Aktualisierte Ausgabe mit vielen praktischen Tipps

SEIFRIED IP
Intellectual Property

Thomas Seifried

Für jeden, der wirbt

Print, Online, Suchmaschinen, Social Media

Stand: Januar 2019

Foto: „Shibuya at dusk - Tokyo - Japan“ von Jorge Lascar, Quelle: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Shibuya_at_dusk_-_Tokyo_-_Japan.jpg
Lizenzbedingungen: Creative Commons Attribution 3.0 Unported: http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/legalcode

SEIFRIED IP
Intellectual Property

Für jeden, der wirbt

Print, Online, Suchmaschinen, Social Media

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 4

VORBEMERKUNG: Was ist Werbung im rechtlichen Sinn? 5

KAPITEL 1 – DIE AUSWAHL DES MATERIALS 6

1. Sind Begriffe, Texte, Medien oder Designs rechtlich geschützt? 6
1.1 Urheberrecht: Übersicht 6
1.2 Fotos 7
1.3 Texte 8
1.4 Kurze Texte 8

2. Als Marken geschützte Zeichen 9
2.1 Eingetragene deutsche Marke und Unionsmarke 9
2.2 Kurzbeschreibung 9
2.3 Markenrechtsverletzung 10
2.4 Verletzung bekannter Marken 10

3. Als geschäftliche Bezeichnungen geschützte Zeichen 10
3.1 Unternehmenskennzeichen 10

4. Nutzung fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen in der Suchmaschinenoptimierung (SEO) 12
4.1 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im Title Tag (Browsertitel) 12
4.2 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im Meta Tag 12
4.3 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im „alt="-Attribut des „Img-Tag" 12
4.4 Anknüpfungspunkt für eine Rechtsverletzung: Schon das SERP-Snippet 12

5. Werktitel 13

6. Erlaubte Nutzung fremder Marken und geschäftlicher Bezeichnung in der Werbung 13
6.1 Erschöpfungsgrundsatz für Marken und geschäftliche Bezeichnungen 13
6.2 Markennennung zur Produktbeschreibung 13
6.3. Nutzung von Marken als Keywords in Google Ads 14

7. Geografische Herkunftsbezeichnungen 14
7.1 Geschützte geographische Herkunftsangaben 14
7.2 Geschützte geographische Herkunftsbezeichnungen für Weine 15

8. Nutzung von Domains 15
8.1 Rechtsnatur von Domains 15
8.2 Beschreibende und unterscheidungskräftige Domains 15
8.3 Namensrechtsverletzung durch Domainregistrierung 15
8.4. Zuordnungsverwirrung 15

9. Benutzung von Geschmacksmustern und Designs in der Werbung – Logos, Grafiken und Schriftzeichen 16
9.1. Deutsches Design und Gemeinschafts-geschmacksmuster 16
9.2 Übersicht und Schutzvoraussetzungen 17
9.3 Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacks-muster 17
9.4 Eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster und eingetragenes Design 17
9.5. Verletzung von Geschmacksmustern und Designs 17

10. Benutzung von Abbildungen von Personen 18

KAPITEL 2 – INHALT DER WERBUNG 18
1. Irreführende Produktwerbung 18
1.1 Irreführung über Eigenschaften der Produkte 18
1.2 Werbung mit nährwert- oder gesundheitsbezogenen Angaben 21
1.3 Werbung mit gesetzlichen oder vertraglichen Rechten 21
2. Irreführung über den Werbenden 23
2.1 Irreführung über die Art des Geschäfts 23

SEIFRIED IP
Intellectual Property

2.2 Irreführende Angaben über Sponsoring oder Engagements 23
2.3. Irreführende Angaben über die Einhaltung eines Verhaltenskodexes 23
2.4 Werbung mit Neueröffnung oder Geschäftsaufgabe 23
3. Vergleichende Werbung 23
3.1. Täuschungsverbot in der vergleichenden Werbung 23
3.2. Objektivitätsgebot in der vergleichenden Werbung 24
3.3 Herabsetzungsverbot in der vergleichenden Werbung 24
4. Preisangaben in der Werbung 24
4.1 Unvollständige oder irreführende Preise 24
4.2. Pflicht zur Grundpreisangabe nach der Preisangabenverordnung (PAngV) 25
4.3 Pflichtangaben in der Preiswerbung 25
5.1 Grundsätze 27
5.2 Unzulässige Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen 27
5.3 Zulässige Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen 27
5.4. V erkäufe über Amazon – Händler haften für unrichtige UVP 28
6. Vorenthalten wesentlicher Informationen gegenüber Verbrauchern 28
6.1 Verschweigen wesentlicher Informationen 28
6.2 Werbung mit Rabatten 29
7. Werbung mit Kaufappellen an Kinder 30

KAPITEL 3 – LEADS GENERIEREN 30
3.1 Gewinnspiele und Preisausschreiben 30

KAPITEL 4 – DIREKTWERBUNG 32
1. Email-Werbung 32
1.1 Was ist eine Werbe-Email? 32
1.2 Vorherige und ausdrückliche Einwilligung, Ausnahme: Bestandskunden 32
1.3. Einwilligung durch „einfachen Opt-In“ 32
1.4 Einwilligung durch Double-Opt-In 32
1.5 Einwilligung durch AGB-Klausel 33
1.6 Notwendige Informationen vor Einwilligung 33
1.7 Keine Einwilligung durch gekaufte „geprüfte“ Emailadresse 34
1.8. Werbung per elektronischer Post gegenüber Bestandskunden 34
1.9 Dauer der Einwilligungen 35
2. Telefonwerbung 35
2.1 Telefonakquise gegenüber Verbrauchern 35
2.2 Telefonwerbung gegenüber Unternehmern 35
2.3 Gewinnspiele zur Generierung von Einwilligungen in Telefonwerbung 35
3. Telefaxwerbung, SMS-Werbung 36
4. Briefkastenwerbung, Prospektwerbung 36

KAPITEL 5 – SOCIAL MEDIA MARKETING 36
1. Zu eigen Machen von fremden Inhalten 36
1.1 Haftung für fremde Inhalte 36
1.2 Haftung für Links 36
2. Gekaufte „Likes“ 37
3. Influencer Marketing 37
3.1 Kennzeichnungspflicht von Werbung 37
3.2 I nfluencer als Unternehmer 37
3.3 Kommerzieller Zweck von Produktempfehlungen 37
3.4 Kommerzieller Zweck oder redaktioneller Beitrag? 38
3.5 Richtige Kennzeichnung von Posts in sozialen Medien 38
Impressum 39

SEIFRIED IP
Intellectual Property

Vorwort

„Die Hälfte eines jeden Werbedollars ist hinausgeworfenes Geld, aber niemand weiß, welche Hälfte das ist“ soll Henry Ford gesagt haben. Auch in Zeiten von „Cost-per-Click“ verwandelt sich längst nicht jede Werbeinvestition in Geschäft. Schlechter noch, als gar nicht zu werben, ist es, rechtswidrig zu werben. Neben Imageverlusten, die sich mittelbar auf Umsatz und Ertrag auswirken, kann eine rechtswidrige Werbung unmittelbar Rechtsanwalts- und Gerichtskosten und auch Schadenersatzansprüche generieren.

Wer beispielsweise mit nicht lizensierten Medien arbeitet, die er „frei verfügbar im Internet“ gefunden hat oder in der Suchmaschinenwerbung fremde Marken und Kennzeichen verletzt, riskiert, vom Rechteinhaber in Anspruch genommen zu werden. Nicht zuletzt gibt es unzählige Gründe, weshalb Werbeaussagen oder Werbemaßnahmen rechtlich zu beanstanden sind: Werbeaussagen können selbst dann täuschen, wenn sie tatsächlich zutreffend sind. Werbemaßnahmen können gegen das Datenschutzrecht verstoßen oder gegen Kennzeichnungsvorschriften, beispielsweise weil eine Preiswerbung zwingende rechtliche Hinweise nicht enthält oder diese Hinweise falsch sind.

Rechtsverletzende Werbung kann nicht nur von Konkurrenten verfolgt werden. Es gibt auch zahlreiche spezialisierte Verbände, die nach dem Gesetz rechtwidrige Werbung beanstanden und hiergegen rechtlich vorgehen dürfen.

Die erste Version von „Rechtssicher werben“ ist erstmals im Jahr 2008 erschienen. Die vorliegende Ausgabe gibt einen Überblick über populäre rechtliche Fallstricke bei der Entwicklung und Durchführung von Werbung. Die Rechtsprechung ist bis Januar 2019 berücksichtigt. Das Werk soll vor allem Sensibilität erzeugen für die Fragen:

- Welches Material darf für eine Werbekampagne benutzt werden?
- Welche Werbemethoden oder Werbeaussagen sind potenziell gefährlich?
- Welche Besonderheiten gibt es bei besonderen Werbeformen und bei Werbung gegenüber Verbrauchern?

Thomas Seifried,

Frankfurt am Main im Februar 2019

VORBEMERKUNG: Was ist Werbung im rechtlichen Sinn?

Werbung ist nach dem Gesetz[1] *jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern*[2]

Rechtlich relevante „Werbung“ ist daher die Maßnahme eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet ist. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung erfasst, beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsorings[3].

Auch Anfragen können Werbung sein

Als Werbung umfasst § 7 II UWG auch Handlungen, die den Werbenden selbst zunächst einmal nur Geld kosten, z.B. Nachfragehandlungen per Email[4] oder Fax[5]. Auch die Werbung eines Edelmetallankäufers für eine „kostenlose Schätzung“ ist ebenso Werbung im Rechtssinn[6] wie die Werbung eines Partnervermittlers mit einer kostenlosen Vermittlung für Damen[7].

Nutzung von Domains und Metadaten als „Werbung“

Der EuGH hat klargestellt, dass der Begriff „Werbung“ weit auszulegen ist. Auch die Nutzung eines Domainnamens und die Verwendung von Metatags in den Metadaten einer Internetseite ist daher „Werbung“ im Sinne der Irreführungsrichtlinie[8].

Wissenschaftliche Publikationen als Werbung

Wissenschaftliche Publikationen selbst sind meistens keine Werbung. Ihr Verbreiten auf einem pharmazeutischen oder medizinischen Kongress kann aber eine Werbemaßnahme darstellen[9].

1 Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (Irreführungsrichtlinie)

2 Vgl. BGH, Urteil vom 12.9.2013 - I ZR 208/12 - Empfehlungs-E-Mail

3 BGH v. 15.12.2015 – VI ZR 134/15

4 Vgl. BGH v. 17. 7. 2008 - I ZR 197/05 - FC Troschenreuth

5 Vgl. BGH v. 17. 7. 2008 - I ZR 75/06 - Faxanfrage im Autohandel

6 BGH v. 28.11.2013 – I ZR 34/13 – Kostenlose Schätzung

7 OLG Hamm v. 06.11.1990 - 4 U 112/90 - Wir vermitteln für Damen kostenlos

8 EuGH v. 11.7.2013 – C-657/11 – Belgian Electronic Sorting Technology NV

9 OLG Hamburg v. 4.12.2008 - 3 U 152/07 - Fachinformation

SEIFRIED IP
Intellectual Property

KAPITEL 1 – DIE AUSWAHL DES MATERIALS

1. Sind Begriffe, Texte, Medien oder Designs rechtlich geschützt?

Das Material, das in einer Werbung verwendet werden soll, muss sogfältig ausgewählt werden. Namen und Bezeichnungen können als Marken, Werktitel oder geschäftliche Bezeichnungen geschützt sein. Texte, Abbildungen und Fotos sind fast immer urheberrechtlich geschützt. Auch Designs und Muster können urheberrechtlich geschützt sein. Öfter sind sie aber als eingetragene Designs bzw. eingetragene oder nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt. Schon die Verwendung eines geschützten Musters in der Werbung kann eine Rechtsverletzung sein.

Im Internet „frei verfügbare“ Medien gibt es so gut wie nicht. Die Nutzung sog. „lizenzfreier“ Medien unterliegt meistens genauen Lizenzbestimmungen, ebenso die Nutzung von Inhalten unter „Creative Commons“ Lizenzen. Wer unlizensierte Medien benutzt, riskiert teure Abmahnungen und Rechtsstreitigkeiten.

1.1 Urheberrecht: Übersicht

Schutzobjekte:	Werke
Beispiele[10]:	Lichtbildwerke, Lichtbilder, Texte, Musikstücke, Kunstwerke, Reden, Fotos, Filme, Texte, Zeichnungen, Stadtpläne, Bühnenstücke
Schutzvoraussetzung:	„Schöpfungshöhe“, aber auch „kleine Münze“ bei Sprachwerken
Schutzrechtsentstehung:	Erschaffung des Werkes, keine Registrierung nötig oder möglich
Schutzdauer:	Ab Schöpfung bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers
Räumlicher Schutzumfang:	Deutschlandweit
Sachlicher Schutzumfang:	Schutz von Form und Inhalt, auch im Ähnlichkeitsbereich; je komplexer das Werk, desto größer der Schutzumfang
Übertragbarkeit:	Nein
Lizenzierbarkeit:	Ja

Werke

Urheberrechtsfähig ist grundsätzlich jedes Werk der Literatur, der Wissenschaft und der Kunst, das individuell ist und „Schöpfungshöhe“ besitzt. Urheberrechtsfähige Werke dürfen nur mit Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden. Die Lizenzierung eines Bildes ist fast immer günstiger als eine Schadensersatzzahlung.

Schöpfungshöhe

Mit Schöpfungshöhe ist ein bestimmtes Niveau an Individualität und Gestaltung gemeint. Schutzfähig ist damit grundsätzlich nur das Ergebnis einer nicht alltäglichen Geistestätigkeit. Diese Anforderungen werden allerdings für bestimmte Bereiche herabgesetzt. Geschützt als „kleine Münze“ sind beispielsweise auch Werbetexte aus Onlineangeboten als Sprachwerke. Die Schöpfungshöhe kann sich hier alleine aus der Einteilung und Anordnung des Textes ergeben. Das setzt notwendigerweise eine bestimmte Länge des Textes voraus. Nur kurze Angebotsbeschreibungen werden in den allermeisten Fällen nicht geschützt sein. Geschützt sind aber auch Stadtpläne und alle Fotografien. Nichtkünstlerische Fotografien (z.B. eines Käsebrotes) sind zumindest als sog. „Lichtbilder“[12] geschützt.

Entstehung des Urheberrechts

Der Urheberrechtsschutz entsteht mit Entstehung des Werkes. Die Eintragung eines Werkes in ein Register ist für einen urheberrechtlichen Schutz nicht vorgesehen und auch nicht möglich. Ein solches Register existiert in Deutschland nicht. Ebenso wenig erforderlich ist die populäre Kennzeichnung eines Werkes mit dem ©.

10 Siehe § 2 UrhG
11 OLG Düsseldorf v. 06.05.2014 – I-20 U 174/12 – Angebotstext für Anwaltsroben
12 § 72 UrhG

Dies kann aber einen Urheberrechtsvermerk darstellen. Ein solcher erspart dem Rechteinhaber im Fall einer Urheberrechtsverletzung zunächst den oft schwierigen Nachweis, dass er der Urheber ist[13].

Beispiele urheberrechtlich geschützter Werke

Beispiele urheberrechtlich geschützter Werke sind:

- Fotos jeder Art („Lichtbilder“ und „Lichtbildwerke“)
- Texte
- Filmwerke und Stills/Screenshots hieraus
- Bildende Kunst (Kunstwerke)
- Zeichnungen
- Stadtpläne[14]

Veränderungen, Bearbeitungen und freie Benutzung
Auch die Veränderung eines urheberrechtsfähigen Werkes ist grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers erlaubt[15]. Denn die Bearbeitungen von urheberrechtlich geschützten Werken sind ohne Zustimmung des Urhebers nicht erlaubt.

Erlaubt ist nur die sogenannte „freie Benutzung“[16]: Wer ein anderes Werk nur als Anregung für eine eigene Bearbeitung benutzt, darf das fremde Werk verwenden. Voraussetzung: Die eigene Bearbeitung steht so sehr im Vordergrund, dass das fremde geschützte Werk daneben „verblasst“. Das bearbeitete Werk (Foto/Bild) lässt das geschützte Werk „verblassen“, wenn[17]

- das geschützte Werk nur noch als Anregung der Bearbeitung dient, d.h. das geschützte Werk nur noch „durchschimmert“
  oder
- die Bearbeitung zwar das geschützte Werk deutlich übernimmt, es die künstlerische Auseinandersetzung aber gerade erfordert, dass das geschützte Werk erkennbar ist (z.B. als „Antithema oder Parodie)
  und
- schutzwürdige Interessen des Urhebers, die gegen eine Verfremdung sprechen, nicht verletzt werden.

Bei Melodien gibt es grundsätzlich keine freie Benutzung. Wer beispielsweise eine Melodie für einen Jingle benutzt, braucht die Zustimmung des Rechteinhabers[18].

1.2 Fotos

Lichtbilder und Lichtbildwerke

Urheberrechtlich sensibel bei der Materialsammlung sind vor allem Fotografien. Das Urheberrecht unterscheidet zwei Arten von Fotos: „Künstlerische“ Fotos sind Lichtbildwerke[19], nichtkünstlerische Fotos sind „Lichtbilder“[20]. Als Lichtbild geschützt ist jedes noch so banale Foto als Lichtbild, beispielsweise auch das Foto eines Schinkenkrustenbratens[21]. Urheberrechtlich geschützt ist u.U. sogar das Motiv selbst. Selbst eine Nachstellung des Motivs kann eine Urheberrechtsverletzung darstellen[22], ebenso das Nachfotografieren aus derselben Perspektive und in derselben Art und Weise[23]. Urheberrechtlich geschützt sind auch Screenshots aus Filmen (Filmstills).

ACHTUNG: Spezialisierte Unternehmen durchsuchen gezielt das Internet nach nicht lizenzierten Bildern und fordern hohe Schadensersatzzahlungen für die Verwendung nicht lizenzierter Bilder.

Bilder aus Bilddatenbanken

Wer Bilder aus Bilddatenbanken benutzt, sollte darauf achten, dass der Anbieter seriös ist. Die Nutzung eines Bildes aus einer Bilddatenbank schützt nicht davor, nicht selbst wegen einer Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen zu werden. Der Nutzer muss hier dem Betreiber der Bilddatenbank vertrauen, dass er entsprechende Nutzungsrechte besitzt und diese auch übertragen darf. Besonders bei ausländischen Anbietern ist ein Regress oft nur schwer möglich, vor allem, wenn die Vertragsbedingungen dem Recht eines exotischen Staates folgen.

13 Siehe die Urheber- oder Rechteinhabervermutung in § 10 UrhG
14 § 2 I Nr. 7 UrhG
15 § 23 UrhG
16 § 24 UrhG
17 Voraussetzungen nach BGH, Urteil v. 28.7.2016 – I ZR 9/15 – auf fett getrimmt
18 § 24 II UrhG
19 § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG
20 § 72 UrhG
21 siehe BGH, Urteil v. 12.11.2009, Az. I ZR 166/07 - marions-kochbuch
22 LG Düsseldorf, Urt. v. 8. 3. 2006 – 12 O 34/05 – TV-Man
23 BGH, Urteil vom 5. 6. 2003 - I ZR 192/00 - Hundertwasser-Haus

TIPPS für die Auswahl von Bilddatenbanken

- Ist der Anbieter seriös?
- Ist ein Regress gegen den Anbieter möglich (schwierig bei ausländischen Anbietern und einer ausländischen Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel)?
- Erklärt der Anbieter in den Nutzungsbedingungen (AGB), dass die Bilder frei von Rechten Dritter sind?
- Ist eine Haftung wegen Verletzung von Nutzungsrechten nicht ausgeschlossen?

1.3 Texte

Texte als Sprachwerke

Urheberrechtlich schutzfähig sind vor allem auch Sprachwerke (Texte). 11 Worte können genügen[24]. Sprachwerke sind in aller Regel Beiträge in Zeitungen, aber auch nichtamtliche Normwerke (DIN-Normen). Selbst allgemeine Geschäftsbedingungen können urheberrechtsfähig sein, wenn sie nicht alltäglich sind.

Angebotstexte („Content Scraping")

Auch Texte in Prospekten und Onlineangeboten sind grundsätzlich urheberrechtlich schutzfähig, wenn sie nicht alltäglich, sondern originell und individuell sind[25].

BEISPIEL

Der Text eines Fondsprospekts zur Beteiligung an Biogas-Anlagen wurde als urheberrechtlich schutzfähig angesehen, weil der zum Teil technische Sachverhalt strukturiert und kurz, prägnant, sachlich und verständlich dargestellt wurde[26].

Auch Werbetexte und Angebotstexte können urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie deutlich über das Handwerksmäßige und Alltägliche herausragen.

BEISPIEL

Als urheberrechtsfähig wurde ein Werbetext für Anwaltsroben angesehen. Dieser wurde dem Leser in einer bestimmten, von kaufpsychologischen Überlegungen getragenen Folge geordnet präsentiert. Die Überschriften waren jeweils als Frage und das überwiegend in der „Ich-Form" formuliert. Dem Leser wurde das Gefühl vermittelt, es handele sich um Fragen, die er selber stellen möchte. Mit der gewählten Sprache wurde gezielt eine Käuferschicht angesprochen, die neben Qualität auch auf modische Aspekte, eine transparente Preisgestaltung und eine gehobene Wortwahl achtet[27].

1.4 Kurze Texte

Auch kurze Texte sind an sich schutzfähig. Je kürzer ein Text ist, umso höhere Anforderungen sind aber an seine Originalität zu stellen[28]. Daher sind kurze Texte in der Praxis häufig nicht schutzfähig.

BEISPIELE

Urheberrechtlich nicht schutzfähig sind die folgenden Texte

„Wenn das Haus nasse Füße hat"[29]
„alles ist gut so lange du wild bist"[30]
„Wir fahr'n, fahr'n, fahr'n auf der Autobahn"[31]
„Bild Dir Deine Meinung"[32]

Urheberrechtlich schutzfähig ist aber der folgende Text Karl Valentins:

„Mögen hätte ich schon wollen, aber dürfen habe ich mich nicht getraut".

Der Ausspruch ist sprachlich durch Verwendung mehrerer Verben untypisch formuliert. Die Schöpfungshöhe folgt daraus, dass eine einfache Aussage (Ich wollte schon, aber ich traute mich nicht) wortakrobatisch verkompliziert wurde[33].

24 EuGH v. 16. 7. 2009 - C-5/08 Infopaq International A/S/Danske Dagblades Forening
25 LG München I, Urteil vom 10.11.1989 - 21 O 6222/89
26 LG München I, Urteil v. 21.02.2007 – 21 O 6894/06 – Biogas Fondsprospekt
27 OLG Düsseldorf v. 06.05.2014 – I-20 U 174/12 – Werbetext für Anwaltsroben
28 OLG Köln, Urteil vom 08. April 2016 – I-6 U 120/15
29 OLG Köln, Urteil vom 08. April 2016 – I-6 U 120/15
30 OLG Hamburg , Urteil vom 26. April 2010 – 5 U 160/08
31 OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.12.1977 - 20 U 46/77
32 OLG Hamburg vom 04. Juni 1998 – 3 U 246/97
33 LG München I, Urteil vom 08. September 2011 – 7 O 8226/11

2. Als Marken geschützte Zeichen

Schon die Werbung mit einer Bezeichnung, die mit einer Marke kollidiert, kann eine Markenrechtsverletzung sein[34]. Begriffe, Namen und Bezeichnungen, die in einer Werbung verwendet werden sollen, müssen daher sorgfältig geprüft werden. Das gilt auch, wenn diese Bezeichnungen beispielsweise als Bezeichnungen eines bestimmten Produktmodells genutzt werden sollen. Insbesondere muss geprüft werden, ob die Marken „markenmäßig“ benutzt werden. Wer Markenwaren bewirbt, muss den sog. „Erschöpfungsgrundsatz“ beachten.

2.1 Eingetragene deutsche Marke und Unionsmarke

Kurzbeschreibung:	Teilweise vom Amt geprüftes, produktmarkierendes herkunftshinweisendes Zeichen
Gesetzliche Grundlage:	Deutsche Marke: § 1 Nr. 1 MarkenG
Unionsmarke:	Artikel 1 Abs. 1 Unionsmarkenverordnung (UMV)
Beispiel:	Deutsche Wortmarke 3020080007931 „BUGATTI“, eingetragen u.a. für Bekleidungsstücke;
Schutzvoraussetzung:	Markenfähigkeit, keine absoluten Eintragungshindernisse, § 8 MarkenG/Art. 7 UMV, vor allem fehlende Unterscheidungskraft und „glatt beschreibende“ Bezeichnungen
Räumlicher Schutzumfang:	Deutsche Marke: Deutschlandweit
Unionsmarke:	In allen 28 Mitgliedsstaaten der EU
Sachlicher Schutzumfang:	Identitätsschutz § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG/Art. 9 Abs. 1 a) UMV; Verwechslungsschutz § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG/Art. 9 Abs. 1 b) UMV; Bekanntheitsschutz § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) bzw. Art. 9 Abs. 1 c) UMV)
Schutzrechtsentstehung:	Eintragung § 4 Nr. 1 MarkenG/Art. 6 UMV
Schutzdauer:	Zehn Jahre ab Anmeldetag; unbegrenzte Verlängerungsmöglichkeit um jeweils weitere zehn Jahre
Schutzrechtserlöschung:	Nichtigkeit wegen absoluter Schutzhindernisse oder anderen älteren Rechten; Verfall wegen Nichtbenutzung; Verzicht; Nichtzahlung der Verlängerungsgebühren
Übertragbarkeit:	Ja
Lizenzierbarkeit:	Ja
Typische Probleme bei der Verletzung:	Markenmäßige Benutzung, Erschöpfungsgrundsatz

2.2 Kurzbeschreibung

Eine Marke[35] kennzeichnet ein Produkt, also eine Ware oder eine Dienstleistung. Ein Unternehmenskennzeichen hingegen kennzeichnet ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil (hierzu unten).

TIPP: So führen Sie eine Recherche nach geschützten Marken durch: Markenrecherche

34 § 14 III Nr. 5 MarkenG, Art 9 II d) UMV

35 § 1 Nr. 1 MarkenG bzw. Artikel 1 UMV

2.3 Markenrechtsverletzung

Eine Markenrechtsverletzung ist die produktbezogene („markenmäßige“) Benutzung von Zeichen, die einer Marke gleichen oder ähneln für die gleichen oder ähnlichen Produkte, für die die Marke Schutz genießt. Schon die Werbung mit einem Zeichen, das mit einem als Marke geschützten Zeichen verwechselbar ist, kann eine Markenrechtsverletzung sein.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Die markenmäßige Benutzung als Voraussetzung einer Markenrechtsverletzung

Voraussetzung der Markenrechtsverletzung – Die „markenmäßige Benutzung“

Die Hauptfunktion einer Marke ist ihre Herkunftsfunktion: Die Produkte eines Unternehmens sollen durch die Marke von den Produkten eines anderen Unternehmens unterschieden werden können[36]. Fremde Marken werden daher nur dann verletzt, wenn die Marke so, wie sie benutzt wird, auch als Marke aufgefasst wird und nicht etwa als Designelement oder Verzierung.[37]

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Die Verwechslungsgefahr bei Markenrechtsverletzung

Verwechslungsgefahr

Ein Markeninhaber kann jedem anderen die Benutzung ähnlicher Zeichen für ähnliche Produkte (Waren oder Dienstleistungen) gerichtlich verbieten lassen, wenn durch die Benutzung für das Publikum die Gefahr von Verwechslung besteht. Das schließt die Gefahr ein, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden[38]. Entscheidend ist, ob man annehmen muss, die gekennzeichneten Produkte stammen aus ein und demselben Unternehmen oder jedenfalls aus wirtschaftlich verbundenen Unternehmen.

Außerdem müssen die sich gegenüberstehenden Zeichen (geschützte Marke und das benutzte Zeichen) und die sich gegenüberstehenden Waren oder Dienstleistungen identisch sein[39], oder es muss eine Verwechslungsgefahr bestehen[40]. Die häufigsten Fälle der Markenrechtsverletzungen setzen eine Verwechslungsgefahr voraus.

2.4 Verletzung bekannter Marken

Für die Verletzung einer bekannten Marke[41] ist eine Verwechslungsgefahr zwar nicht nötig, wohl aber mindestens eine Zeichenähnlichkeit[42]. Ohne Zeichenähnlichkeit liegt auch bei bekannten Marken keine Markenrechtsverletzung vor. Eine bekannte Marke wird schon verletzt, wenn

- man wegen der Verwendung des Zeichens von wirtschaftlichen oder organisatorischen Verbindungen zum Markeninhaber ausgeht oder
- diese Zeichenbenutzung die Unterscheidungskraft der bekannten Marke beeinträchtigt[43], und zwar für diejenigen Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen ist[44].

Die Anlehnung an bekannte Marken ist also besonders gefährlich. Geschäftliche Bezeichnungen sind Unternehmenskennzeichen und Werktitel.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Die Verletzung von bekannten Marken

3. Als geschäftliche Bezeichnungen geschützte Zeichen

3.1 Unternehmenskennzeichen

Kurzbeschreibung:	Nicht registriertes Unternehmens- oder unternehmensteilmarkierendes Benutzungszeichen, z. B. Firmenlogos, evtl. auch Domains

36 z.B. EuGH, Urteil vom 12. 10. 1999 - Rs. C-379/97 – Upjohn vs. Paranova; BGH v. 14.1.2010 - I ZR 88/09, I ZR 88/08 – Opel Blitz II
37 BGH, Urteil v. 14.01.2010, I ZR 82/08 – CCCP
38 § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG/Art. 9 Abs. 1 b) UMV
39 § 14 II Nr. 1 MarkenG bzw. Art. 9 II a) UMV
40 § 14 II Nr. 2 MarkenG bzw. Art. 9 II b) UMV
41 § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG bzw. Art. 9 Abs. 2 c) UMV
42 Vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2018 - I ZR 236/16 - keine-Vorwerk-Vertretung.de
43 EuGH: Urteil vom 23.10.2003 - C-408/01 – Adidas-Salomon/Fitnessworld, Rz. 27
44 BGH v. 11.4.2013 - I ZR 214/11, Rz. 60 – VOLKSWAGEN

Beispiele:	„Amazon“ für ein Versandhandels- und IT- Unternehmen
Gesetzliche Grundlage:	§ 5 Abs. 2 MarkenG
Schutzvoraussetzung:	Originäre zumindest schwache Unterscheidungskraft der Bezeichnung; bzw bei fehlender Unterscheidungskraft: Nachweis der Verkehrsdurchsetzung
Schutzrechtsentstehung:	Benutzung im geschäftlichen Verkehr
Schutzdauer:	Solange das Unternehmenskennzeichen benutzt wird und während der Lebenszeit des gekennzeichneten Unternehmens oder Unternehmensteils
Räumlicher Schutzumfang:	Deutschlandweit, Ausnahme: Geschäftsbetrieb ist lokal begrenzt, dann nur lokal begrenzter Schutzbereich
Sachlicher Schutzumfang:	Verwechslungsschutz (§ 15 Abs. 2 MarkenG): Schutz vor Benutzung ähnlicher Bezeichnungen für ähnliche Branchen bei Wechselwirkung von Kennzeichnungskraft, Zeichenähnlichkeit und Branchenähnlichkeit; Bekanntheitsschutz (§ 15 Abs. 3 MarkenG); Schutz auch gegen markenmäßige Benutzung
Übertragbarkeit:	Nein: Unternehmenskennzeichen sind nicht ohne Geschäftsbetrieb übertragbar
Lizenzierbarkeit:	Nein, nur Nutzungsgestattung möglich
Typische Probleme bei der Verletzung:	Schutzunfähigkeit wegen fehlender Unterscheidungskraft

Unterscheidungskraft als Schutzvoraussetzung

Die wichtigste geschäftliche Bezeichnung ist das Unternehmenskennzeichen. Es kennzeichnet als Name oder Firma ein Unternehmen oder den Teil eines Unternehmens. Unternehmenskennzeichen entstehen nicht durch Registrierung in einem Register, sondern durch Benutzung. Ein Schutz als geschäftliche Bezeichnung setzt voraus, dass das Zeichen Unterscheidungskraft hat. Ausnahme auch hier: Der Nachweis der Verkehrsgeltung.

Unternehmenskennzeichen[45] werden nicht registriert. Sie entstehen durch Benutzung und grundsätzlich bundesweit, es sei denn, das Geschäft des Unternehmens ist räumlich beschränkt.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Die Überwindung mangelnder Unterscheidungskraft durch Verkehrsgeltung

Recherchemöglichkeiten nach Unternehmenskennzeichen

Nach Unternehmenskennzeichen kann man im Handelsregister https://www.handelsregister.de/ und allgemein im Internet recherchieren.

Verletzung von Unternehmenskennzeichen

Schon die Werbung mit einem Zeichen, das mit einem Unternehmenskennzeichen verwechselt werden kann, kann eine Unternehmenskennzeichenverletzung sein. Die Grundsätze der Verwechslungsgefahr bei Marken gelten entsprechend bei Unternehmenskennzeichen, etwa einem Firmennamen oder einer Domain. Auch hier spielt die Unterscheidungskraft eine zentrale Rolle.

Statt Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit kommt es aber hier auf die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Branchen an.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Die Verwechslungsgefahr bei Unternehmenskennzeichen -verletzungen

45 § 5 MarkenG

4. Nutzung fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen in der Suchmaschinenoptimierung (SEO)

4.1 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im Title Tag (Browsertitel)

Der Browsertitel einer Internetseite wird im HTML-Title Tag definiert und von jeder Suchmaschine gelesen. Er gilt als ein wichtiger Faktor bei der Suchmaschinenoptimierung. Der Title Tag erscheint im Firefox-Browser noch über der Adressleiste. Google nimmt den Title Tag als Ausgangspunkt zur Generierung des Titels des Suchergebnis-Kurztextes („Snippet"). Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen werden daher gerne im Title Tag zur Suchmaschinenoptimierung platziert, besonders, wenn diese Bezeichnungen bekannt und populär sind oder man die Marken selbst vertreibt.

Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen in den Title Tag aufzunehmen, kann grundsätzlich markenrechtsverletzend sein (BGH Urteil v. 4.2.2010 – I ZR 51/08 – POWER BALL). Es reicht aus, dass der als Marke geschützte Begriff in den Browsertitel aufgenommen wird. Wer geschützte Begriffe im Browsertitel einstellt oder automatisiert einstellen lässt, haftet für Rechtsverletzungen durch das Suchergebnis-Snippet als Täter[46].

Eine fremde Marke in den Title Tag aufzunehmen, ist nach dem sog. „Erschöpfungsgrundsatz" (s.o.) aber dann erlaubt, wenn Waren unter der Marke tatsächlich auf eben dieser Internetseite[47] angeboten werden. Dabei darf aber nicht der falsche Eindruck erweckt werden, man stünde in einer besonderen Geschäftsbeziehung zum Markeninhaber, z. B. als Vertragshändler[48]. Diese Grundsätze geltend entsprechend für Unternehmenskennzeichen.

4.2 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im Meta Tag

Auch die Benutzung als Marke oder Unternehmenskennzeichen geschützter Begriffe im Meta Tag kann eine Kennzeichenverletzung darstellen. Eine Verwechslungsgefahr kann sich hier schon daraus ergeben, dass unter den Suchergebnistreffern die Internetseite des Verwenders zu finden ist, nachdem der geschützte Begriff in eine Suchmaschine eingeben wurde[49].

4.3 Fremde Marken oder Unternehmenskennzeichen im „alt="-Attribut des „Img-Tag"

Mit dem „alt-Attribut" des „Img-Tags" wird die Grafik auf einer Website alternativ als Text angezeigt, beispielsweise bei denjenigen Internetnutzern, die das Laden von Grafiken verhindert haben oder aber bei barrierefreien Internetseiten. Auch die Benutzung eines markenrechtlich geschützten Begriffs in einem „alt-Attribut" kann eine Markenverletzung darstellen[50].

4.4 Anknüpfungspunkt für eine Rechtsverletzung: Schon das SERP-Snippet

Eine Rechtsverletzung ist schon anhand des kurzen Suchergebnis-Snippets - die Rechtsprechung spricht von „Trefferliste" - zu beurteilen und nicht erst anhand des unter dem Link anzuklickenden vollständigen Internetseite. Schon in den Fällen, in denen es um rechtsverletzende Metatags ging, wurde auf die Snippets abgestellt. Darauf, dass durch den Inhalt der dann anzuklickenden Internetseite eine kennzeichenrechtliche Verwechslungsgefahr ausgeräumt wird, kommt es nicht an[51].

Auch bei der Nutzung eines als Marke geschützten Begriffs im „Title Tag" wird schon auf das Suchergebnis-Snippet abgestellt[52]. Ebenso reicht es für die Verletzung eines Unternehmenskennzeichen aus, dass in dem Snippet des Suchmaschinenergebnisses die gleichen Leistungen erscheinen, wie sie auch der Inhaber des Unternehmenskennzeichens anbietet und dadurch der Internetnutzer diese Angebote verwechselt. Auf den Inhalt der jeweiligen Internetseite selbst kommt es dann nicht mehr an[53].

46 BGH a.a.O. – POWER BALL, Rz. 45
47 vgl. BGH, Urteil v. 8.2.2007 – I ZR 77/04 – AIDOL
48 vgl. BGH, Urteil v. 7.11.2002 – I ZR 202/00 – Mitsubishi
49 BGH,Urteil v. 18.5.2006, I ZR 183/03 – Impuls
50 OLG Düsseldorf v. 22.11.2011, I-20 U 68/11
51 BGH Urteil v. 18.5.2006 – I ZR 183/03 – Impuls; BGH Urteil v. 8.2.2007 – I ZR 77/04 – AIDOL; OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 10.1.2008 – 6 U 177/07
52 BGH Urteil v. 4.2.2010 – I ZR 51/08 – POWER BALL, Rz. 44
53 OLG Hamburg, Urteil v. 2.3.2010 – 5 W 17/10

5. Werktitel

Geschäftliche Bezeichnungen sind auch Werktitel. Das sind Namen von geistigen Werken, wie Bücher, Filme, Tonwerke, Bühnenstücke oder ähnlichem. Auch die Bezeichnungen von Veranstaltungen können als Werktitel schutzfähig sein[54], ebenso Computerprogramme.

BEISPIELE
„Aktenzeichen XY ungelöst“ für eine Fernsehsendung; „Powerpoint“ für ein Computerprogramm

Werktitel entstehen grundsätzlich bundesweit durch Benutzung des hergestellten Werkes. Die Rechtsprechung erlaubt aber auch einen Schutz schon vor Fertigstellung des Werkes, wenn der Titel im Titelschutzanzeiger veröffentlicht und das Werk anschließend einigermaßen kurzfristig erscheint.

Unterscheidungskraft als Schutzvoraussetzung

Auch Werktitel müssen unterscheidungskräftig sein, um geschützt zu sein. Die Rechtsprechung ist zwar bei Werktiteln großzügiger[55], fordert aber auch hier zumindest eine geringe Unterscheidungskraft.

TIPP: Recherchemöglichkeiten nach Werktiteln, die im Titelschutzanzeiger veröffentlicht wurden (keine Registrierung nötig): http://www.titelschutzanzeiger.de/

6. Erlaubte Nutzung fremder Marken und geschäftlicher Bezeichnung in der Werbung

6.1 Erschöpfungsgrundsatz für Marken und geschäftliche Bezeichnungen

Werbung erlaubt bei „Erschöpfung“

Wer mit fremden Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen wirbt, beispielsweise weil er solche Markenwaren anbietet, muss den „Erschöpfungsgrundsatz“ beachten. Nach dem Erschöpfungsgrundsatz ist der Weitervertrieb von mit einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung versehenen Waren unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Erlaubt ist dann auch die Benutzung der betreffenden Marke in der Werbung für eben diese Waren[56]. Der Begriff „Erschöpfung“ bedeutet, dass der Markeninhaber die Weiterverbreitung einer mit seiner Zustimmung in der EU in Verkehr gebrachten Ware nicht mehr verbieten kann. Die Weitervertriebsrechte des Markeninhabers sind dann also „erschöpft“.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN ZUM ERSCHÖPFUNGSGRUNDSATZ
Die Verwechslungsgefahr mit einem Unternehmenskennzeichen

Grundsätzlich ist es nach dem Markenrecht Sache des Markeninhabers, zu entscheiden, wo und wie er die Markenware erstmals in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in den Markt („in den Verkehr“) bringt.

Inverkehrbringen heißt verkaufen

Gemeint ist mit Inverkehrbringen ein erstmaliges Verkaufen: Sind die Markenwaren erstmals mit Zustimmung des Markeninhabers in der EU oder im EWR verkauft worden, darf an sich jedermann die Ware weiterverkaufen. Die Markenrechte sind dann „erschöpft“, d. h. der Markeninhaber kann einen Wiederverkauf in den meisten Fällen nicht mehr verhindern. Das Recht des Markeninhabers, die Ware erstmalig zu verkaufen, soll es diesem ermöglichen, den wirtschaftlichen Wert seiner Marke zu realisieren.

Ein bloßes Anbieten reicht nach der Rechtsprechung des EuGH für ein Inverkehrbringen durch den Markeninhaber nicht aus[57]. Die Ware muss auch in der EU oder im EWR verkauft worden sein, damit sie zulässigerweise weiterverkauft werden kann.

6.2 Markennennung zur Produktbeschreibung

Längst nicht jede Benutzung einer fremden Marke ist auch eine Markenrechtsverletzung. Erlaubt ist die Benutzung von Marken, (d.h. markenähnlicher oder

54 BGH GRUR 2010, 642 – WM-Marken
55 z. B. BGH v. 18.06.2008 - I ZR 47/07, Rz. 14 – EIFEL-ZEITUNG
56 BGH, Urteil vom 7. 11. 2002 - I ZR 202/00 - Mitsubishi
57 EuGH, Urteil v. 30.11.2004 – C-16/03 – Peak Holding AB / Axolin-Elinor AB

markenidentischer Begriffe) nach § 23 MarkenG bzw. Art. 12 UMV beispielsweise zur notwendigen Produktbeschreibung.

BEISPIEL
Die Nennung von „pcb“ als gängige Abkürzung für „printed circuit board“, (=Leiterplatte) ist keine Verletzung der Marke „PCB-POOL“[58]

Das Gleiche gilt für handelsübliche beschreibende Angaben oder in der zulässigen - d. h., wenn gerade keine Kennzeichenverletzung vorliegt[59] - vergleichenden Werbung. Marken dürfen auch genannt werden, wenn dies zur Beschreibung von Ersatzeilen notwendig ist. Voraussetzung: Eine solche Benutzung verstößt nicht gegen die anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel[60].

6.3. Nutzung von Marken als Keywords in Google Ads

Eine Marke als Keyword in der Suchmaschinenwerbung (Google Ads, Bing) zu buchen, ist nach dem EuGH[61], grundsätzlich eine Markenbenutzung und zwar auch dann, wenn die Marke in der Anzeige selbst nicht erscheint. Aber: Damit eine Markenrechtsverletzung vorliegt, muss nach Ansicht des EuGH zusätzlich eine der Markenfunktionen (Herkunftsfunktion, Werbefunktion, Investitionsfunktion) beeinträchtigt sein. Ob eine Markenrechtsverletzung vorliegt hängt nach dem EuGH davon ab, wie die Suchmaschinen-Anzeige gestaltet ist. Sie liegt vor, wenn

- ein normaler Internetnutzer nur schwer erkennen kann, ob die Produkte vom Markeninhaber oder einem verbundenen Unternehmen stammen, oder aber von einem Dritten
- die AdWords-Anzeige so vage gehalten ist, dass der normale Internetnutzer nicht erkennen kann, ob der Werbende mit dem Markeninhaber verbunden ist.

Das heißt: Meistens liegt keine Markenrechtsverletzung vor, wenn die Marke zwar als Keyword gebucht (oder in Folge der Keyword-Option „weitgehend passende Keywords“ die Marke von Google selbst als Auslöser der Anzeigenschaltung gewählt wurde), aber in der Anzeige selbst nicht sichtbar ist. Auch bei Unternehmenskennzeichen gilt, dass eine Verletzung ausscheidet, wenn das Unternehmenskennzeichen in der Anzeige selbst nicht sichtbar ist[62].

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Adwords-Rechtsprechung des BGH und des EuGH

7. Geografische Herkunftsbezeichnungen

7.1 Geschützte geographische Herkunftsangaben

Geographische Herkunftsangaben[63] sind Angaben im geschäftlichen Verkehr, die über die Herkunft von Waren- und Dienstleistungen Auskunft geben. Eine geographische Herkunftsangabe ist beispielsweise die Bezeichnung „Bitburger“ für Bier.

BEISPIELE
Geschützte geographische Herkunftsangaben sind:
- Aachener Weihnachtsleberwurst/Oecher Weihnachtsleberwurst
- Schwäbische Maultaschen / Schwäbische Suppenmaultaschen
- Spreewälder Gurken
- Wernesgrüner Bier

WEITERFÜHRENDE BEISPIELE
geschützter geographischer Herkunftsangaben

Auch viele andere Ursprungsbezeichnungen für Lebensmittel sind geschützt.

BEISPIELE
Geschützt ist beispielsweise die Bezeichnung
„Prosciutto di Parma“
für Schinken. Die Bezeichnung „Culatello di Parma“ für einen Schinken verletzt diese geschützte Ursprungsbezeichnung.[65]

TIPP: Nach Geschützten geographischen Herkunftsbezeichnungen für Weine kann man in der „E-Bacchus“-Datenbank der Europäischen Kommission recherchieren.

58 BGH v. 22.1.2009 I ZR 139/07- PCB
59 BGH, Urteil v. 4.2.2010, I ZR 51/08, Rz. 41 - Powerball
60 EuGH, Urteil v. 11.9.2007, C-17/06, Rz. 34 - Céline
61 Urteil des EuGH v. 22.9.2011, C-323/09 – Interflora Inc. u.a. /Marks & Spencer plc u. a.
62 BGH, Urteil v. 22.1.2009, I ZR 30/07 – Beta Layout
63 §§ 126 ff. MarkenG
64 Nach Verordnung (EU) Nr. 1151/2012
65 OLG Köln, Urteil vom 18.01.2019 - 6 U 61/18 – Culatello di Parma

7.2 Geschützte geographische Herkunftsbezeichnungen für Weine

Auch viele Bezeichnungen für Weine sind geschützt nach Art. 107 der Verordnung (EU) 1308/2013 für Weine mit geschützter Ursprungsbezeichnung(„g.U.“) oder Weine mit geschützter geografischer Angabe (g.g.A.).

8. Nutzung von Domains

8.1 Rechtsnatur von Domains

Eine Domain ist eine Zeichenfolge, die durch Vertrag mit einer Registrierungsstelle (z.B. der DENIC) auf die numerische IP-Adresse eines Servers verweist. Eine Domain ist sozusagen die Vanity-Nummer des Internets. Eine Domain gibt aber ihrem Inhaber kein absolutes Recht, wie etwa eine Marke oder ein Unternehmenskennzeichen und an einer Domain kann auch kein Eigentum entstehen[66].

An bestimmten Domains können aber durch die Art, wie sie benutzt werden, absolute Rechte entstehen. Das muss man berücksichtigen, wenn man eine Domain registriert. Denn schon durch die Registrierung – und nicht erst durch Konnektierung und Nutzung der Domain – können fremde Namensrechte verletzt werden.

8.2 Beschreibende und unterscheidungskräftige Domains

Häufig werden aber aus Gründen der Suchmaschinenoptimierung beschreibende Domains gewählt. Solche Bezeichnungen sind von Haus aus nicht schutzfähig.

8.3 Namensrechtsverletzung durch Domainregistrierung

Schon mit der Domainregistrierung und nicht erst mit der Benutzung der Domain erstreckt sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein gleichlautender Name einer Person oder eines Unternehmens auch auf diese Domain. Dieses Namensrecht[67] berechtigt den Inhaber, von dem Inhaber einer anderen „nahezu gleichlautenden“ Domain, die Löschung zu verlangen, wenn der Inhaber der anderen Domain keine „schutzwürdigen Interessen“ vorweisen kann[68].

Solche schutzwürdigen Interessen nimmt die Rechtsprechung an, wenn der Inhaber der anderen (potenziell namensrechtsverletzenden Domain) beispielsweise kurz nach der Registrierung der nahezu gleichlautenden Domain in rechtlich zulässiger Weise ein entsprechendes Unternehmenskennzeichen als Hinweis auf seinen Betrieb nutzt[69].

8.4. Zuordnungsverwirrung

Die Anforderungen an die Ähnlichkeit des Namens mit der potenziell rechtsverletzenden Domain sind höher als bei Marken- oder Unternehmenskennzeichenverletzungen. Es muss sich um den gleichen oder nahezu gleichen[70] Namen handeln. Ein beschreibender Domainbestandteil wie etwa „Landgut“ in einer Domain „landgut-borsig.de“ bleibt unberücksichtigt[71].

Durch die Namensgleichheit muss es zu einer „Zuordnungsverwirrung“ kommen. Gemeint ist dabei eine Verwirrung darüber, wem der Namen tatsächlich zugeordnet ist. Außerdem müssen „schutzwürdige Interessen“ des Namensinhabers verletzt werden, was die Rechtsprechung bei Domains meistens bejaht[72]. Nur wenn der Domaininhaber die Domain bald nach der Registrierung zur Kennzeichnung seines eigenen Unternehmens nutzen möchte oder das potenziell verletzte Recht erst nach der Registrierung der Domain entstanden ist, scheiden solche schutzwürdigen Interessen – und damit schließlich auch eine Namensrechtsverletzung – aus[73].

66 BGH, Urteil v. 18.01.2012 – Az. I ZR 187/10 – gewinn.de
67 § 12 BGB
68 BGH Urteil v. 9.11.2011 - I ZR 150/09 – Basler Haar-Kosmetik
69 BGH GRUR 2005, 430 – mho.de
70 vgl. BGH Urteil v. 9.11.2011 - I ZR 150/09 – Basler Haar-Kosmetik
71 BGH Urteil v. 20.10.2009 – I ZR 173/07 – Landgut Borsig
72 vgl. BGH, Urteil v. 22.11.2001 – I ZR 138/99 – shell.de
73 BGH Urteil v. 24.4.2008 – I ZR 159/05 – afilias.de

9. Benutzung von Geschmacksmustern und Designs in der Werbung – Logos, Grafiken und Schriftzeichen

9.1. Deutsches Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Kurzbeschreibung:	Vom Amt nicht geprüfte Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils hiervon
Gesetzliche Grundlage	**Eingetragenes Design:** § 2 Abs. 1 DesignG Eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Artikel 1 Abs. 2 b) Gemeinschaftsgeschmackmusterverordnung – GGV Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Artikel 1 Abs. 2 a) Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung – GGV
Beispiel:	Deutsches eingetragenes Design Nr. M9507883-0001 der Deutsche Bahn AG[74]
Räumlicher Schutzumfang:	**Eingetragenes Design:** Deutschland Eingetragenes und nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Europäische Union
Sachlicher Schutzumfang:	Schutz gegen „Übereinstimmung im Gesamteindruck“: Wechselwirkung von Eigenart, Intensität der Übereinstimmung unter Berücksichtigung der Musterdichte und der Gestaltungsfreiheit in der jeweiligen Erzeugnisklasse; nicht nur Nachahmungsschutz, sondern auch Schutz gegen Parallelentwerfer
Schutzvoraussetzung:	Neuheit, Eigenart (=Unterscheidbarkeit im Unterschied zur Schöpfungshöhe); Eintragung (eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster, deutsches eingetragenes Design) bzw. Offenbarung innerhalb der EU (nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster)
Schutzdauer:	Eingetragenes Design und eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Fünf Jahre ab Anmeldung mit Verlängerungsmöglichkeiten bis maximal 25 Jahre; Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Drei Jahre ab erstmaliger Offenbarung
Schutzrechtserlöschung:	Ablauf der Schutzdauer, Verzicht oder Einwilligung in die Löschung, Nichtigkeitsklage; beim Gemeinschaftsgeschmacksmuster außerdem auch Antrag auf Nichtigerklärung und Nichtigkeitswiderklage möglich
Übertragbarkeit:	Ja
Lizenzierbarkeit:	Ja
Typische Probleme bei der Verletzung:	Fehlende Neuheit oder Eigenart

74 Siehe hierzu BGH v. 7.4.2011 – I ZR 56/09 – ICE - zu einer Veröffentlichung der Abbildung eines ICE 3 in einem Ausstellerkatalog

9.2 Übersicht und Schutzvoraussetzungen

Muster, Logos, Grafiken und typografische Schriftzeichen können als Geschmackmuster oder Designs geschützt sein. Im Gegensatz zum Urheberrecht braucht das Muster nicht besonders individuell oder originell zu sein. Es reicht aus, dass es im Zeitpunkt der Offenbarung „neu“ war und sich von älteren Mustern unterscheidet. Neu und eigenartig ist ein Muster, wenn es beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt, als ein anderes Muster[75]. Voraussetzung des Schutzes als Geschmacksmuster oder Design ist also, dass das Muster im Zeitpunkt der Anmeldung (beim eingetragenen Design oder eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster) oder Offenbarung (beim nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster, s.u.) neu war und Eigenart hatte[76]. Schon die Nutzung eines geschützten Musters in der Werbung kann rechtsverletzend sein.

9.3 Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Ein Muster kann auch als sog. „nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster“ geschützt sein, wenn es nicht registriert ist. Ein solches Muster schützt den Entwerfer drei Jahre nach erstmaliger Veröffentlichung („Offenbarung“) gegen Nachahmung.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster

9.4 Eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster und eingetragenes Design

Als Geschmacksmuster bzw. (deutsches) Design ist die in der Anmeldung sichtbar wiedergegebene Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder Erzeugnisteils[77] schutzfähig. Voraussetzung auch hier: Neuheit und Eigenart des Musters. Geschützt ist also nicht ein Muster an sich, sondern nur dessen in der Anmeldung wiedergegebene Erscheinungsform. Was nicht in der oder den Darstellungen des Geschmacksmusters bzw. Designs im Register sichtbar ist, ist nicht geschützt.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN:
Das eingetragene Design

Das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster

9.5. Verletzung von Geschmacksmustern und Designs

Schutz gegenüber allen Mustern, die keinen anderen Gesamteindruck hinterlassen

Der Schutzumfang eines (europäischen) eingetragenen Gemeinschaftsgeschmackmuster, eines nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters und eines (deutschen) eingetragenen Designs bestimmt, ob ein Geschmacksmuster oder Design verletzt wird. Er umfasst nicht nur identische Geschmacksmuster oder Designs. Vom Schutzumfang umfasst ist vielmehr auch jedes ähnliche Muster bzw. Design, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt. Rechtsverletzend sind also auch ähnliche Muster, die keinen anderen Gesamteindruck hinterlassen.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
zum Schutzumfang eines Geschmacksmusters oder Designs

Wechselwirkung von Gestaltungsfreiheit und Musterdichte

Hier gibt es eine Wechselwirkung von Gestaltungsfreiheit und Musterdichte in der relevanten Erzeugnisklasse auf der einen Seite und der Unterscheidbarkeit auf der anderen Seite: Je höher die Musterdichte, desto weniger muss sich das Geschmacksmuster bzw. Design von anderen unterscheiden.

75 § 38 Abs. 2 DesignG, Art. 10 Abs. 1 GGV

76 § 2 Abs. 1 DesignG bzw. Art. 4 Abs. 1 GGV

77 = „Muster“ i.S.d. § 1 Nr. DesignG bzw. „Geschmacksmuster“ i.S.d. Art. 3 a) GGV

10. Benutzung von Abbildungen von Personen

Jede fotografierte oder gefilmte Person muss grundsätzlich der Verwendung ihres Bildes in der Werbung zustimmen. Eine Verwendung ohne Zustimmung der abgebildeten Person ist grundsätzlich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN
Das Muster einer Zustimmungserklärung („Model Release") kann hier heruntergeladen werden: Musterformular Model Release

KAPITEL 2 – INHALT DER WERBUNG

Bei der Gestaltung der Werbung sind zahlreiche rechtliche Fallstricke zu beachten. So darf Werbung nicht irreführend sein. Sie darf aber unter Umständen auch Wesentliches nicht verschweigen. Besondere Werbeformen, wie etwa Werbung mit Preisen, unterliegen besonderen Anforderungen.

1. Irreführende Produktwerbung

Werbeaussagen über Produkte (Waren oder Dienstleistungen) dürfen nicht irreführend sein[78]. Dieses Irreführungsverbot ist ein zentraler Aspekt des Werberechts.

1.1 Irreführung über Eigenschaften der Produkte

Werbung für „Bio"-Lebensmittel

Der Begriff „Bio" hat je nach dem Produkt, für das er benutzt wird, unterschiedliche Bedeutungen. Für pflanzliche Lebensmittel (z.B. Gewürze[79]) weist „Bio" darauf hin, dass das Produkt nach den Bestimmungen der EG-Öko-Verordnung[80] gewonnen worden ist. In diesen Fällen muss auch schon bei der Werbung für solche Produkte[81] die Ökokontrollnummer angegeben werden[82].

Für Lebensmittel außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Öko-Verordnung[83] gilt dies nicht ohne weiteres, erst recht nicht, wenn das Produkt (z.B. Mineralwasser) mit ökologischem Landbau nichts zu tun hat[84]. Außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Öko-Verordnung gilt das allgemeine Irreführungsverbot. Mit dem Begriff „Bio" verbindet man hier die Erwartung, dass das so bezeichnete Produkt weitestgehend frei von Rückständen und Schadstoffen ist und nur unvermeidbare Geringstmengen deutlich unterhalb der rechtlich zulässigen Grenzwerte enthält[85].

Werbung für sonstige „Bio"-Produkte

Für sonstige Bioprodukte gilt das allgemeine Irreführungsverbot.

BEISPIEL
Die Werbung für Kosmetika als „Bio-Oil" ist irreführend, wenn darin zu mehr als 50% chemisch-industrielle Bestandteile enthalten sind[86].

„Aus eigener Herstellung"

Wer mit Produkten aus "eigener Herstellung" wirbt, handelt nicht immer unlauter, wenn er einen Teil der Ware zukauft.

BEISPIEL
Ein Matratzenhändler stellte 70 % seiner Waren selbst her. 30 % der Waren wurden zugekauft. Allerdings durften die Hersteller der zugekauften Ware diese nur dann auch selbst verkaufen, wenn der Matratzenhändler zuvor zugestimmt hatte. Im Fall hatte der BGH eine Irreführung abgelehnt, weil der zugekaufte Anteil (30 %) bei Dritten in Lohnfertigung hergestellt wurde. Weil das Drittunternehmen nur mit Zustimmung des Matratzenhändlers die nicht an diesen gelieferten Matratzen unter einer anderen Bezeichnung weiterverkaufen durfte, hat das Drittunternehmen nur als "verlängerte Werkbank" fungiert. Der Händler hat also zulässigerweise mit "eigener Herstellung" werben dürfen[87].

78 Vgl. § 5 I UWG
79 Vgl. Art. 2 Buchst. j EG-Öko-Verordnung; BGH, Urt. v. 29.3.2018 – I ZR 243/14 – Bio-Gewürze II
80 VO (EG) Nr. 834/2007 des Rates vom 28.6.2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen
81 BGH, Urteil v. 24.3.2016 – I ZR 243/14 – Bio-Gewürze
82 OLG Celle, Urteil vom 11.9.2018 – 13 W 40/18 - Verpflichtende Information über Lebensmittel
83 Geregelt in Art. 1 II EG-Öko-Verordnung
84 BGH, Urteil v. 13. 9. 2012 – I ZR 230/11 - Biomineralwasser
85 BGH, Urteil v. 13. 9. 2012 – I ZR 230/11 - Biomineralwasser
86 OLG Hamm, Urteil vom 27. 3. 2012 - I-4 U 193/11 – Bio-Oil
87 BGH, Urt. v. 24. 9. 2013, I ZR 89/12 – Matratzen Factory Outlet

Werbung mit „Made in Germany“

Wer ein angeblich in Deutschland hergestelltes Produkt kauft, erwartet ausgezeichnete Qualität. Die Verlockung ist groß, hier großzügig über ausländische Produktionen oder ausländische Vorprodukte hinwegzusehen.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN ZU
Werbung mit „Made in Germany“

Eine Werbung mit „Made in Germany“ ist irreführend[88], wenn diejenigen Leistungen, durch die das Produkt seine wichtigsten Bestandteile oder Eigenschaften erhält, nicht in Deutschland erbracht worden sind[89]. Aber auch wenn ein Großteil der Ware tatsächlich in Deutschland hergestellt wurde, kann die Bezeichnung irreführend sein[90].

BEISPIEL
Die Werbung mit „Made in Germany“ für ein Besteckset, bei dem die Gabeln, Löffel und Kaffeelöffel in Deutschland hergestellt wurden, ist irreführend, wenn die Rohmesser in China auf deutschen Maschinen hergestellt und in Deutschland geschliffen und poliert wurden[90].

Ob die Kennzeichnung einer Ware als mit „Germany“ irreführend ist, hängt auch davon ab, wo und wie genau die Bezeichnung „Made in Germany“ angebracht wurde. Denn es kommt darauf an, ob man „Germany“ als Hinweis auf die Herkunft des Herstellers oder aber des Produkts ansieht[91].

Werbung mit “Starke Marken”

Eine Werbung mit “starken Marken” suggeriert eine “gesteigerte Bekanntheit”. Zwar hatte der verklagte Matratzenhändler tatsächlich auch Markenware vertrieben. Diese Marken hatten sich aber noch keinen Namen gemacht. Die Werbung mit „starken Marken” war daher irreführend[92].

Werbung mit „Markenqualität“

Die Werbung mit “Markenqualität” ist zulässig, wenn die Qualität der Produkte denjenigen konkurrierender Markenhersteller entspricht. “Markenqualität” ist nicht gleichbedeutend mit “Markenware”. Man versteht hierunter lediglich, dass die Produkte qualitativ den Produkten konkurrierender Markenhersteller entsprechen[93].

Werbung mit Testergebnissen

Bei Werbung mit Testergebnissen verlangt die Rechtsprechung[94] einen Fundstellenhinweis bereits deutlich auf der jeweiligen Internetseite oder einen deutlichen Sternchenhinweis, der den Verbraucher ohne weiteres zur Fundstelle des zitierten Tests führt. Der Verbraucher soll sich ohne größere Schwierigkeit den Test beschaffen können.

Werbung mit Prüfzeichen

Auch Prüfzeichen, z.B. „OEKO-TEX Standard 100“, müssen Fundstellenangaben enthalten. Denn der Verbraucher interessiert sich auch bei Prüfzeichen für die jeweiligen Prüfkriterien. Wer mit Prüfzeichen wirbt, ohne wenigstens – beispielsweise durch einen Link – anzugeben, wo im Internet kurze Zusammenfassungen über die Prüfkriterien zu finden sind, handelt wettbewerbswidrig.

Man muss daher dem Verbraucher wenigstens eine Internetadresse nennen, unter der er sich über den wesentlichen Inhalt der Prüfbedingungen zusammengefasst informieren kann. Diese Informationen muss der Verbraucher schon in der Werbung mit dem Prüfzeichen finden. Es reicht nach dem BGH nicht aus, die Prüfbedingungen erst unmittelbar vor dem Kauf (z.B. in einem Geschäft) zur Verfügung zu stellen[95]. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist schon der Entschluss, ein Geschäft zu betreten (ohne notwendigerweise schon kaufen zu wollen), eine „geschäftliche Entscheidung“[96].

Konkret heißt das: Idealerweise befindet sich schon auf dem Prüfsiegel selbst eine Internetadresse, unter der zusammengefasst die Prüfkriterien abrufbar sind. Diese Pflicht trifft jeden, der mit einem Prüfsiegel wirbt.

Werbung mit CE-Kennzeichen

Das „CE-Kennzeichen“ wird – mit Ausnahme von Medizinprodukten - nicht von einer neutralen Stelle erteilt oder verliehen. Es wird vielmehr vom

88 § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG
89 vgl. BGH, Beschl. v. 27.11.2014 – I ZR 16/14 - Kondome Made in Germany
90 OLG Düsseldorf, Urteil vom 05.04.2011 – I-20 U 110/10, 20 U 110/10
91 OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 5.5.2011 – 6 U 41/10 – Akku-Schrauber
92 BGH, Urt. v. 24. 9. 2013, I ZR 89/12 – Matratzen Factory Outlet
93 BGH, Urt. v. 24. 9. 2013, I ZR 89/12 – Matratzen Factory Outlet
94 BGH, Urteil vom 16.7.2009 - I ZR 50/07 - Kamerakauf im Internet
95 BGH Urteil vom 21.7. 2016 – I ZR 26/15 – LGA tested
96 EuGH v. 19.12.2013 – C-281/12 – Trento Sviluppo

Hersteller selbst auf seinen Produkten aufgebracht. Es handelt sich also um eine eigene Erklärung des Herstellers, dass seine Produkte die Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen nach Anhang I der Richtlinie 98/37/EG erfüllen. Erfüllen die Produkte tatsächlich nicht diese Voraussetungen, ist eine Werbung mit dem CE-Kennzeichen irreführend. Irreführend ist es auch, mit den Worten „CE geprüft“ zu werben, weil dies die Prüfung durch eine neutrale Stelle suggeriert[97].

Werbung mit Lockvogelangeboten bei nur geringem Warenvorrat

Nicht selten sind Waren schnell ausverkauft, besonders wenn Schnäppchen nur als Lockvogelangebote dienen sollen. Ein Unternehmer, der seine Waren Verbrauchern anbietet und damit rechnet, dass er nicht für einen angemessenen Zeitraum liefern kann, muss schon in der Werbung darauf hinweisen. Sonst ist die Werbung unlauter. Reicht der Vorrat weniger als zwei Tage, muss der Werbende nachweisen, dass aus seiner Sicht der Vorrat angemessen disponiert war[98]. Unzulässig ist hier nicht die unzulängliche Bevorratung, sondern die unzureichende Information hierüber[99].

BEISPIEL

Ein großer Discounter bot in seinem Onlineshop ein Smartphone für € 99,00 an. Ein Sternchentext enthielt den Hinweis

„Dieser Artikel kann auf Grund begrenzter Vorratsmenge bereits im Laufe des ersten Angebotstages ausverkauft sein“.

Tatsächlich war das Smartphone schon am Vormittag des ersten Angebotstags vergriffen. Das war trotz des Sternchentextes irreführend. Denn mit einem derart schnellen Ausverkauf rechnet ein Verbraucher nicht[100].

Im Onlinehandel erwartet ein Verbraucher sogar, dass die Ware sofort versendet wird[101]. Wer gegenüber Verbrauchern fälschlich mit einem sehr kurzen Warenverfügbarkeit wirbt, handelt ebenfalls unlauter[102], ebenso, wer nicht das angebotene Produkt, sondern stattdessen ein anderes verkaufen möchte (*„bait and switch“*)[103].

Werbung mit Lieferfristen

Lieferfristen müssen richtig angegeben werden. Zulässig ist aber eine Google-Ad-Werbeanzeige

„Original Druckerpatronen innerhalb 24 Stunden“,

auch wenn eine Lieferung eine Bestellung bis spätestens 16.45 Uhr voraussetzt und eine Lieferung sonntags nicht möglich war. Denn der Verbraucher weiß, dass es einen einschränkungslosen 24-Stunden-Lieferservice meistens nicht gibt[104].

Werbung mit Selbstverständlichkeiten

Auch wahre Angaben können irreführend sein, wenn ein irreführender Eindruck erweckt wird. Beispiel hierfür ist die sog. „Werbung mit Selbstverständlichkeiten“. Hier wird eine an sich selbstverständliche oder gar gesetzlich vorgeschriebene Produkteigenschaft als nicht selbstverständlich dargestellt.

BEISPIEL

Die Werbeaussage

„Bei uns erhalten Sie eine Rechnung mit ausgewiesener 19% Mehrwertsteuer“

ist irreführend, da sie einen besonderen Vorteil suggeriert[105].

Eine Irreführung ist aber ausgeschlossen, wenn man erkennt, dass die betonte Eigenschaft etwas Selbstverständliches ist[106]. Eine Werbung mit „Originalware“ ist daher im Mode- und Textilbereich zulässig[107]. Ebenso zulässig ist die Aussage

„Wir verkaufen nur 100 % Originalware direkt vom Hersteller“[108].

97 OLG Frankfurt, Urteil vom 21.06.2012 - 6 U 24/11 – CE-geprüft
98 Anhang Nr. 5 S. 2 zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste“)
99 BGH v. 10.2.2011, I ZR 183/09 – Irische Butter
100 BGH, Urteil v. 17.9.2015 – I ZR 92/14 – Smatphone-Werbung
101 BGH, Urteil vom 7.4.2005 - I ZR 314/02 – Internet-Versandhandel
102 Anhang Nr. 7 S. 2 zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste“)
103 Anhang Nr. 6 S. 2 zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste“)
104 BGH, Urteil v. 12.5.2011, I ZR 119/10 – Innerhalb 24 Stunden
105 OLG Braunschweig, Beschluss v. 2.9.2010 – Az. 2 U 36/10
106 BGH, Beschluss v. 23.10.2008, I ZR 121/07- Edelmetallankauf
107 vgl. OLG Hamm v. 20.12.2010, I-4 W 121/10, 4 W 121/10
108 OLG Düsseldorf v. 5.12.2011, I-20 U 128/10

Werbung mit Superlativen

Superlativwerbung ist nicht ungefährlich. Verboten sind grundsätzlich Angaben, die nachprüfbar nicht stimmen. Ein Produkt, das mit einer Spitzenstellung angepriesen wird, muss einen deutlichen und stetigen Vorsprung gegenüber der Konkurrenz haben.

BEISPIEL

Die Werbung für ein Blutzuckermessgerät mit den Worten

„der präziseste Blutzuckerstreifen“

ist irreführend, wenn tatsächlich nur einzelne Messvorgänge im Vergleich zu den anderen Marktprodukten eine genauere Messung aufweisen, das Gerät aber nicht in jeder Hinsicht das Präziseste ist[109].

Erlaubt sind aber subjektive Meinungen, z.B. „Warum wir glauben, dass wir die Größten sind“. Erlaubt ist auch Superlativwerbung, die derart übertrieben ist, dass sie nicht mehr ernst genommen wird.

BEISPIEL

Erlaubt ist die Aussage

„Der beste Powerkurs aller Zeiten“[110].

1.2 Werbung mit nährwert- oder gesundheitsbezogenen Angaben

Für Angaben über den Nährwert oder eine gesundheitsfördernde Wirkung gilt die „Health-Claims-Verordnung“[111]. Sie soll Verbraucher verständlich informieren. Nach der Verordnung dürfen nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben nicht falsch, mehrdeutig oder irreführend sein. Sie dürfen beispielsweise auch nicht zum übermäßigen Lebensmittelverzehr ermutigen.

MEHR INFORMATIONEN

zu Marktverhaltensregeln

Angaben über Nährwerte und gesundheitsbezogene Angaben müssen wissenschaftlich nachweisbar sein und den tatsächlichen Nährwert- oder Gesundheitsnutzen des konkret beschriebenen Produkts wiedergeben. Verstöße gegen die Health-Claims-Verordnung sind - wie Verstöße gegen andere lebensmittelrechtliche Vorschriften auch - wettbewerbsrechtlich relevant, weil es sich um „Marktverhaltensregeln“ handelt. Aussagen über das allgemeine Wohlbefinden („bekömmlich“, „wohltuend“) sind als „gesundheitsbezogenen Angaben“[112] ein Verstoß gegen die Health-Claims-Verordnung und damit auch ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht.

BEISPIELE

für irreführende Werbeaussagen nach der HCVO

„bekömmlich“[113] für bestimmte Biersorten mit einem Alkoholgehalt von 5,1%, 2,9% und 4,4%
„bekömmlich“ für einen Wein[114].

BEISPIELE

für zulässige Werbeaussagen nach der HCVO

„U. weltweit im Dienste des Wohlbefindens“,
„Garantie für höchste Bekömmlichkeit“,
„verdauungsfördernd“ und
„appetitanregend“ für einen Digestif[115].

„So wichtig wie das tägliche Glas Milch!“ für einen Früchtequark[116].

„Lernstark“ und *„Mit Eisen … zur Unterstützung der Konzentrationsfähigkeit“* für einen eisenhaltigen Mehrfruchtsaft (Rotbäckchen)[117]

1.3 Werbung mit gesetzlichen oder vertraglichen Rechten

Werbung mit Verbraucherrechten

Irreführenden Angaben über Verbraucherrechte sind unzulässig[118]. Hierzu gehört auch die mangelnde oder unrichtige Belehrung über ein Widerrufsrecht[119].

109 OLG Frankfurt, Urteil v.
110 KG, Beschluss v. 3.8.2010 – Az. 5 W 175/10
111 Verordnung [EG] Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel
112 im Sinne von Art. 2 II Nr. 5 HCVO
113 BGH, Urteil vom 17.5.2018 – I ZR 252/16 – Bekömmliches Bier
114 EuGH, Dritte Kammer, Urt. v. 6. 9. 2012 – C-544/10 - Deutsches Weintor eG/Land Rheinland-Pfalz; siehe hierzu auch Vorlagebeschluss des BGH vom 13.01.2011 - I ZR 22/09 - Gurktaler Kräuterlikör
115 OLG Düsseldorf Urteil vom 23.03.2010 - I-20 U 183/09
116 BGH, Urteil vom 12.02.2015, Az.: I ZR 36/11 – Monsterbacke II
117 BGH, Urt. v. 10.12.2015 – I ZR 222/13 - Lernstark
118 § 5 Abs. 1 S. 2 UWG
119 BGH, Urteil v. 16.11.1995, I ZR 25/94 – Widerrufsbelehrung III

Werbung mit Garantien

Mit einer Garantie verspricht ein Produktanbieter entweder Leistungen die über die gesetzlichen Gewährleistungsrechte hinausgehen, z.B. eine Verlängerung der gesetzlichen Frist, in der Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden können. Eine Garantie kann auch dafür übernommen werden, dass ein Produkt bestimmte Eigenschaften hat, z. B. eine bestimmte Haltbarkeit.

Wer mit Garantien wirbt, darf hierüber keine irreführenden Angaben machen[120]. Die gesetzlichen Pflichtinformationen[121] müssen aber in der Werbung selbst noch nicht angegeben werden[122]. In einem konkreten Produktangebot, beispielsweise in einem Onlineshop, müssen aber Angaben zu einer Garantie stehen, wenn auf eine Garantie hingewiesen wird[123].

Eine Garantieerklärung muss dann alle wesentlichen Informationen enthalten, die nötig sind, um die Garantie in Anspruch nehmen zu können. Dazu gehören vor allem die Dauer und der räumliche Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Name und Anschrift des Garantiegebers, die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie der Hinweis, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind.

Werbung mit gesetzlichen Gewährleistungsrechten und sonstigen gesetzlichen Rechten

Von einer „Garantie“ streng zu trennen sind die gesetzlichen Gewährleistungsrechte beim Kauf einer mangelhaften Sache (Nacherfüllung, Rücktritt vom Vertrag, Minderung und Schadenersatz). Eine Werbung mit solchen Rechten ist unlauter, wenn diese Rechte als etwas Besonderes dargestellt werden[124].

BEISPIELE

Unzulässig ist es beispielsweise, gegenüber Verbrauchern in einem Onlineangebot mit einer

„14-tägigen Geld-Zurück-Garantie“

zu werben[125]. Denn ein 14-tägiges Widerrufsrecht steht ohnehin jedem Verbraucher zu, der in einem Onlineshop einkauft.

Zulässig ist es mit gesetzlichen Rechten zu werben, wenn dabei klargemacht wird, dass es sich um gesetzliche Rechte handelt. Zulässig ist daher die folgende Werbung:
„Für alle Produkte gilt selbstverständlich ebenfalls die gesetzliche Gewährleistungsfrist von 2 Jahren“[126].

Werbung mit eingetragenen Marken oder Patenten

Auch eine Werbung mit Marken oder Patenten, die tatsächlich nicht bestehen, ist irreführend.

BEISPIEL

Irreführend ist Produktwerbung, die auf einen Patentschutz hinweist, der aber nicht mehr besteht[127].

Ebenso irreführend sind Werbungen mit solchen Rechten, die über den Schutzgegenstand des Rechts hinausgehen.

BEISPIEL

Irreführend ist auch die Werbung für einen Schlüssel

„mit markengeschütztem Wendeschlüsselprofil“

auch wenn die Markeneintragung den Querschnitt eines Schlüsselprofils wiedergibt. Denn ein Schlüsselprofil selbst ist markenrechtlich nicht schutzfähig[128].

ACHTUNG: Vorsicht ist angebracht, wenn mit dem Begriff *„patent pendig“* geworben wird. Denn hier nimmt die Rechtsprechung an, dass bereits ein Patent nicht nur angemeldet, sondern auch schon erteilt wurde, weil allgemein die Unterscheidung zwischen Patentanmeldung und Patenterteilung nicht bekannt ist[129].

120 Art. 7 Abs. Buchst. g, Art. 7 Abs. 1 und 4 Buchst. d der Richtlinie 2005/29/EG, § 5 Abs. 1 Nr. 7, § 5a Abs. 2, Abs. 3 Nr. 4 UWG; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 247
121 nach § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB
122 BGH, Urteil vom 14.04.2011 - I ZR 133/09 – Werbung mit Garantie
123 vgl. OLG Hamm, Urteil vom 14.02.2013 - Az.: 4 U 182/12 – 5 Jahre Garantie
124 Anhang Nr. 10 S. 2 zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste“)
125 BGH, Urteil v. 19.03.2014 – I ZR 185/12 – Geld-Zurück-Garantie III, Rz. 13
126 BGH, Urteil v. 19.03.2014 – I ZR 185/12 – Geld-Zurück-Garantie III, Rz. 15
127 OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.2018 - I-2 U 26/18 - Irreführung durch Hinweis auf einen Patentschutz, der tatsächlich nicht besteht
128 OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.05.2017 – I-20 U 54/16 - Irreführende Werbung mit Markenschutz eines Schlüsselprofils
129 OLG München, Urt. v. 1.6.2017 – 6 U 3973/16 – Patent pending

2. Irreführung über den Werbenden

2.1 Irreführung über die Art des Geschäfts

Über die Person des Werbenden, wie beispielsweise seine Identität, sein Vermögen, seine Fähigkeiten und Zulassungen oder die Art seines Vertriebs darf man nicht täuschen[130].

"Outlet" irreführend für Einzelhändler

Die Bezeichnung "Outlet" ist für einen Einzelhändler irreführend. Man erwartet bei einem "Outlet" einen günstigen Preis gerade dadurch, dass der Groß- und Einzelhandel wegfällt. Das ist bei einem Einzelhändler auch dann nicht der Fall, wenn er über 500 Filialen betreibt[131].

Irreführung über die Identität

Auch Angaben über die Identität des Unternehmers oder seines Vermögens oder auch etwa der Art seines Vertriebs dürfen nicht in die Irre führen. Ein rechtlich selbständiger „Shop-in-Shop"-Betreiber in einem Kaufhaus darf nicht den Eindruck erwecken, er gehöre zu einer Abteilung des Kaufhauses[132]. Wer sich als „Stadtwerke" bezeichnet muss mehrheitlich in kommunaler Hand sein. Wenn kommunale Anteilseigner nur Minderheitsanteile halten, ist diese Bezeichnung irreführend[133].

2.2 Irreführende Angaben über Sponsoring oder Engagements

Auch wer mit einem bestimmten sozialen, sportlichen, kulturellen oder ökologischem Engagement wirbt, z.B. für die Umwelt, darf dabei nicht täuschen[134]. Wer sich wahrheitswidrig als „Ausrüster" oder „Partner" eines Geförderten bezeichnet oder etwa dessen Symbole benutzt, handelt irreführend. Es gibt aber keine allgemeine Pflicht, über die Höhe der Förderung zu informieren[135]. Sie muss aber nennenswert sein[136].

2.3. Irreführende Angaben über die Einhaltung eines Verhaltenskodexes

Wer mit einem Verhaltenskodex wirbt, muss sich auch daran halten[137]. Auch die unwahre Behauptung, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören, ist unzulässig[138]. Die unwahre Behauptung, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt worden, ist ebenfalls unzulässig[139]. Wer auf die Einhaltung bestimmter Sozial- oder Umweltstandards hinweist, muss sich auch tatsächlich daran halten[140].

2.4 Werbung mit Neueröffnung oder Geschäftsaufgabe

Eine „Neueröffnung" setzt eine vorherige Schließung voraus. Wer mit einer „Neueröffnung nach Totalumbau" wirbt, sein Geschäft aber während des Umbaus gar nicht geschlossen hatte, handelt wettbewerbswidrig[141]. Unzulässig ist es auch, mit einer Geschäftsaufgabe zu werben, wenn eine solche gar nicht beabsichtigt ist[142].

3. Vergleichende Werbung

3.1. Täuschungsverbot in der vergleichenden Werbung

Vergleichende Werbung ist erlaubt[143]. Sie ist zulässig, um den Verbraucher über Eigenschaften und Vorteile eines Produkts zu unterrichten, wenn sie wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften der konkurrierenden Produkte vergleicht und nicht irreführend ist.

BEISPIEL

Eine AdWords-Werbung für gleichwertige Staubsaugerbeutel
„4 Vlies – für AEG – alternativ (ähnlich Swirl PH 86)"
ist zulässig und verletzt nicht die bekannte Marke „Swirl"[144].

130 § 5 Abs. 1 Nr. 3
131 BGH I ZR 89/12 – Matratzen Factory Outlet
132 BGH v. 27.10.1988, I ZR 47/87 – Shop in the Shop II
133 BGH, Urt. v. 13.6.2012 – I ZR 228/10 - Stadtwerke Wolfsburg
134 Vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 UWG
135 BGH, Urteil vom 26. 10. 2006 - I ZR 33/04 - Regenwaldprojekt I
136 OLG Hamburg, Urteil v. 2.10.2002, 5 U 43/02 – Bringt die Kinder durch den Winter
137 § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6
138 Nr. 1 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste)
139 Nr. 3 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste)
140 § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG
141 OLG Hamm, Urteil v. 21.03.2017 - 4 U 183/16 - Wiedereröffnung nach Totalumbau
142 Nr. 15 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste); OLG Köln v. 18.9.2009, 6 U 79/09 – „Die letzten 6 Ausverkaufstage"
143 § 6 II UWG
144 BGH, Urteil vom 02.04.2015 - I ZR 167/13 – Staubsaugerbeutel im Internet

Ein Werbevergleich darf den Verbraucher nicht täuschen[145]. Gerne werden in vergleichender Werbung eigene Produkte mit denen der Konkurrenz verglichen und hieraus unzulässige Schlussfolgerungen gezogen.

BEISPIEL

Im Jahr 2006 hatte ein Discounter mit einem Preisvergleich geworben: Ein abgebildeter Kassenbon wies die Summe von € 46,30 auf. Ein gegenübergestellter Kassenzettel eines Mitbewerbers für die scheinbar gleichen 34 Artikel wies die Summe von € 51,40 auf. Die Werbung enthielt den Slogan

„Niedrige Preise: der Beweis, dass E.Leclerc am billigsten bleibt."

Tatsächlich waren die Artikel nicht vergleichbar und die Auswahl war nicht repräsentativ für das Preisniveau des Mitbewerbers. Das war unzulässig. Denn verglichen wurden nur besonders vorteilhafte (weil billige) Produkte von E.Leclerc[146].

3.2. Objektivitätsgebot in der vergleichenden Werbung

Eine vergleichende Werbung ist unlauter, wenn sie gegen das „Objektivitätsgebot"[147] verstößt: Der Vergleich ist unlauter, wenn er „nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist". Diese Eigenschaften müssen als Tatsachen nachprüfbar sein. Reine Werturteile verstoßen daher gegen das Objektivitätsgebot. Nachprüfbarkeit heißt: Es reicht, wenn ein Verbraucher mit einer Internetrecherche oder auch nur ein Sachverständiger den Vergleich überprüfen kann[148].

Unlauter sind daher Vergleiche die keine Rückschlüsse auf solche Produkteigenschaften zulassen, etwa eine an Verbraucher gerichtete Werbung in denen Produktumsätze gegenübergestellt werden, weil diese keine Rückschlüsse auf die Produkteigenschaften zulassen. Unlauter ist auch eine Werbung, die sich schon nicht auf solche Produkteigenschaften bezieht[149].

BEISPIEL

Unter dem Titel „Tiefstpreisgarantie Carrefour" startete ein Discounter im Dezember 2012 eine groß angelegte Fernsehkampagne. Darin wurden die Preise von 500 Markenartikeln mit denen anderer Handelsgruppen verglichen, darunter auch Intermarché. Man versprach, demjenigen, der die gleiche Ware anderswo billiger fände, die zweifache Preisdifferenz zu erstatten. Verglichen wurden aber tatsächlich die Preise zwischen den größeren Carrfour Hypermärkten und den kleineren Intermarché Supermärkten obwohl auch Intermarché größere Hypermärkte betrieb. Auch eine solche vergleichende Werbung war irreführend und verstößt gegen das Objektivitätsgebot[150].

3.3 Herabsetzungsverbot in der vergleichenden Werbung

Vergleichende Werbung darf eben auch nicht herabsetzend sein[151]. Die Rechtsprechung erkennt inzwischen, dass Werbung oft von pointierten und ironischen Vergleichen lebt. Die Grenze zur unzulässigen Herabsetzung ist aber dort erreicht, wo die Werbung nicht mehr als ironisch, weil nicht wörtlich zu nehmen, anzusehen ist, sondern als wörtlich und ernst zu nehmende Herabsetzung des Wettbewerbers[152].

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN

Zulässige Ironie oder unzulässige Herabsetzung? Gib mal Zeitung" der TAZ - Der „Klassiker" der vergleichenden Werbung

4. Preisangaben in der Werbung

4.1 Unvollständige oder irreführende Preise

Preisangabenverordnung (PanGV)

Der angegebene Preis und dessen angegebene Berechnung darf nicht irreführend sein, ebenso wenig der

145 § 5 III UWG
146 vgl. EuGH v. 18.11.2010 – C-159/09 – Lidl SNC/Vierzon Distribution
147 § 6 II Nr. 2 UWG
148 OLG Frankfurt v. 22.09.2016 – 6 U 103/15 – Vergleichende Werbung mit funktioneller Gleichwertigkeit
149 „Die beste Werbung für S sind die Angebote der Konkurrenz", KG Berlin v. 18.09.1999 – 25 U 6073/97
150 EuGH v. 08.02.2017 – C-562/15 – ITM/Carrefour Hypermarchés SAS
151 § 6 II Nr. 5 UWG
152 BGH, Urteil vom 1.10.2009 - I ZR 134/07 - Gib mal Zeitung

angegebene Preisvorteil[153] (z.B. „ 50 % Rabatt). Hier ist vor allem auch die Preisangabenverordnung (PangV) zu beachten. Sie dient der Preistransparenz für den Verbraucher. Bei der Werbung mit einem Preis müssen daher alle Kosten und Kostenbestandteile, die auf den Kunden zukommen, genannt werden.

BEISPIEL
für Verstoß gegen Pflicht zur Endpreisangabe[154]: Kraftfahrzeughändler wirbt in Zeitungsanzeige für einen Renault Mégane für € 12.990 und in einer Fußnote „Zzgl. Überführung € 750). € 12.990 war daher nicht der Endpreis[155].

Preise müssen als Endpreise, d. h. Inklusive aller Preisbestandteile (Umsatzsteuer, alle Versandkosten, zusätzlich anfallende Steuern und Gebühren) angegeben werden und zwar schon bei Einleitung des Bestellvorgangs und nicht erst im virtuellen Warenkorb des Onlineshops[156]. Dies kann auch in einem Sternchentext geschehen.

Feste Regeln für die Größe des Sternchentextes gibt es nicht. Dieser muss aber in unmittelbarer Nähe des Sternchens platziert sein, also auf jeden Fall auf der gleichen Seite. Er muss deutlich lesbar sein[157].

PangV gilt nicht gegenüber Unternehmern

Die PangV gilt nicht, wenn sich die Werbung nur an Gewerbetreibende richtet[158]. Wer über seinen eigenen Onlineshop verkauft und dabei in roter Schrift darauf hinweist, dass er nur an gewerbliche Kunden verkauft und außerdem die Zusicherung des Kunden verlangt, als gewerblicher Unternehmer zu handeln, richtet sein Angebot nicht an Verbraucher[159].

4.2. Pflicht zur Grundpreisangabe nach der Preisangabenverordnung (PAngV)

Bei Angeboten und Werbung an Verbraucher mit Preisangaben für Produkte in Fertigpackungen, offenen Packungen oder für Verkaufseinheiten ohne Umhüllung, soweit sie nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche angeboten werden, muss der Grundpreis angegeben werden[160]. Die Mengeneinheiten für den Grundpreis der Waren sind[160] grundsätzlich

Kilogramm, Liter, Kubikmeter, Meter oder Quadratmeter

Waren, die nach anderen Mengeneinheiten[162] angeboten und abgegeben werden, etwa stückweise, werden vom Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst[163]. Der Grundpreis darf einschließlich Gratisexemplare berechnet werden[164].

Die Pflicht zur Grundpreisangabe gilt beispielsweise auch für eine Pizza-Lieferdienst.

BEISPIEL
Eine Pizzeria mit Lieferservice bot Chianti, Lambrusco, Soave zu € 5,00 je 0,75l-Flasche und Karamell-Eiskrem *„Cookie Caramel Brownie Cup 500 ml“* zu € 4,00 an. Ein Grundpreis je Liter war nicht angegeben. Der Grundpreis hätte hier aber angegeben werden müssen, weil der Wein und die Eiscreme in Fertigpackungen angeboten wurden. Zwar erlaubt die PAngV eine Ausnahme von der Grundpreisangabepflicht bei Angeboten “im Rahmen einer Dienstleistung”[165]. Eine solche Dienstleistung ist zwar die Zubereitung und das Servieren der Speisen vor Ort, nicht aber die reine Warenlieferung zum Kunden. Der Grundpreis hätte daher angegeben müssen[166].

4.3 Pflichtangaben in der Preiswerbung

Zusätzliche Informationen bei Werbung mit Preisen gegenüber Verbrauchern

Wer in Angeboten an Verbraucher ein konkretes Produkt mit seinen Merkmalen einen Preis nennt, muss in der Werbung zusätzliche Informationen angeben[167].
Mit „Angeboten“ sind hier die „Aufforderungen zum Kauf“ gemeint. Es muss sich aber weder um eine

153 § 5 Abs. 1 Nr. 2 UWG
154 § 6 PAngV
155 LG Aachen v. 15.11.2017 - 7 HK O 36/17
156 BGH, Urteil v. 16. 7. 2009 - I ZR 50/07– Kamerakauf im Internet
157 OLG Frankfurt v. 30.11.2006, 6 U 24/06 – Sparpaket Surf + Phone
158 § 9 Abs. 1 PangV
159 LG Berlin, Urteil v. 9.2.2016 – 102 O 3/16
160 2 Abs. 1 PAngV
161 gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 PAngV
162 vgl. § 2 Abs. 3 S.1 PAngV
163 LG Dortmund v. 1.4.2014 – 19 O 22/14
164 BGH v. 31.10.2013 – I ZR 139/12 – 2 Flaschen GRATIS
165 § 9 Abs. 4 Nr. 4 PAngV
166 Nach BGH Urteil vom 28.08.2012 – I ZR 110/11 – Traum-Kombi
167 § 5 a Abs. 3 UWG

Aufforderung, ein verbindliches Kaufangebot abzugeben („Invitatio ad offerendum“) handeln, noch gar um ein verbindliches Kaufangebot selbst. Hauptanwendungsfälle sind Prospekte, Kataloge und andere konkrete Angebote, auch im Internet. Auch wer mit einer Preisspanne wirbt („ab €…“) muss entsprechend informieren[168].

Bei solchen Angeboten muss man schon in der Werbung über die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung informieren.

BEISPIEL

Wesentliches Merkmal einer Ware ist bei Elektrogeräten die Typenbezeichnung. Fehlt diese, ist die Werbung irreführend[169].

Außerdem muss der Werbende eine Anbieterkennzeichnung (Impressum) angeben.

Die Ware muss aber bereits individualisiert sein. Das ist sie nicht, wenn nur die Marke und die Produktgattung („B… Jeans je 39 Euro“) genannt wird[170] oder wenn mehrere Händler ein Produkt zu einem ungefähren Preis anbieten.

BEISPIEL

Zehn Kfz-Händler bieten einen in einer gemeinsamen Zeitungsanzeige abgebildeten Peugeot 308 zum Preis von € 14.990,- an. Ein Wettbewerbsverband klagte, weil er den Endpreis inklusive Überführungskosten vermisste. Im Kleingedruckten war zu lesen, dass es sich um unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers handelt und der genaue individuelle Endpreis erst bei dem betreffenden Händler zu erfahren sei.

Der BGH hatte die Klage abgewiesen: Es handelte sich noch nicht um ein Angebot im Sinne der PanGV: Im Zeitpunkt der Werbung war eine informierte geschäftliche Entscheidung noch gar nicht möglich. Ebenso wenig war dies eine Werbung unter Angaben von Preisen nach § 1 I 1 Fall 2 PangV. Denn dem Durchschnittsverbraucher war klar, dass nicht alle zehn Händler das abgebildete Fahrzeug zu einem „ungefähren Einheitspreis“ angeboten hatten[171].

Bei einer reinen Imagewerbung sind Angaben nach § 5 a III UWG nicht nötig. Bei einer Imagewerbung wird entweder das Produkt ohne weitere Merkmale und ohne Nennung eines Preises angeboten. Oder aber es wird nur ein Unternehmen beworben und nicht seine Produkte[172].

Gesetzliche Pflichtangaben für Werbung mit Preisen gegenüber Verbrauchern

In einer Preiswerbung müssen die folgenden Informationen angegeben werden[173]:

- Die wesentlichen **Produktmerkmale**
- Die Identität und Anschrift des Unternehmers (Anbieterkennzeichnung oder „**Impressum**“) oder desjenigen, für den er handelt
- Den **Endpreis** inklusive aller Zusatzkosten wie z.B. Lieferkosten
- **Zahlung-, Liefer- und Leistungsbedingungen**
- Das Bestehen eines **Rücktritts- oder Widerrufsrechts**

Zeitpunkt der Informationspflichten – Angebote „unter Hinweis auf Merkmale und Preis“

Das Gesetz fordert diese Informationspflichten schon bei Angeboten „unter Hinweis auf Merkmale und Preis“. Damit sind nicht erst konkrete Angebote oder Aufforderungen gemeint, solche Angebote abzugeben. Ebenso wenig muss die Ware schon gekauft werden können[174]. Es reicht, wenn die Werbung ein Angebot nur ermöglicht[175].

Impressumspflicht bei Preisangaben in Prospekten und Katalogen

Auch in einem Werbeprospekt mit Preisangaben oder einem Katalog mit Preisangaben muss daher der Werbende seine Identität angeben, auch mit seiner Rechtsform. Auch in Prospekten und Katalogen muss daher ein „Impressum“ angegeben werden, wenn darin mit Preisen geworben wird. Es reicht nicht aus, dass er lediglich

168 EuGH v. 12.5.2011, C-122/10 – Konsumentombudsmannen
169 BGH v. 19.2.2014 – I ZR 17/13 - Typenbezeichnung
170 OLG Jena v. 20.3.2013, 2 W 137/13 – Werbung mit einer Marke
171 nach BGH, Urt. v. 12.9.2013 – I ZR 123/12 - DER NEUE
172 vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 25
173 § 5a III UWG
174 Rz. 33; OLG Rostock v. 27.3.2013, 2 U 21/12
175 EuGH v. 12.5.2011, C-122/10 – Konsumentombudsmann /Vin Sverige

die Adressen seiner Filialen angibt[176]. Er muss vielmehr gerade denjenigen Rechtsträger angeben, mit dem der Kauf zu Stande kommt[177].

Ausnahme: Aufgrund Prospektwerbung kann noch nicht gekauft werden

Wenn die Produkte nicht schon aufgrund der Prospektwerbung gekauft werden können, sondern nur im Internet, müssen die Informationen nach § 5a III UWG nicht schon in der Prospektwerbung angegeben werden. Keine „Impressumspflicht" besteht also für eine Printwerbung für eine Internetplattform, wenn die Produkte nur im Internet gekauft werden können[178].

5. Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen (UVP)

5.1 Grundsätze

Preisempfehlungen stellen für den Verbraucher eine wesentliche Orientierungshilfe dar bei der Einschätzung, ob ein Angebot vorteilhaft ist[179]. Werbung mit unverbindliche Preisempfehlungen sind irreführend[180], wenn nicht klar ist, dass

- die Herstellerempfehlung eine „unverbindliche" Preisempfehlung ist,
- die Empfehlung nicht auf der Grundlage einer ernsthaften Kalkulation als angemessener Verbraucherpreis ermittelt worden ist oder
- sie im Zeitpunkt der Bezugnahme nicht mehr gültig ist[181].

5.2 Unzulässige Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen

Tatsächlich nicht bestehende UVP

Unzulässig und unlauter ist es, mit UVP zu werben, die tatsächlich nie bestanden haben. Das gilt auch, wenn für ein Kombinationsprodukt (z.B. eine Auto-Hifi-Set bestehend aus Autoradio, Verstärker und Lautsprecher) mit einem UVP geworben wird, ein UVP aber nur für einzelne Bestandteile, nicht aber für das komplette Set bestand[182]. Unzulässig ist es auch, wenn ein Hersteller selbst mit UVP wirbt[183]. Das gleiche gilt, wenn er Preisempfehlungen ausspricht, die nicht ernsthaft befolgt werden können, z.B. weil der Hersteller diese selbst durchstreicht und durch niedrigere UVP ersetzt[184].

Nicht mehr bestehende UVP

Unzulässig ist eine Werbung mit der unverbindlichen Preisempfehlung für ein Auslaufmodell, für das die Preisempfehlung des Herstellers nicht mehr fortbesteht und das in den Fachhandels- und Endkundenportalen nicht mehr angeboten und in den Fachhandelspreislisten nicht mehr aufgeführt wird. Wird nicht angegeben, dass eine angegebene Herstellerpreisempfehlung tatsächlich nicht mehr besteht, so besteht nämlich die Gefahr, dass der Verbraucher seine Kaufentscheidung auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage trifft[185].

5.3 Zulässige Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen

„Ehemalige unverbindliche Preisempfehlungen"

Eine Werbung mit „ehemaligen unverbindlichen Preisempfehlungen" für Auslaufmodelle ist zulässig. Voraussetzung: Es gibt keine aktuelleren Preisempfehlungen und dem Verbraucher ist klar, dass es sich um ein Auslaufmodell handelt[186].

Eine Auszeichnung mit „eUVP" im Sinne von „ehemalige unverbindliche Preisempfehlungen" ist aber irreführend. Denn der Verbraucher kann dies als „empfohlene unverbindliche Preisempfehlung" missverstehen. Hier hilft auch kein aufklärender Sternchenhinweis[187].

„Empfohlener Verkaufspreis (des Herstellers)"

Eine Werbung mit „empfohlener Verkaufspreis" oder „empfohlener Verkaufspreis des Herstellers" ist zulässig. Denn der Verbraucher weiß, dass Preisempfehlungen vom Hersteller stammen. Er weiß auch, dass Herstellerpreisempfehlungen grundsätzlich nicht bindend sind[188].

176 OLG Saarbrücken v. 6.3.2013, 1 U 41/12 – Unternehmensangabe auf Werbeprospekten
177 OLG Düsseldorf v. 2.10.2012, I-20 U 223/11
178 OLG Köln v. 26.09.2014 – 6 U 56/14
179 BGH, Urt. v. 3.3.2016 – I ZR 110/15 - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon
180 § 5 I 2 Nr. 2 UWG
181 BGH, Urteil vom 14. 11. 2002 - I ZR 137/00 - Preisempfehlung für Sondermodelle
182 vgl. BGH v. 15.09.1999 - I ZR 131/97 - Ehemalige Herstellerpreisempfehlung
183 vgl. LG Hamburg, Urteil v. 27.09.2005 - 312 O 655/05
184 LG Hamburg, Urteil vom 27.09.2005 – 312 O 655/05
185 BGH, Urt. v. 3.3.2016 – I ZR 110/15 - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon
186 BGH v. 15.09.1999 - I ZR 131/97 - Ehemalige Herstellerpreisempfehlung
187 OLG Frankfurt, Urteil vom 22. März 2001 – 6 U 221/00 – eUVP
188 BGH, Urteil vom 7.12.2006 - I ZR 271/03 - Unverbindliche Preisempfehlung - UVP

5.4. Verkäufe über Amazon – Händler haften für unrichtige UVP

Für unrichtige UVP auf Amazon haften die Händler, auch wenn diese die UVP gar nicht eingestellt haben.

BEISPIEL

Die Beklagte bot auf der Internetplattform www.amazon.de am 2.7.2013 eine Uhr der Marke „Casio“ zu 19,90 Euro an. Über der Preisangabe war der Hinweis angebracht

„Unverb. Preisempf.:“ und dahinter die durchgestrichene Angabe „39,90 Euro“

Die Angabe war falsch. Denn es handelte sich um ein Auslaufmodell und im Zeitpunkt des Angebots bestand diese Herstellerpreisempfehlung nicht mehr. Die beanstandete Preisempfehlung hatte Amazon eingestellt. Hierfür haftete dennoch der Händler: Denn die Zurechnung der Gefahr, in dieser Konstellation für falsche Angaben Dritter (d.h. Amazon) zu haften, ist gleichsam die Kehrseite der von den Händlern in Anspruch genommenen Vorteile einer „internetbasierten, allgemein zugänglichen und eine weitgehende Preistransparenz vermittelnden Verkaufsplattform[189].

6. Vorenthalten wesentlicher Informationen gegenüber Verbrauchern

6.1 Verschweigen wesentlicher Informationen

Werbung muss nicht nur täuschende Informationen vermeiden. Wesentliche Informationen dürfen Verbrauchern in einer Werbung auch nicht vorenthalten werden[189].

Wesentliche Informationen sind beispielsweise gesetzlich vorgeschrieben Kennzeichnungen.

BEISPIEL:

Wer Elektrogeräte ohne die gesetzlich vorgeschriebene CE-Kennzeichnung anbietet, handelt irreführend[191]. Ebenso irreführend ist es, in einer Werbung für neue Kraftfahrzeuge den offiziellen Kraftstoffverbrauch oder die offiziellen spezifischen CO_2-Emissionen nicht anzugeben[192].

Auch die Bedingungen, unter denen ein Produkt gekauft werden kann, dürfen nicht verschwiegen werden. Hier muss man auch angegeben, welche Waren von einer Werbeaktion ausgeschlossen sind und zwar möglichst schon in dem für die Werbung benutzten Kommunikationsmittel selbst. Typische Beispiele sind Werbungen mit Rabatten, bei denen bestimmte Produktgruppen von dem Rabatt ausgenommen werden.

BEISPIEL

Wer in einem Prospekt wirbt mit
„19 % MwSt. GESCHENKT AUF MÖBEL, KÜCHEN UND MATRATZEN“ und „+ ZUSÄTZLICH 5 % EXTRARABATT“
darf für die näheren Bedingungen, in denen bestimmte Waren von dem Angebot ausgenommen werden, nicht erst auf eine Internetseite verweisen. Diese Einschränkungen muss er vielmehr schon im Prospekt nennen[193].

WEITERE BEISPIELE

- Werbung mit „25 % Geburtstagsrabatt auf fast alles“, wenn nicht klar ist, welche Produkte ausgenommen sind[194]
- Betreiber eines Preisvergleichsportals verschweigt, dass dieses nur solche Anbieter vergleicht, die dem Betreiber eine Provision bezahlen[195]
- Werbung für Gebrauchtwagen ohne Kilometerangabe[196]
- Werbung für Kosmetikartikel mit einen „Award“ ohne Angabe der Vergabekriterien[197].

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN

Das Urteil BGH v. 27.04.2017 – I ZR 55/16 – Preisportal

189 BGH, Urt. v. 3.3.2016 – I ZR 110/15 - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon
190 § 5a II UWG
191 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 12.3.2015 – 6 U 218/14 – Kopfhörer ohne CE-Kennzeichnung
192 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 6.2.2014 – 6 U 224/12 - Kraftfahrzeugbörse
193 BGH, Urt. v. 27.7.2017 – I ZR 153/16 - 19 % MwSt. GESCHENKT
194 OLG München v. 8.2.2018 - 6 U 403/17
195 BGH v. 27.04.2017 - I ZR 55/16 - Preisportal
196 LG Magdeburg v. 6.12.2017 - 36 O 35/17
197 LG Aachen v. 23.2.2018 - 42 O 118/17

6.2 Werbung mit Rabatten

Vollständige Rabattbedingungen

Auch die Bedingungen, nach denen Rabatte gewährt werden, sind wesentliche Informationen[198]. Daher müssen auch in einer Rabattaktion oder auf einer Rabattplattform (z. B. Groupon) oder einem „Shoppingclub“ (z. B. vente privee, brands4friends) alle Angaben wahr und vollständig sein. Es muss klar sein, wer unter welchen Bedingungen welchen Nachlass auf welchen Preis erhält. Das heißt: Auch bei Rabattaktionen muss man gegenüber Letztverbrauchern die Endpreise inklusive aller Preisbestandteile angeben[199].

Ausnahme: Rabattaktion mit Enddatum

Bei Rabattaktionen, die zu einem vorher bestimmten Kalendertag, z.B. „am 31.3.2019“ enden, muss der ermäßigte Preis nicht ausgerechnet angegeben werden. Es reicht, wenn er mit Hilfe des ursprünglichen Preises und des Rabattes berechnet werden kann[200].

Der richtige Referenzpreis

Ein Rabatt besteht aus zwei Preisen: Einen ursprünglichen Referenzpreis und einen aktuellen Preis. Der anfänglich hohe Referenzpreis soll die Qualität des Produkts ausdrücken, der aktuelle günstige Preis den Vorteil für den Käufer, ohne dass der niedrige Preis das Qualitätsversprechen beschädigt.

In einer Werbung mit einem Rabatt muss klar sein, worauf sich der ursprüngliche Preis bezieht: Auf den eigenen früheren Preis, die Preisempfehlung des Herstellers oder den Preis eines Konkurrenten. Es muss auch klar sein, worauf sich der Referenzpreise bezieht. Mehrdeutige Angaben sind unzulässig[201]. Auch Angaben wie „Listenpreis“ oder „Katalogpreis“ können irreführend sein, wenn nicht klar ist, welche Liste oder welcher Katalog gemeint ist. Der ursprüngliche Preis muss zuvor tatsächlich länger als nur unangemessen kurz gefordert worden sein[202].

BEISPIEL

Ein Baumarkt hatte im Januar 2005 ein einer einwöchigen Aktion mit

„20 % auf alles, ausgenommen Tiernahrung“

geworben und zum Aktionsbeginn bei einem Teil seiner Waren die Preise erhöht. Ein Schlagbohrer beispielsweise, der bei Aktionsbeginn zu € 139,00 abzüglich 20 % Rabatt angeboten wurde, kostete einen Tag zuvor noch regulär € 108,99.

Das war irreführend. Der ursprüngliche Preis hätte unmittelbar vor Beginn der Rabattaktion auch tatsächlich angemessen lange gefordert worden sein müssen. Auch der Umstand, dass bis eine Woche vor Beginn der Rabattaktion der zum Beginn der Rabattaktion erhöhte Preis für längere Zeit der „Normalpreis“ gewesen, spielte keine Rolle. Denn es kommt allein auf die Situation unmittelbar vor der Rabattaktion an[203].

Eröffnungsrabatte

Wer mit Rabatten zur Eröffnung eines Geschäfts oder einer Filiale wirbt, muss angeben, unter welchen Voraussetzungen die Verkaufsaktion beendet sein soll. Andernfalls handelt er irreführend[204]. Wer zur Eröffnung eines Geschäfts mit durchgestrichenen Preisen wirbt, handelt ebenfalls irreführend, nämlich über die Angabe eines Preisvorteils[205]. Denn hier kann es keinen früheren Preis geben[206].

Verlängerungen befristeter Rabattaktionen

Die Frage, ob eine zunächst begrenzte Auktion verlängert werden kann, wird uneinheitlich beantwortet. Das OLG Hamm war in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009[207] der Ansicht, ein Unternehmer müsse seine Geschäftspolitik nicht offenlegen und könne eine Rabattaktion sogar zweimal verlängern. Das OLG Düsseldorf aber widerspricht dem OLG Hamm: Man würden bei einer zeitlichen begrenzten Aktion erwarten, dass diese Gelegenheit so schnell nicht wiederkomme. „Jetzt oder nie“ sei sozusagen die Devise[208].

Zeitliche Untergrenzen für Rabattaktionen

Eine feste gesetzliche Mindestdauer für Rabattaktionen gibt es nicht. So war ein 19-prozentiger Rabatt des Mediamarkts auf Haushaltsgeräte für einen Tag zulässig[209].

198 BGH, Urt. v. 27.7.2017 – I ZR 153/16 - 19 % MwSt. GESCHENKT
199 Vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 PangV
200 § 9 Abs. 2 PangV
201 vgl. BGH v. 17.3.2011, I ZR 81/09 – Original Kanchipur
202 § 5 Abs. 4 S.1 UWG
203 BGH, Urteil v. 20.11.2008 I ZR 122/06 – 20 % auf alles
204 § 4 Nr. 4 UWG; BGH v. 17.3.2011, I ZR 81/09 – Orignal Kanchipur
205 § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG
206 OLG Hamm, Urteil v. 10.1.2013, 4 U 129/12
207 OLG Hamm, Urteil v. 8.9.2009 – 4 U 95/09
208 OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.04.2010 – I-20 U 186/08, 20 U 186/08
209 BGH, Urteil v. 31.3.2010 – I ZR 75/08 – Ohne 19 % Mehrwertsteuer

Rabattaktionen von nur wenigen Minuten Dauer, könnten Gerichte aber durchaus als unangemessene Beeinflussung ansehen. Auf jeden Fall unzulässig ist es aber, wenn in einer Aktion der Eindruck erweckt wird, die Waren seien nur sehr kurzfristig verfügbar, obwohl das tatsächlich nicht der Fall ist[210].

Vorzeitige Beendigungen von Rabattaktionen

Rabattaktionen sollten auch nicht vorzeitig beendet werden.

BEISPIEL[211]

Die Rewe Treuepunkte-Aktion mit Messern der Marke Zwilling durfte nicht vorzeitig beendet werden. Ursprünglich sollten die vollgeklebten Rabattheftchen bis zum 23.07.2011 gegen eingelöst und hierfür Artikel der Marke Zwilling stark reduziert gekauft werden können. Wegen der hohen Nachfrage wurde die Aktion vorzeitig beendet werden. Das war eine Irreführung. Denn der Verbraucher erwartet, dass ein angekündigter Aktionszeitraum auch eingehalten werde[212].

7. Werbung mit Kaufappellen an Kinder

Werbung, die sich unmittelbar an Kinder richtet und darauf zielt, dass diese oder Erwachsene für ein konkretes Produkt kaufen, ist unzulässig[213]. Das ist der Fall, wenn mit der Werbung auch Minderjährige, die das 14. Lebensjahr noch nicht abgeschlossen haben, gezielt angesprochen werden. Dass sich von dieser Werbung auch Erwachsene angesprochen fühlen, ist irrelevant[214]. Voraussetzung ist aber dass sich der Kaufappell auf ein oder mehrere konkrete Produkte richtet.

Wenn in der Werbung kein konkretes Produkt genannt, sondern das gesamte Warensortiment beworben wird, ist dies keine solche unzulässige Werbung[215]. Verboten ist auch nicht jede an Kinder gerichtete Werbung, sondern nur Werbung, die sich gezielt an Kinder richtet. Werbung, die an jede rmann gerichtet ist, von der sich aber auch Kinder angesprochen fühlen können, ist erlaubt[216].

KAPITEL 3 – LEADS GENERIEREN

Werbung braucht Empfänger. Je gezielter Zielgruppen identifizierte und angesprochen werden können, desto effektiver ist die Werbemaßnahme. Deshalb gehört das Generieren von Werbekontakten („Leads“) oft zu den wesentlichen Zielen einer Kampagne. Populäre Mittel, um an Adressen zu gelangen, sind der Kauf von Adressdateien und die Durchführung von Gewinnspielen.

3.1 Gewinnspiele und Preisausschreiben

Gewinnspiele sind zur Leadgenerierung beliebt. Ein falsch durchgeführtes Gewinnspiel kann aber nicht nur Abmahnungen und Bußgelder hervorrufen. Ein Veranstalter kann sich hier sogar strafbar machen. Zunächst darf für die Teilnahme am Gewinnspiel kein Einsatz verlangt werden. Sonst besteht die Gefahr, dass sich der Veranstalter wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels strafbar macht[217]. Das Porto für eine Postkarte gilt dabei noch nicht als Einsatz[218]. Höhere Investitionen sollten dem Teilnehmer aber erspart werden.

Für die Teilnahme an Gewinnspielsendungen, auch in Teleshoppingkanälen, dürfen höhere Beträge als € 0,50 nicht verlangt werden[219], auch nicht wenn dies Telefonkosten (z.B. durch Anwahl einer Mehrwertnummer) sind[220].

Irreführende Gewinnspielwerbungen

Verboten ist es auch, Preisausschreiben durchzuführen, bei dem es tatsächlich keine Preise zu gewinnen gibt[221]. Umgekehrt ist es auch unlauter, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, man habe bereits einen Preis gewonnen[222] oder durch den Kauf eines Produkts ließen sich die Chancen in einem Glückspiel erhöhen[223]. Irreführend ist eine Gewinnspielwerbung auch dann, wenn beispielsweise über die Gewinnchancen in die Irre geführt oder über die Kosten der Gewinnspielteilnahme getäuscht wird[224].

210 Nr. 7 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste)
211 Nach OLG Köln, Urteil vom 10.8.2012, Az. 6 U 27/12
212 § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 2 UWG
213 Anhang Nr. 5 S. 2 zu § 3 Abs. 3 UWG („Schwarze Liste“)
214 BGH, Urt. v. 18.9.2014 – I ZR 34/12 – Runes of Magic II
215 BGH, Urt. v. 3.4.2014 – I ZR 96/13 - Zeugnisaktion
216 BGH, Urteil vom 12.12.2013 – I ZR 192/12 - Goldbärenbarren
217 Vgl. § 284 StGB
218 Vgl. etwa Fischer, Strafgesetzbuch, 57. Aufl. 2018, § 284 Rn. 4
219 § 8a RStV
220 Vgl. VGH München, Urteil v. 12.12.2012 – 7 BV 12.968; LG Freiburg v. 12.05.2005 – 3 S 308/04
221 § 3 III UWG iVm Anh Nr 20
222 § 3 III UWG iVm Anh Nr 17
223 § 3 III UWG iVm Anh Nr 16
224 BGH, Urteil vom 12. Dezember 2013 – I ZR 192/12 – GLÜCKS-WOCHEN

Auch ein Verstoß gegen die beruflichen Sorgfaltspflichten kann eine Gewinnspielwerbung unlauter machen. Wer beispielsweise über die Teilnahmebedingungen oder die Gewinnmöglichkeiten auch nur unzureichend unterrichtet, verstößt gegen diese beruflichen Sorgfaltspflichten[225]. Ein Gewinnspiel darf aber so konstruiert werden, dass

„jeder 100. Einkauf gratis“ ist[226].

Was muss in die Teilnahmebedingungen?

Bei Preisausschreiben und Gewinnspielen müssen die Teilnahmebedingungen klar und eindeutig angegeben werden[227]. Zu den erforderlichen Teilnahmebedingungen gehören nach der Rechtsprechung

- Informationen, wer bis wann wie teilnehmen kann[228]
- Angaben, wie die Gewinner ermittelt werden, also z.B. durch Los[229]
- Wie die Gewinner benachrichtigt werden[230]: Schriftlich, telefonisch oder durch öffentlichen Aushang
- Einschränkungen des Teilnehmerkreises („Nicht teilnahmeberechtigt sind Mitarbeiter von …“)[231]

Nicht in die Teilnahmebedingungen müssen aber Informationen über Herkunft und Wert der Preise aufgenommen werden.

Datenschutzrechtliche Einwilligung

Wer Adressdaten für ein Gewinnspiel nutzen möchte, braucht eine datenschutzrechtliche Einwilligung. Diese Einwilligungserklärung muss von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein[232]. Sie darf daher nicht in den AGB versteckt werden. Die Einwilligung muss

„in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ abgefasst sein“[233].

Aus der Einwilligung muss hervorgehen wer welche Daten für welche Zwecke verarbeiten darf.

Veröffentlichung der Teilnahmebedingungen

Auf die Teilnahmebedingungen muss grundsätzlich schon bei der Werbung für das Gewinnspiel hingewiesen werden[234]. Ob schon in der Gewinnspielwerbung selbst die Teilnahmebedingungen anzugeben sind, oder ein Verweis, z.B. auf eine Website ausreicht, entscheiden die „Umstände des Einzelfalls“. Dabei spielt der Umfang der “Anlockwirkung” eine Rolle und der Umstand, ob der Kunde schon aufgrund der Werbung an dem Gewinnspiel teilnehmen kann oder er etwa noch eine Website besuchen muss[235], ebenso das Werbemedium[236].

Überraschende Teilnahmebedingungen

Erst Recht müssen überraschende Teilnahmebedingungen schon in der Werbung für das Gewinnspiel genannt werden. Teilnehmer müssen grundsätzlich schon in der Werbung auf Bedingungen hingewiesen werden, mit denen sie nicht zu rechnen brauchen. Unerwartetes muss schon in der Gewinnspielwerbung genannt werden und nicht erst in den Teilnahmebedingungen[237].

Schon in der Werbung für das Gewinnspiel sollte also die Teilnahmebedingungen angegeben werden. Dort, wo das nicht möglich ist (z.B. auf einem Werbebanner oder in einem Werbespot) muss man darauf hinweisen, wo die vollständige Teilnahmebedingungen erhältlich sind. Das kann eine verlinkten Internetseite[238] oder eine Teilnahmekarte sein.

Ausschluss von „Gewinnspielclubs“

Wer Gewinnspiele veranstaltet, erhält oft Einsendungen von professionellen Gewinnspieldienstleistungsunternehmen („Gewinnspielclubs“). Diese versenden an Gewinnspielbetreiber im Namen ihrer Mitglieder oft tausende Teilnehmerdaten per Emailnachricht oder per Postkarte. Deratige automatisch generierte Postkarten gehen dann paketeweise bei Gewinnspielveranstaltern ein. Um solche unerwünschten Teilnehmer auszuschließen, sollte in den Teilnahmebedingungen eine Teilnahme über derartige Dienstleister ausgeschossen werden.

225 vgl. BGH v. 5.10.2010, I ZR 4/06 – Millionen-Chance II, Rz. 26
226 BGH v. 22.1.2009 – I ZR 31/06 – Jeder 100. Einkauf gratis
227 Bis 2015 in § 4 Nr. 5 UWG a.F., nunmehr nach dem allgemeinen Irreführungsverboten nach §§ 5, 5a UWG
228 BGH v 10.1.2008, I ZR 196/05 – Urlaubsgewinnspiel
229 BGH v 10.1.2008, I ZR 196/05 – Urlaubsgewinnspiel
230 BGH v. 14.4.2011, I ZR 50/09 – Einwilligungserklärung in Werbeanrufe
231 BGH v 10.1.2008, I ZR 196/05 – Urlaubsgewinnspiel
232 Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO, sog. Trennungsprinzip
233 Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO
234 BGH v. 9.7.2009, I ZR 64/07 – FIFA-WM-Gewinnspiel
235 vgl. BGH v. 11.03.2009, I ZR 194/06 – Geld-zurück-Garantie II, Rz. 37
236 vgl. BGH v. 9.7.2009, I ZR 64/07 – FIFA-WM-Gewinnspiel für eine Gewinnspielwerbung in einem Fernsehwerbespot
237 BGH v. 11.03.2009, I ZR 194/06 – Geld-zurück-Garantie II, Rz. 39
238 BGH v. 11.03.2009, I ZR 194/06 – Geld-zurück-Garantie II

BEISPIEL
„Professionelle Gewinnspieldienstleister und deren Kunden sind von der Teilnahme ausgeschlossen."

Um zu verhindern, dass die Entscheidung über die Ziehung der Gewinner gerichtlich angefochten wird, sollte stets die Klausel *„der Rechtsweg ist ausgeschlossen"* verwendet werden.

KAPITEL 4 – DIREKTWERBUNG

Werbung wird oft als Belästigung empfunden. Eine Unzumutbare Belästigung ist verboten. Wann eine Belästigung als unzumutbar anzusehen ist, regelt § 7 UWG, nämlich wenn der Empfänger die Werbung erkennbar nicht wünscht. Das ist vor allem bei der Direktwerbung und der Kaltakquise zu beachten.

1. Email-Werbung

1.1 Was ist eine Werbe-Email?

„Werbung" ist jede gewerbliche Äußerung, die auf eine Absatzförderung gerichtet ist, auch mittelbar[239]. Werbung ist z.B. ein Kundennewsletter, eine Werbung mit einem Gutschein in einer Bestellbestätigung oder eine Kundenzufriedenheitsumfrage. Werbung ist es daher auch, wenn nach einem Kauf auf dem Amazon-Marketplace der Verkäufer dem Käufer per Email die Rechnung schickt und diesen gleichzeitig auffordert, ihm eine 5-Sterne Bewertung zu geben[240].

1.2 Vorherige und ausdrückliche Einwilligung, Ausnahme: Bestandskunden

Wer Werbung mit elektronischer Post (Email, SMS, WhatsApp; Nachrichten in einem sozialen Netz) versenden möchte, braucht vorher eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers[241]. Ausnahme: Bestandskunden (s.u.). Dementsprechend ist auch eine Einladungs-Email, die Facebook an Empfänger sendet, die nicht Mitglieder des sozialen Netzwerks sind und in den Erhalt der Emails nicht ausdrücklich eingewilligt haben eine „Werbung" und dementsprechend eine unzumutbare Belästigung[242].

Weil der Versender von Werbeemails hierfür mindestens die Emailadresse des Adressaten erfassen muss, braucht er auch eine datenschutzrechtliche Einwilligung[243]. Ohne eine Einwilligung ist der Versand von „Werbung" per Email gegenüber Mitbewerbern stets wettbewerbswidrig, datenschutzwidrig und für den Empfänger eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dient dazu, im privaten Bereich in Ruhe gelassen zu werden[244].

Gelangt die unverlangte Werbeemail in ein gewerbliches Emailkonto, ist dies ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Rechtswidrigkeit folgt hier wiederum aus den Wertungen des Wettbewerbsrechts[245].

1.3. Einwilligung durch „einfachen Opt-In"

Beim einfachen Opt-In stimmt man zu, regelmäßige Nachrichten – meist E-Mails oder auch SMS – zu empfangen. Das geschieht, indem man sich einmal in eine Abonnentenliste (z. B. in einem Webformular) einträgt. Das Problem bei einfachem Opt-Ins: Man kann dort auch fremde Kontaktdaten eintragen. Beim einfachen Opt-In besteht also immer die Gefahr, dass Eintrag tatsächlich nicht vom Empfänger stammt. Nachzuweisen hat die Einwilligung im Prozess aber immer der, der sich auf sie beruft. Einwilligungserklärungen durch einfache Opt-Ins sollten daher vermieden werden.

1.4 Einwilligung durch Double-Opt-In

Wer Emailwerbung versendet, tut dies deshalb meistens an Adressaten, die im Double-Opt-In-Verfahren generiert wurden: Wer den Emailnewsletter erhalten möchte, meldet sich unter Angabe seiner Emailadresse in einem Webformular an. Anschließend erhält er eine Bestätigungsemail, mit der er aufgefordert wird, seine Emailadresse zu bestätigen, indem er eine verlinkte Landingpage aufruft. Dies galt als sicherster Weg, um die erforderliche

239 BGH v. 15.12.2015 – VI ZR 134/15
240 BGH, Urteil vom 10.7.2018 - VI ZR 225/17
241 Vgl. § 7 II Nr. 3 UWG
242 § 7 II Nr. 3 UWG, siehe BGH v. 14.01.2016 – I ZR 65/14 – Freunde finden
243 Art. I a DSGVO
244 vgl. BGH vom 19.12. 1995 – VI ZR 15/95
245 Genauer: § 7 II Nr. 3 UWG, siehe BGH Urteil v. 20.5.2009, I ZR 218/07 – E-Mail-Werbung II

Einwilligung in den Erhalt von Werbeemails nachzuweisen. Auch die erstinstanzliche Rechtsprechung hatte diese erste Bestätigungsemail noch nicht selbst als wettbewerbswidrige unzumutbare Belästigung bzw. als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen[246].

Das Oberlandesgericht München allerdings hielt schon die allererste Bestätigungsemail für einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, wenn eine Einwilligung in den Erhalt der Bestätigungsemail(!) nicht nachgewiesen werden kann[247]. Andere Oberlandesgerichte teilen diese Auffassung nicht. Sie gehen vielmehr davon aus, dass alleine der Empfang einer Bestätigungsemail selbst noch keine Werbung ist[248]. Dennoch ist das Double-Opt-In derzeit noch die sicherste Methode, um eine Einwilligung zu verifizieren. Wichtig ist hier, dass nicht schon die Bestätigungsemail Werbung enthält.

1.5 Einwilligung durch AGB-Klausel

Einwilligungserklärungen werden gerne in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen. Das ist grundsätzlich zulässig[249]. Damit eine solche vorformulierte Einwilligungserklärung wirksam ist, müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein:

Besondere Unterscheidung der Einwilligungserklärung

Eine Einwilligungserklärung muss gegenüber den übrigen Klauseln hervorgehoben werden, so dass sie "von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist"[250] werden. Denn sie ist zugleich eine Einwilligung in die Nutzung von personenbezogenen Daten, nämlich der Emailadresse. Eine solche Hervorhebung kann z.B. durch Fettdruck geschehen.

Keine „Opt-out"-Einwilligung durch bloße Untätigkeit

Der Empfänger muss aktiv einwilligen, d. h. mit einer „Opt-In"-Erklärung. Ein bereits gesetztes Häkchen ist genauso unwirksam wie eine „Opt-Out"-Regelung, bei der man aktiv widersprechen muss.

BEISPIEL

Unwirksam ist daher die folgende Einwilligungserklärung:

[ ] Bitte hier ankreuzen, wenn die Einwilligung nicht erteilt wird [250]

1.6 Notwendige Informationen vor Einwilligung

Der Adressat einer Emailwerbung muss *„für den konkreten Fall in Kenntnis der Sachlage"* eingewilligt haben[252]. Dem entspricht Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Darin heißt es, dass eine Einwilligung „für den bestimmte Fall in informierter Weise" abgegeben sein muss. Das heißt: Eine Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Adressat zuvor darüber informiert wurde, welche Art von Werbung ihn erwartet. Die Einwilligung muss sich auf eben diejenige Werbung beziehen, mit der der Einwilligende bedacht werden soll.

Unwirksam ist die folgende Einwilligungsklausel in den AGB eines Anbieters von Freeware:

„Mit der Angabe seiner persönlichen Daten erklärt der Nutzer sein Einverständnis, dass er von F. M. Limited und den hier [es folgt eine Liste von 25 Unternehmen] genannten Sponsoren Werbung per E-Mail an die vom Nutzer angegebene E-Mail-Adresse erhält. Der Nutzer kann der werblichen Nutzung seiner Daten durch F. M. Limited jederzeit durch eine E-Mail an Info@f...-m... com widersprechen."

Denn hier ist nicht klar, welche Produkte beworben werden sollen[253].

Der Verbraucher muss aber auch wissen von welchem Unternehmen er mit welcher Werbung rechnen muss[254]. Unzulässig sind deshalb generelle Klauseln, mit denen der Empfänger in „interessante Angebote" aus jedem Waren- und Dienstleistungsbereich eingewilligt hat.[255]

246 z.B. LG Berlin v. 30.11.2007, Az. 15 O 346/06; AG München v. 30.11.06, Az.161 C 29330/06
247 OLG München v. 27.09.2012 – 29 U 1682/12 - Bestätigungsaufforderung
248 OLG Celle, Urteil v. 15.05.2014 - 13 U 15/14; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.2016 - I-15 U 64/15 - Werbeanfragen im Reisebuchungssystem
249 BGH, Urteile vom 14. März 2017 - VI ZR 721/15; BGH, Urteil vom 25.10.2012 - I ZR 169/10 – Einwilligung in Werbeanrufe II
250 siehe 7 II DSGVO, ErwG 42 DSGVO
251 BGH v. 16.7.2008, VIII ZR 348/06 – Payback
252 BGH v. 1.2.2018 - III ZR 196/17 – Einwilligung in nachvertragliche Kundenberatung
253 BGH v. 14.3.2017 – VI ZR 721/15
254 BGH v. 14.3.2017 – VI ZR 721/15; BGH v. 25.10.2012 - I ZR 169/10 – Einwilligung in Werbeanrufe II
255 OLG Köln, Urteil vom 29.4.2009 - 6 U 218/08

Die Einwilligungserklärungsklausel darf auch nicht mit anderen Erklärungen (z.B. der Vertragsannahme) kombiniert werden[256]. Ebenso wenig darf von der Einwilligung die Vertragserfüllung abhängen[257].

BEISPIEL
einer zulässigen Einwilligungserklärung in AGB:

[ ] Ich willige ein, dass [der Werbende] meine personenbezogenen Daten zur Versendung von E-Mails mit Angeboten von [Art der Produkte] verarbeitet und nutzt. Ich kann diese Einwilligung jederzeit widerrufen durch Klick auf den nachfolgenden Link.

Wirksam ist auch die folgende Einwilligung im Bestellprozess eines Telekommunikationsunternehmens:

„[ ] Ich möchte künftig über neue Angebote und Services der T. GmbH per E-Mail, Telefon, SMS oder MMS persönlich informiert und beraten werden. Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten aus meinen Verträgen mit der T. GmbH von dieser bis zum Ende des Kalenderjahres, das auf die Beendigung des jeweiligen Vertrages folgt, zur individuellen Kundenberatung verwendet werden. Meine Vertragsdaten sind die bei der T. GmbH zur Vertragserfüllung (Vertragsabschluss, -änderung, -beendigung, Abrechnung von Entgelten) erforderlichen und freiwillig abgegebenen Daten. [Es folgt ein Hinweis auf das Widerrufsrecht]“

Hier ist dem Einwilligendem der Inhalt klar: „Individuelle Kundenberatung“ ist im Kontext der gesamten Klausel und des Bestellprozesses seine eigene Beratung während und nach der Vertragslaufzeit und zwar für die Produkte des Telekommunikationsunternehmens. Diese sind dem Einwilligendem auch bekannt. Denn er hält sich ja gerade in einem Bestellprozess dieses Unternehmens auf. Er weiß daher, um welche Produkte es geht. Das reicht aus[258].

1.7 Keine Einwilligung durch gekaufte „geprüfte“ Emailadresse

Gekaufte Emailadressen enthalten praktisch nie Einwilligungen. An solche Adressen zu versenden, ist daher immer riskant, selbst dann, wenn sie als „legale“ oder „geprüfte“ Emailadressen angeboten werden. Wer „geprüfte“ Emailadressen anbietet, verspricht, dass alle Adressaten der Zusendung von Werbung durch Dritte zugestimmt haben. Das reicht für eine wirksame Einwilligung längst nicht aus. Denn zum einen muss der Adressat zuvor darüber informiert worden, welches Unternehmen ihm schreibt und welche Art von Werbung ihn erwartet (s.o.).

Aber vor allem datenschutzrechtlich können gekaufte Emailadressen keine Einwilligung enthalten. Denn eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach der DSGVO ist nur dann wirksam, wenn sie für bestimmte Zwecke gegeben wurde[259]. Die Inhaber der Emailadressen werden einem Handeln mit ihrem personenbezogenen Datum (der Emailadresse) aber kaum zugestimmt haben[260]. Wer einen Dienstleister mit der Versendung beauftragt, haftet für diesen als Auftraggeber[261].

1.8. Werbung per elektronischer Post gegenüber Bestandskunden

Emailwerbung an Bestandskunden ist unter bestimmten Voraussetzungen[262] erlaubt. Erste Voraussetzung: Der Kunde (selbst!) hat seine Adresse beim Kauf eines Produkts angegeben. Es muss also bereits ein Kauf zustande gekommen sein. Ein bloßes Angebot reicht nicht[263]. Allerdings können auch kostenlose Angebote ein „Verkauf“ darstellen, beispielsweise die kostenlose Registrierung als Basiskunde für ein Partnerportal[264]. Außerdem muss diese Adresse für (eigene) Werbung für gleichartige Waren (d.h. gleicher Verwendungszweck oder auch Zubehör) verwendet werden, der Kunde darf nicht widersprochen haben (Opt-Out) und: Der Kunde muss darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung seiner Adresse auch später jederzeit widersprechen kann.

256 OLG München v. 21.07.2011 – 6 U 4039/10
257 Art. 7 IV DSGVO
258 BGH Urteil v. 1.2.2018 - III ZR 196/17 – Einwilligung in nachvertragliche Kundenberatung
259 Vgl. Art. 6 I a) DSGVO
260 hierzu OLG Frankfurt v. 24.01.2018 – 13 U 165/16 zur Nichtigkeit eines Adresshandelsvertrags
261 § 8 II UWG, § 831 I 2 BGB
262 § 7 III UWG
263 OLG Jena, Urteil v. 21.4.2010, Az. 2 U 88/10
264 OLG München, Urt. v. 15.2.2018 – 29 U 2799/17 – Partnerbörse

Der Widerruf muss dabei genauso einfach sein, wie seine Erteilung[265]. Ein solcher Hinweis könnte beispielsweise so aussehen:

„Falls Sie keine weitere Werbung wünschen, klicken Sie bitte hier [Link]“

Keine unzumutbare Belästigung ist es, wenn eine Partnerbörse mit Werbeemails an die Nutzer der kostenlos registrierten Basiskunden für die Premium-Mitgliedschaft wirbt[266].

1.9 Dauer der Einwilligungen

Die Einwilligung in Emailwerbung soll mit der Zeit ihre Wirkung verlieren. Je nach Gericht werden Einwilligungen, die älter als 1½ Jahre[267] bzw. 2 Jahre[268] sind, für unwirksam gehalten.

2. Telefonwerbung

Auch wer telefonisch werben möchte, braucht eine vorherige Einwilligung des Empfängers. Diese Einwilligung muss gerade diejenige Werbung erfassen, die der Werbende telefonisch an den Mann oder die Frau bringen möchte. Je nachdem, ob der Empfänger ein Verbraucher oder ein Unternehmer ist, stellt das Gesetz an die Einwilligungen unterschiedlich hohe Anforderungen.

2.1 Telefonakquise gegenüber Verbrauchern

„Cold Calls“ gegenüber Verbrauchern, sind ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung verboten[269]. Eine solche ausdrückliche Einwilligung aber kann darin liegen, dass der Verbraucher in einer Zeitungsanzeige seine Telefonnummer angibt.

BEISPIEL
Ein Verbraucher schaltet eine Anzeige, in der er seine Eigentumswohnung zum Verkauf „von Privat“ anbietet. Er gibt darin seine Telefonnummer an. Damit erklärt seine ausdrückliche Einwilligung in Telefonanrufe auch von Maklern, die sich für ihre suchenden Kunden für die Wohnung interessieren. Diese Einwilligung umfasst aber nicht generell Anrufe von Maklern, die ihre Dienste anbieten oder gar einen Maklervertrag abschließen möchten[270].

Anders als gegenüber Unternehmern reicht eine stillschweigende oder nur vermutete Einwilligung bei Verbrauchern nicht aus. Fehlt eine solche ausdrückliche Einwilligung, ist gegenüber Verbrauchern ein Werbeanruf wettbewerbswidrig, außerdem auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts[271].

2.2 Telefonwerbung gegenüber Unternehmern

Gegenüber Unternehmern reicht eine vermutete Einwilligung aus. Vermutlich willigt ein Unternehmer in Werbeanrufe zu Produkten ein, die aufgrund seines Geschäfts für ihn interessant sein könnten[272]. Die Grenzen der mutmaßlichen Einwilligung in Telefonanrufe sind aber eng. Schon ein objektiv ungünstiges Angebot spricht gegen eine mutmaßliche Einwilligung des Angerufenen[273].

Bei Verstößen drohen nicht nur Abmahnungen von Wettbewerbern oder der Angerufenen, sondern auch Geldbußen von bis zu € 300.000 durch die Bundesnetzagentur[274].

Der Anrufende darf seine Rufnummer nicht unterdrücken. Er muss vielmehr seine Rufnummer übermitteln. Wenn er einen Callcenters beauftragt, muss dessen Rufnummer übermittelt werden. Bei einem Verstoß hiergegen droht auch hier eine Geldbuße durch die Bundesnetzagentur und zwar von bis zu € 10.000,00[275].

2.3 Gewinnspiele zur Generierung von Einwilligungen in Telefonwerbung

Gewinnspiele werden oft durchgeführt, um die Teilnehmer im Gegenzug zu einer Einwilligung in

265 Art. 7 III 4 DSGVO
266 OLG München, Urteil v. 15.2.2018 – 29 U 2799/17 – Partnerbörse
267 § 7 II Nr. 2 UWG; die erforderliche persönlichkeitsrechtliche Einwilligung wird aus §§ 823 I, 1004 BGB analog abgeleitet, wobei die Wertungen des § 7 II UWG herangezogen werden, vgl. BGH v. 20.5.2009, I ZR 218/07 – E-Mail-Werbung II
268 § 7 II Nr. 2 UWG; die erforderliche persönlichkeitsrechtliche Einwilligung wird aus §§ 823 I, 1004 BGB analog abgeleitet, wobei die Wertungen des § 7 II UWG herangezogen werden, vgl. BGH v. 20.5.2009, I ZR 218/07 – E-Mail-Werbung II
269 § 7 II Nr. 2 UWG
270 OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.6.2018 – 8 U 153/17 - Einwilligung in Makler-Anrufe
271 OLG Frankfurt Urteil v. 17.11.2011 - 12 U 33/11- Persönlichkeitsrechtsverletzung durch unerwünschte Werbe-Telefonanrufe
272 OLG Hamm Urteil v. 17.22009, 4 U 190/08 – Mutmaßliche Einwilligung in Telefonwerbung
273 BGH Urteil v. 16.11.2006, I ZR 191/03 – Telefonwerbung für Individualverträge
274 § 20 II, III UWG
275 § 149 II TKG

Telefonanrufe oder in den Empfang elektronischer Nachrichten zu bewegen. Das Gewinnspiel soll den Verbraucher in einem Onlineformular zur Angabe seiner Telefonnummer und zum Setzen eines Häkchens bewegen, mit dem er sich mit Telefonwerbeanrufen einverstanden erklärt. Unzulässig ist es hier, dem Verbraucher unter einem Link eine Liste von 59 Unternehmen zu päsentieren, die der Verbraucher einzeln anklicken muss, wenn er von dem betreffenden Unternehmen keine Telefonwerbung erhalten möchte[276].

Ein solches Double-Opt-In-Verfahren ist aber für die Einwilligung in Telefonwerbung ungeeignet. Damit kann nämlich eine Einwilligung eines Verbrauchers in Werbeanrufe nicht nachgewiesen werden. Denn damit ist nicht sichergestellt, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer auch um die des Absenders der Bestätigungsemail handelt[277].

3. Telefaxwerbung, SMS-Werbung

Wie bei der Emailwerbung, ist auch Werbung per Fax oder SMS nur mit vorheriger ausdrücklicher Einwilligung erlaubt[278].

4. Briefkastenwerbung, Prospektwerbung

Briefkastenwerbung ist erlaubt. Bei personalisierten Werbebriefen muss aber sofort nach der Öffnung erkennbar sein, dass es sich um Werbung handelt. Irreführend ist es deshalb, vermeintliche Postbenachrichtigungen zu versenden, in denen über verpasste Paketzustellungen unterrichtet wird, und darin um einen Rückruf zu bitten[279].

Briefkastenwerbung wird dann unlauter, wenn der Empfänger dem Empfang widerspricht, z.B. durch Eintrag seiner Adresse im vom Deutschen Direktmarketing Verband (DDV) geführten Robinsonliste oder durch einen deutlichen Hinweis auf dem Briefkasten.

KAPITEL 5 – SOCIAL MEDIA MARKETING

Werbung auf fremden Plattformen, wie Facebook, Instagram, LinkedIN oder Twitter wirbt, unterliegt denselben rechtlichen Bedingungen wie andere Werbung auch. Das gilt beispielsweise für die „Impressumspflicht“[280]. Die besondere Gefahr liegt hier in der Interaktion der Nutzer: Eine Äußerung oder ein Kommentare eines Nutzers auf einer Plattform sozialer Netze kann dem Werbenden als eigene zugerechnet werden. Er haftet dann so, als stammte die Äußerung von ihm selbst. Der Werbende kann außerdem auch als Störer haften.

1. Zu eigen Machen von fremden Inhalten

1.1 Haftung für fremde Inhalte

Als Täter einer Rechtsverletzung haftet, wer sich fremde Inhalte „zu eigen macht“. Fremder Content wird also behandelt, also ob er vom Werbenden selbst erstellt worden wäre. Hierfür werden Indizien herangezogen. Es kann ausreichen, dass man sich mit fremden Inhalten identifiziert und diesen in so das eigene Angebot integriert und verwertet hat, dass man die „inhaltliche Verantwortung“ übernommen hat.

Die Konsequenzen: Der Werbende muss künftige Rechtsverletzungen verhindern und dem Verletzten auch den durch die Rechtsverletzung entstandenen Schaden ersetzen. So macht sich der Betreiber eines Bewertungsportals sich den Inhalt eines Eintrags zu eigen, wenn er den Inhalt selbst abändert[281].

1.2 Haftung für Links

Ob man für Rechtsverletzungen auf einer verlinkten Internetseite haftet, hängt vom Inhalt der verlinkenden Seite und auch von der Art des Links ab. Wer nur auf „weitere Informationen unter […] verweist und dabei auch nur

276 OLG Frankfurt, Urteil v. 17.12.2015 – 6 U 30/15 – Einwilligung in Werbung bei Gewinnspielen und in Cookie-Nutzung
277 BGH Urteil v. 10.2.2011. Az. I ZR 164//09 – Telefonaktion II
278 § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG
279 OLG Hamm, Urteil v. 19.8.2010 - 4 U 66/10
280 LG Aschaffenburg v. 19.8.2011, 2 HK O 54/11
281 BGH, Urteil v. 4.4.2017 – VI ZR 123/16

auf eine Startseite, nicht aber auf die konkrete URL der rechtsverletzenden Seite (Deeplink) verweist, macht sich die verlinkte Seite nicht zu eigen[282].

Wer über sein Twitter-Konto Links verbreitet, die auf Internetseiten mit rechtswidrigen Inhalten verweisen, kann sich diese Inhalte zu eigen machen[283]. Das gleiche gilt für die Verbreitung von kommentierten Links über Google+[284].

2. Gekaufte „Likes“

Ein „Like“ in einem sozialen Netz suggeriert Beliebtheit des Werbenden oder seiner Produkte. Wer sich seine „Likes“ mit Hilfe eines Gewinnspiels erkauft, handelt aber nicht unlauter: Facebook-Nutzer wissen, dass Gefallensäußerungen auf Facebook unverbindlich und die Motive ihres Zustandekommens unbekannt sind[285].

3. Influencer Marketing

3.1 Kennzeichnungspflicht von Werbung

Der kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung muss gekennzeichnet werden. Sonst handelt es sich um unzulässige getarnte Werbung[286]. Ausnahme: Der kommerzielle Zweck ergibt sich aus den Umständen. Produktempfehlungen in soziale Medien müssen also als Werbung gekennzeichnet werden, wenn sich der kommerzielle Zweck nicht aus den Umständen ergibt.

Keinen kommerziellen Zweck verfolgen private Meinungsäußerungen (d.h. als Nichtunternehmer[287]) oder rein redaktionelle Inhalte. Influencer berufen sich daher gerne darauf, sie handelten privat oder es seien redaktionelle Inhalte.

3.2 Influencer als Unternehmer

Eine geschäftliche Handlung setzt voraus, das jemand zu Gunsten seines eigenen oder eines fremden Unternehmens handelt[288]. Ob jemand zu Gunsten seines eigenen Unternehmens, oder aber privat handelt, beurteilt die Rechtsprechung anhand von Indizien. Wer über 50.000 Follower hat, eine Projektmanagerin beschäftigt und geschäftlich in den Räumen einer Werbeagentur residiert, handelt als Unternehmerin[289].

3.3 Kommerzieller Zweck von Produktempfehlungen

Die hohe Wirkung von Influencern beruht gerade darauf, dass sich der kommerzielle Zweck ihrer Produktempfehlungen nicht ohne weiteres offenbart. Denn zum einen schenkt man Werbung generell weniger Aufmerksamkeit, als Meinungsäußerungen oder redaktionellen Beiträgen. Zum anderen sollen die Follower sollen ja gerade glauben, die Influencerin sei von dem Produkt tatsächlich begeistert und es ginge ihr nicht bloß ums Geld. Ob ein Post, beispielweise auf Instagram, einen kommerziellen Zweck verfolgt, beurteilt die Rechtsprechung anhand von Indizien.

Wenn die Influencerin das präsentierte Produkt kostenlos erhalten hat, hat der produktempfehlende Post einen kommerziellen Charakter. Aber auch wenn die Influencerin das Produkt tatsächlich auf eigene Rechnung gekauft hat, liegt meistens ein kommerzieller Zweck vor. Denn ein Post mit Produktempfehlungen ist meistens eine geschäftliche Handlung auch zu Gunsten eines fremden Unternehmens, nämlich zu Gunsten des Produktherstellers.

BEISPIEL

Eine Influencerin postet ein Bild eines luxuriösen Flugzeugsitzes, hierzu einen Text, in dem sie sich über ein erhaltenes Upgrade für einen Flug freut. Wenn man das Bild anklickte, erschienen Tags. Ein Kopfhörer (nicht von Sony) war mit dem Tag „sony“ versehen, der wiederum verlinkt war mit dem Instagram-Account von Sony. Das war eine geschäftliche Handlung und hätte als Werbung gekennzeichnet werden müssen. Denn der Tag „sony“ stand in weder im Zusammenhang mit dem Bild (weil es sich um den Kopfhörer eines anderen Herstellers handelte) noch im Zusammenhang mit dem Text (der überhaupt keinen Bezug zu Elektronikartikeln hatte)[290].

282 BGH, Urteil v. 18.6.2015 – I ZR 74/14 – Haftung für Hyperlinks
283 LG Frankfurt, Beschluss v. 20.4.2010, 3-08 O 46/10
284 LG Berlin v. 23.4.2013 - 27 O 836/12
285 LG Hamburg, Urteil v. 10.1.2013, 327 O 438/11
286 § 5a VI UWG
287 Vgl. 2 I Nr. 6 UWG,
288 Vgl. § 2 I Nr. 1 UWG
289 LG Berlin, Urteil v. 24.5.2018 – 52 O 101/18, bestätigt durch KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18
290 KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18

3.4 Kommerzieller Zweck oder redaktioneller Beitrag?

Ein Beitrag in einem sozialen Medium ist redaktionell, wenn er nicht dazu dienen soll, Produkte anzukaufen oder zu verkaufen, sondern vielmehr nur eine Meinung kundtun will. Das kann beispielsweise eine weltanschauliche, wissenschaftliche oder verbraucherpolitische Äußerung sein.

Auch wenn ein Beitrag sowohl Werbung als auch redaktionelle Beiträge enthält, ist der Beitrag insgesamt Werbung, wenn die Werbung nicht auf den ersten Blick als solche erkennbar ist[291]. Umgekehrt ist die Nennung einer Marke oder eines Unternehmens in einem Tag dann kommerziell, wenn die Erwähnung mit dem Inhalt des sonstigen Textes oder des Bildes nicht zusammenhängt[292].

Redaktionell ist die Nennung von Marken aber dann, wenn die Tags verlinkt sind mit den Instagram-Accounts der Hersteller oder Händler der jeweils abgebildeten Produkte. Voraussetzung eines redaktionellen Beitrags ist aber, dass die Influencerin für die Produktabbildung nicht bezahlt wurde und die Produkte mit eigenem Geld gekauft hat. In einem solchen Fall soll die Nennung der Marke nur dazu dienen, entsprechenden Anfragen von Nutzern oder Followern zuvorzukommen[293]. In solchen Fällen muss der Post auch nicht als Werbung gekennzeichnet werden.

BEISPIEL[294]

Der Post einer Influencerin zeigt diese in einem blauen Sweatshirt mit Brosche und eienr Bauchtasche. Sie hat die Produkte selbst gekauft und wurde für deren Abbildung nicht bezahlt. Auf dem Bild sind die Produkte mit Tags der Hersteller versehen. Die Tags erscheinen, sobald man das Bild anklickt und sind verlinkt mit den betreffenden Instagram-Accounts der Hersteller. Das war als redaktioneller Beitrag zulässig.

3.5 Richtige Kennzeichnung von Posts in sozialen Medien

Werbung muss als solche gekennzeichnet werden. Eine Kennzeichnung als „#ad“ reicht nicht aus.

BEISPIEL

Eine Influencerin mit über 1 Mio Followern, postete auf Instagram den folgenden Beitrag:

„An alle Sparfüchse: AUFGEPASST! NUR morgen gibt es in allen Filialen von #rossmann & im Online Shop 40% Rabatt auf Augen Make-Up! Viel Spaß beim Einkaufen! @mein_r. Eyes: RdeL Y. Mascara & M. N. Y. The Rock Nudes Lidschatten Palette #b. #ad #eyes #shopping #rabatt #40prozent“

Auftraggeber der Influencerin war eine Drogeriekette. Dies war wettbewerbswidrig[295]. Denn es handele sich um eine „geschäftliche Handlung“, deren kommerzieller Zweck nicht kenntlich gemacht worden war. Eine Kennzeichnung wäre auch nötig gewesen. Denn dass es sich um Werbung gehandelt hatte, war nicht ohne weiteres erkennbar gewesen. So enthielt der Post beispielsweise mehrere Emojis, wie sie auch in privaten Nachrichten üblich sind. Auch die Kennzeichnung mit „#ad“ reichte nicht aus. Denn auf den ersten Blick war „#ad“ nicht erkennbar, zumal der Hashtag unter den anderen Hashtags unterging[296].

Werbung durch Influencer sollte richtigerweise gekennzeichnet werden mit

„WERBUNG“ oder „#werbung“ bzw.
„ANZEIGE“ oder #anzeige

und zwar am Anfang des Posts.

WEITERFÜHRENDE INFORMATIONEN

Influencermarketing: Nicht jede Nennung von Marken ist Werbung

291 BGH Urteil v. 31.10.2012 – I ZR 205/11 – Preisrätselgewinnauslobung V
292 KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18
293 KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18
294 nach KG Berlin, Urteil v. 8.1.2019 – 5 U 83/18
295 Verstoß gegen § 5a VI UWG
296 OLG Celle v. 08.06.2017 – 13 U 53/17 – Schleichwerbung in sozialen Medien

SEIFRIED IP
Intellectual Property

Impressum

Autor:

Thomas Seifried

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

C/O SEIFRIED Rechtsanwälte Partnerschaft
Corneliusstraße 18
60325 Frankfurt am Main

Tel. +49 69 915076-0
Fax +49 69 915076-11

gewerblicherrechtsschutz.pro

Titelfoto: Shibuya at dusk - Tokyo - Japan von Jorge Lascar, Quelle: http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Shibuya_at_dusk_-_Tokyo_-_Japan.jpg
Lizenzbedingungen: Creative Commons Attribution 3.0 Unported: http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/legalcode

Über Anmerkungen, Kommentare und Hinweise zu diesem Ebook freut sich der Autor unter:
feedback@rechtssicherwerben.de

Vom Autor ist außerdem erschienen als kostenloses Ebook:

„Abgemahnt? Die erste-Hilfe-Taschenfibel“ für alle, die eine Abmahnung im Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Domainrecht, Geschmacksmusterrecht oder Internetrecht erhalten haben.

Kostenloser Download hier

Das Werk ist ganz und in Teilen urheberrechtlich geschützt. Dieser Ratgeber ersetzt keine Rechtsberatung, fragen Sie im Zweifel ihren Rechtsanwalt.