraucher über die Richtig-

keit und den Umfang der „Kundenauszeichnung“ informieren kann, wie geschehen gemäß Anlagen K 7, Seite 1, und K 4, Seite 3.

4. Der Beklagten wird für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung gegen die in Ziffern 1. – 3. genannten Verbote ein Ordnungsgeld von bis zu € 250.000,- (ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Wochen) bzw. Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an den Geschäftsführern der Beklagten, angedroht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurück zu weisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres bisher gehaltenen Vortrags und trägt vor: Die Beklagte habe nur Einfluss auf die Gestaltung des weiß unterlegten Banners, nicht jedoch auf die Gestaltung des übrigen Teils der Internetseite. Hierzu würde insbesondere der gesamte hellblau hinterlegte Teil, in dem die Kennzeichnung der Werbung durch den Begriff „Anzeige“ erfolge, gehören. Dies ergebe sich schon aus einem Vergleich mit anderen Anzeigen auf der Seite, die genau so aufgebaut seien wie die Werbung der Beklagten. Eine Haftung der Beklagten gemäß § 8 Abs. 2 UWG komme nicht in Betracht, weil die Gesellschaft vergleich.de nicht in die Geschäftsorganisation der Beklagten eingebunden sei. Die Beklagte habe auf der Internetseite dieser Gesellschaft ausschließlich eine Werbeanzeige geschaltet. Die reine Schaltung einer Anzeige führe aber nicht zu einer Eingliederung in eine Geschäftsorganisation. Etwas anderes folge auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 7.10.2009 (I ZR 109/06), da die Gesellschaft vergleich.de – anders als in dem der BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Fall – nicht Bestandteil eines Partnerprogramms der Beklagten sei. Die Gesellschaft vergleich.de sei auch nicht ständig mit Werbung für die Beklagte beauftragt und es seien von ihr keine Dienstleistungen erbracht worden, die zu einer Eingliederung der Gesellschaft in die Geschäftsabläufe der Beklagten geführt haben. Darüber hinaus habe die Beklagte keinen Einfluss auf die Kenntlichmachung der Werbung als Anzeige nehmen können, insbesondere nicht auf die Größe und farbliche Gestaltung des Wortes „Anzeige“, die allein von der Gesellschaft „Vergleich.de“ festgelegt werde.

Für den weiteren Sach- und Streitstand wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

Dem Kläger steht ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte gemäß § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 3 Abs. 1 und § 5a Abs. 6 UWG zu.

(1)

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG kann bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer eine nach § 3 UWG unlautere geschäftliche Handlung vornimmt. Gemäß § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das

Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der Anspruch steht gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG den nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragenen qualifizierten Einrichtungen zu.

Der Kläger ist unstreitig aktiv legitimiert gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG. Die Veröffentlichung der Anzeige ist eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Ziffer 1 UWG und auch die Wiederholungsgefahr liegt unproblematisch vor. Ist es zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr (st. Rspr., vgl. nur BGH GRUR 2002, 717, 719). Diese Vermutung kann im Allgemeinen dadurch widerlegt werden, dass der Verletzer eine bedingungslose und unwiderrufliche Unterlassungsverpflichtungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgibt (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2008, 1108, Rn 23). Dies ist nicht erfolgt.

(2)

Gemäß § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter i.S.v. § 3 Abs. 1 UWG, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich gemacht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

a)

Mit der Anzeige verfolgt die Beklagte einen kommerziellen Zweck. Der kommerzielle Zweck der Anzeige ergibt sich schon daraus, dass es sich bei der Veröffentlichung um eine geschäftliche Handlung handelt (Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 5 a, Rn 7.23).

b)

Der kommerzielle Zweck der Werbung wird nicht kenntlich gemacht, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass der Verbraucher ihren kommerziellen Zweck nicht klar und eindeutig erkennen kann (Köhler a.a.O. Rn. 7.24). Dabei ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und es sind alle tatsächlichen Umstände, sowie die Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmittels zu berücksichtigen. Gemäß § 3 Abs. 4 S. 1 UWG ist für die Beurteilung die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers maßgebend. Wird die Werbung in einen redaktionellen Beitrag eingebettet, sind an die Kennzeichnung als Werbung hohe Anforderungen zu stellen (OLG München, Urteil vom 17. 9. 2009, 29 U 3337/09) und es muss für den Leser bereits auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel und nicht erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags erkennbar sein, dass es sich der Sache nach um Werbung handelt (BGH GRUR 2013, 644, Rn. 21 – Preisrätselgewinnauslobung V; BGH, Urteil vom 6.2.2014, I ZR 2/11, Rn. 30 – Good News II).

Nach diesen Grundsätzen wird bei der streitgegenständlichen Werbung der kommerzielle Zweck nicht hinreichend deutlich gemacht. Die Werbung befindet sich auf der Internetseite vergleich.de/Geldanlage/FestgeldVergleich. Die Verbraucher suchen diese Seite auf, um sich über verschiedene Anlagemöglichkeiten für Festgeld zu informieren. Sie erwarten – vergleichbar mit einem redaktionellen Inhalt – eine objektiv-kritische, nicht von fremden unternehmerischen Interessen geleitete Information in Form eines Vergleichs verschiedener Angebote. Dem folgend wird dem Verbraucher in der Überschrift in größerer Schrift und fett gedruckt mitgeteilt: „Hier finden Sie das Festgeldkonto mit den besten Zinsen“. Die Erwartung des Verbrauchers ist deshalb auf ge-

nau diese Information ausgerichtet. Unmittelbar darunter und vor dem eigentlichen Vergleich der Festgeldmöglichkeiten befindet sich – in Abweichung von der Ankündigung in der Überschrift - die Anzeige der Beklagten mit dem Titel: „Sachwertgesicherte Festgeld-Alternative“ und dem sehr groß gedruckten und deshalb ins Auge springenden „6,00%“.

Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von reinen Anzeigenseiten in Tageszeitungen, auf die der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung abgestellt hat. Denn dort ergibt sich aus dem Kontext, dass es sich – unabhängig davon, ob diese so gekennzeichnet sind – um Werbung/Anzeigen handelt. Vorliegend erfolgt aber eine Einbettung der Anzeige der Beklagten in eine – aus Sicht des Verbrauchers – möglichst neutrale Gegenüberstellung von diversen Festgeldanlagemöglichkeiten. Hier erwartet der Verbraucher keine Werbung für ein völlig anderes Finanzprodukt, sondern hält dies für einen Teil des versprochenen Vergleichs. Und diesen Effekt will sich die Beklagte zu Nutze machen, indem sie den Text ihrer Anzeige (sachwertgesicherte Festgeldalternative) auf das Umfeld, in dem die Anzeige geschaltet wird, anpasst. Die Beklagte macht sich den Vergleich ihrer Werbepartnerin für ihre eigenen kommerziellen Zwecke zu Nutze.

Dass es sich hierbei nicht bereits um den von dem Webseitenbetreiber versprochenen Vergleich, sondern Werbung handelt, wird zwar durch das Wort „Anzeige“ oben rechts über der Werbung kenntlich gemacht. Auch ist dieses Wort in schwarzer Schrift auf hellblauem Grund geschrieben und hebt sich gegen die weiß unterlegte Anzeige ab. Wird auf die Werbung durch das Wort „Anzeige“ hingewiesen, muss der Hinweis nach Schriftart, Schriftgröße, Platzierung, Kontrast und Begleitumständen ausreichend deutlich sein, um eine Irreführung zu vermeiden (BGH GRUR 1996, 791, 792 – Editorial II). Dies ist vorliegend nicht gegeben. Das Wort „Anzeige“ ist in so kleiner Schrift gehalten, dass der durchschnittlich informierte, situationsadäquat aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher - dessen Verständnis der Senat, dessen Mitglieder zu dem angesprochenen Verkehrskreis gehören, aus eigener Kenntnis beurteilen kann - es auf den ersten Blick nicht zur Kenntnis nimmt. Hierbei ist auf den Gesamteindruck der Anzeige abzustellen, insbesondere die graphische und farbliche Gestaltung (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.10.2009, 4 U 31/08, Rn. 21). Dieser ist geprägt von der sehr groß geschriebenen in dunkelblau gehaltenen Angabe „6,00%“ auf der linken Seite des Werbebanners, wodurch der Blick des Verbrauchers in erster Linie hierauf gerichtet ist und nicht auf die rechte Seite des Banners, an dem sich das Wort „Anzeige“ befindet. Weiterhin farbig – auffällig in rot – ist der Link „mehr Informationen“ in der Mitte unten des Banners angebracht und das in gold/grün gedruckte Bild für eine Kundenauszeichnung „eKomi“ auf der rechten Seite des Banners. Die übrigen Informationen in dem Banner sind in schwarz oder blau gedruckt bzw. farbig unterlegt („Crowdinvesting in Immobilien“) und in einer mittelgroßen Schrift gehalten. Gegenüber diesen aufgrund ihrer Größe und farbigen Gestaltung auffallenden Informationen, fällt die Angabe „Anzeige“ die in schwarz und deutlich kleiner als die Angaben in dem Banner gehalten ist, nicht ausreichend auf. Die Größe der Angabe „Anzeige“ ist abhängig von den weiteren Angaben in der Anzeige und muss umso größer sein, desto auffälliger die weiteren Angaben im Vordergrund stehen. Dieser Anforderung wird die streitgegenständliche Angabe nicht gerecht.

c)

Der kommerzielle Zweck der Anzeige ergibt sich nicht unmittelbar aus den Umständen. Dabei genügt zwar, dass sich der kommerzielle Zweck bereits aus dem Zusammenhang ergibt. Der Verbraucher muss jedoch auch insoweit auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen kön-

nen, dass der Handlung ein kommerzieller Zweck zugrunde liegt. (Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 5 a Rn. 7.25; BGH GRUR 2013, 644 Rn. 21 – Preisrätselfgewinnauslobung V).

Danach ergibt sich vorliegend der kommerzielle Zweck der Anzeige nicht unmittelbar aus den Umständen. Denn die Anzeige ist eingebettet in Angaben eines Vergleichsportals über „das Festgeldkonto mit den besten Zinsen“. Der Internetnutzer, der diese Seite aufsucht, erwartet dementsprechend eine Aufstellung verschiedener Anbieter von Festgeldkonten, nicht aber Werbung für eine völlig andere Anlageform. Die Einbettung der Anzeige in diesen Vergleich führt dazu, dass der Verbraucher den werblichen Charakter der Angaben aus den Umständen nicht erkennt. Das Wort „Anzeige“ über dem weißen Kasten führt - wie schon dargelegt – aus der Irreführung nicht heraus.

d)

Das Nichtkenntlichmachen ist geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte.

Als geschäftliche Entscheidungen gelten nicht nur die in § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG aufgeführten Entscheidungen des Verbrauchers, sondern auch solche, die mit einer Entscheidung im Sinne dieser Norm unmittelbar zusammenhängen (Köhler in: Köhler/ Bornkamm/Feddersen, a.a.O. § 5a UWG, Rn. 7.28). Deshalb liegt eine geschäftliche Entscheidung auch im Aufsuchen einer Internetseite, wenn der Verbraucher dazu in einer Werbeanzeige veranlasst wird, damit er dort die beworbenen Waren bestellt oder sich näher damit befasst (BGH WRP 2018, 65, Rn. 19,23 – Mein-Paket.de II; BGH WRP 2019, 874 Rn. 29 – Energieeffizienzklasse III).

Unstreitig gelangt der Verbraucher bei der Anzeige der Beklagten über den Button „mehr Informationen“ zur Website der Beklagten (vgl. Anlage K 4). Damit trifft er bereits durch das Anklicken eine geschäftliche Entscheidung, zu der er durch den falschen Eindruck, es handele sich um eine von dem Vergleichsportal empfohlene Festgeldanlage, verleitet wird.

e)

Die Beklagte ist für die Anzeige verantwortlich und passiv legitimiert für den geltend gemachten Anspruch. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte bereits als Täterin oder Teilnehmerin für die Anzeige insgesamt haftet. Denn die Beklagte muss sich ein wettbewerbswidriges Verhalten der Verantwortlichen der Gesellschaft vergleich.de gemäß § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen.

Gemäß § 8 Abs. 2 UWG ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet, wenn die Zuwiderhandlung in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen wurde.

Beauftragter ist jeder, der, ohne Mitarbeiter zu sein, für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Rechtsverhältnisses tätig ist. Er muss aber in die betriebliche Organisation dergestalt eingegliedert 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 (BGH, 07.10.2009, I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 21 ff. – Partnerprogramm; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 8 Rn. 2.41). Ob der Unternehmensinhaber von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, ist unerheblich (BGH,

28.10.2010, I ZR 174/08, GRUR 2011, 543 Rn. 11 – Änderung der Voreinstellung III). Ausreichend ist es, dass sich der Unternehmensinhaber einen solchen Einfluss sichern konnte und musste (BGH, 07.10.2009, I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 21 ff. – Partnerprogramm). Unterlässt er dies, handelt er auf eigenes Risiko (Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 8 Rn. 2.41).

Der Unternehmensinhaber haftet daher gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße (BGH, 07.10.2009, I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 21 ff. – Partnerprogramm). Nach § 8 Abs. 2 UWG werden dem Unternehmensinhaber Zuwiderhandlungen seiner Beauftragten wie eigene Handlungen zugerechnet, weil die arbeitsteilige Organisation des Unternehmens die Verantwortung für die geschäftlichen Tätigkeiten nicht beseitigen soll. Der Unternehmensinhaber, dem die Geschäftstätigkeit seiner Beauftragten zugutekommt, soll sich bei seiner Haftung nicht hinter dem von ihm abhängigen Dritten verstecken können (BGH, 07.10.2009, I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 21 ff. – Partnerprogramm).

Der Begriff des Beauftragten i.S.d. § 8 Abs. 2 UWG ist weit auszulegen (BGH, 07.10.2009, I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 21 ff. - Partnerprogramm; Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 8 Rn. 2.32 und 2.34). § 8 Abs. 2 UWG regelt den Unterlassungsanspruch gegen den Unternehmensinhaber im Sinne einer Erfolgshaftung ohne Entlastungsmöglichkeit. Die Haftung rechtfertigt sich daraus, dass der Unternehmer durch den Einsatz von Beauftragten seinen Geschäftskreis erweitert, damit zugleich das Risiko von Zuwiderhandlungen schafft und die Vorteile der arbeitsteiligen Organisation in Anspruch nimmt (Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl. 2020 § 8 Rn. 2.33 m.w.N.).

Der innere Grund für die Zurechnung der Geschäftstätigkeit des Beauftragten liegt vor allem in einer dem Betriebsinhaber zugutekommenden Erweiterung des Geschäftsbetriebs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs durch den Betriebsinhaber. Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben.

Zu den Beauftragten im Sinne des § 8 Abs. 2 UWG können Affiliates gehören, also Internet-Werbepartner, ebenso wie Laienwerber und Werbeagenturen (Köhler/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 8 Rn. 2.45 m.w.N.). Dabei hat der BGH in seiner Entscheidung Partnerprogramm (Urteil vom 7.10.2009, I ZR 109/06) auch darauf abgestellt, dass den Affiliates für jeden Besucher, der über den Link zu dem Unternehmen gelangt und mit diesem einen Geschäftsabschluss tätigt, eine Provision gezahlt wird.

Bei Anwendung dieser Maßstäbe handelt es sich bei der Gesellschaft vergleich.de um einen Beauftragten der Beklagten im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG. Die Gesellschaft vergleich.de wird im Auftrag der Beklagten tätig, indem sie eine Anzeige für sie veröffentlicht. Der Erfolg der Werbung kommt der Beklagten zu Gute, da Kunden entweder auf ihre Internetseite geleitet werden und dort direkt einen Vertrag mit der Beklagten abschließen oder die Aufmerksamkeit der Kunden erlangt wird, so dass diese später auf das Angebot der Beklagten zurückkommen.

Die Beklagte hat einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die beanstandete Werbung der Gesellschaft vergleich.de. Die Beklagte hat die Gesellschaft vergleich.de unstreitig mit der Schaltung der Anzeige gegen Zahlung eines Entgelts beauftragt, steht also in einer vertraglichen Beziehung mit dieser. In der Anzeige gibt es einen Link „mehr Informationen“ über den man direkt zu der Webseite der Beklagten gelangt.

Der BGH hat in der Entscheidung Partnerprogramm (GRUR 2009, 1167 Rn. 24) darauf abgestellt, dass die dortige Beklagte für jeden Besucher der Internetseite des Werbepartners, der über einen Link zur Beklagten gelangte und bei dieser einkaufte, eine Werbeprovision zahlte. „Nach dieser Ausgestaltung des Partnerprogramms waren die Werbepartner in der Weise in die betriebliche Organisation der Beklagten eingegliedert, dass der Erfolg der Werbung der Werbepartner der Beklagten zugute kam. Die Werbepartner hatten es nicht nur übernommen, durch einen Hinweis auf ihrer eigenen Website für die Beklagte und deren Angebot zu werben. Sie hatten es außerdem durch Bereitstellung eines Links zu der Internetseite der Beklagten ermöglicht, dass Interessenten unmittelbar auf das Angebot der Beklagten zugreifen konnten.“ Weiter stellte der BGH darauf ab, dass die dortige Werbepartnerschaft auf Dauer angelegt war und der Werbepartner Zugang zu einem internen Partnerbereich des werbenden Unternehmens erhielt, wo ihm weitere Dienste zur Verfügung gestellt wurden, wie zum Beispiel der Zugriff auf die Datenbank der dortigen Beklagten. Entsprechend haben das OLG Köln und auch der erkennende Senat in mehreren Entscheidungen das Vorliegen einer Beauftragung im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG ebenfalls bei einem Affiliate-Verhältnis angenommen (OLG Köln, OLGR Köln 2008, 531 – Nova Nutria; OLG Köln, Urteil vom 18.10.2013, 6 U 36/13 – Typosquatting durch Affiliates; HansOLG Hamburg, Urteil vom 16.4.2020, 15 U 124/19). Trotz dieser Abweichungen im Tatsächlichen ist die Sachverhaltskonstellation mit der vorliegenden vergleichbar.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass ihr von der Gesellschaft vergleich.de der Anzeigenbereich zur Verfügung gestellt wird und sie über den Inhalt des weißen Kastens hinaus keinen weiteren Einfluss auf die Anzeigengestaltung habe. Damit bestimmt die Gesellschaft vergleich.de jedoch zumindest die Platzierung der Anzeige: Sie entscheidet darüber, dass die Anzeige am Anfang des Vergleiches für Festgeldanlagen steht bzw. die Beklagte bucht den ihr von der Firma dort angebotenen Werbeplatz. Damit reduziert sich die Tätigkeit der Werbepartnerin nicht auf das reine Platzieren einer Anzeige. Vielmehr bietet sie der Beklagten einen Anzeigenplatz an, der zu ihrem Werbeslogan „Sachwertgesicherte Festgeld-Alternative“ passt, dem dadurch ein besonderes Gewicht verliehen wird und übernimmt auf diese Art und Weise die Aufgabe der Beklagten, ihre Werbung an einer möglichst geeigneten Stelle auf der Internetseite der Gesellschaft vergleich.de zu schalten. In diesem Punkt kommt die Tätigkeit der Werbepartnerin besonders der Beklagten zugute, da auf diese Art und Weise Kunden, die eine Festgeldanlage suchen, auf die Seite der Beklagten geleitet werden können, obwohl diese kein Festgeld anbietet.

Weiterhin wirbt die Beklagte unstreitig auf ihrer Seite mit „Empfohlen von vergleich.de“. Die Beklagte macht sich damit die Werbepartnerschaft mit der Gesellschaft vergleich.de auch insoweit zu Nutze, als sie die Bekanntheit dieses Vergleichsportals und dessen in den Augen der Verbraucher bestehende Seriösität für Werbezwecke auf ihrer eigenen Internetseite nutzt. Damit fungiert - worauf der Kläger zu Recht hinweist - die Gesellschaft vergleich.de zugunsten der Beklagten als eine Art Garantiegeberin.

Damit gibt es Vereinbarungen zwischen der Beklagten und der Gesellschaft vergleich.de über die Platzierung der Anzeige, das Bereitstellen und Programmieren eines Links auf der Seite der Gesellschaft vergleich.de zugunsten der Beklagten und die Möglichkeit der Beklagten mit einer Empfehlung von vergleich.de ihrerseits zu werben. Hierdurch nimmt die Gesellschaft vergleich.de Aufgaben der Beklagten im Bereich Werbung wahr, die zu einer Einbindung in die Betriebsorganisation der Beklagten derart führen, dass sie als deren Beauftragte anzusehen ist.

Dem steht die BGH-Entscheidung zur Anzeigengestaltung in Printmedien (GRUR 1990, 1039 -

Anzeigenauftrag) nicht entgegen. Zwar hat der BGH zu dem speziellen Problem der Anzeigengestaltung in Printmedien ausgeführt, dass der Zeitungsverleger nur dann Beauftragter eines Anzeigenkunden ist, wenn ihm dieser einen Gestaltungsspielraum eingeräumt hat, da er nur dann Aufgaben wahrnimmt, die in den Geschäftskreis des Anzeigenkunden fallen. Das ist der Fall, wenn der Anzeigenkunde ihm zusätzliche Dispositionen etwa hinsichtlich Inhalt, Gestaltung oder Zeitpunkt des Erscheinens eingeräumt hat, die er normalerweise selbst vornimmt. Diese Voraussetzungen liegen indes im Streitfall – wie ausgeführt – vor, da die Gesellschaft vergleich.de auch Aufgaben wahrnimmt, die in den Geschäftskreis der Beklagten fallen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Z. 10, 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Dörffler
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Blömer
Richterin
am Oberlandesgericht

Dr. Hewicker
Richter
am Oberlandesgericht