

Thomas Seifried

Rechtssicher werben

Rechtliche Grundlagen für Marketing und CRM
für Marketingabteilungen und Werbeagenturen

Mit
neuem
Telefon-
werbe-
gesetz



Stand: August 2009

Rechtssicher werben

Rechtliche Grundlagen für Marketing und CRM
für Marketingabteilungen und Werbeagenturen

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Haftung von Werbeagenturen	5
3.	„Leads“ generieren - Adresskauf und Gewinnspiele	5
3.1	Adresskauf - Listenprivileg und Einwilligung	5
3.2	Gewinnspiele	6
4.	Kampagnenvorbereitung - Ist das Material rechtlich geschützt ?	7
4.1	Verletzung von Kennzeichen?	7
4.1.1	Marken	7
4.1.2	Geschäftliche Bezeichnungen	8
4.1.3	Geografische Herkunftsbezeichnungen	9
4.1.4	„Priorität“ und „Verwechslungsgefahr“	9
4.2	Verletzung von Urheberrechten?	11
4.2.1	Urheberrechtsschutz	11
4.2.2	Fotografien	11
4.2.3	Stadtpläne	11
4.2.4	Screenshots	11
4.2.5	Sprachwerke	11
4.2.6	Zustimmung des Rechteinhabers	12
4.2.7	Bearbeitung von Werken	12
4.3	Verletzung von Rechten an einer Domain?	12
4.4	Verletzung von Geschmacksmustern – Logos, Grafiken und Schriftzeichen	12
4.5	Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts?	12
4.6	Was droht bei Benutzung von geschützten Bezeichnungen oder Werken?	14
5.	Kampagnenführung – Was ist verboten, was ist erlaubt?	15
5.1	Das seit dem 30.12.2008 geltende UWG	15
5.2	Bagatellschwelle schwindet	15
5.3	„Wettbewerbshandlung“ wurde zu „geschäftliche Handlung“	15

5.4	Unlautere geschäftliche Handlungen	15
5.4.1	Ausübung von Druck	16
5.4.2	Ausnutzen von Unerfahrenheit	16
5.4.3	Verschleierung des Werbecharakters	16
5.4.4	Bedingungen für Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke	16
5.4.5	Mitbewerber herabsetzen	16
5.4.6	Produkte nachahmen	16
5.4.7	Gezielte Behinderung	16
5.4.8	Gesetzesverstöße	16
5.5	Irreführende geschäftliche Handlungen	17
5.6	Vergleichende Werbung	18
5.7	Unzumutbare Belästigungen	18
5.7.1	Cold Calls	18
5.7.2	Ansprechen auf der Straße	19
5.7.3	Werbung per Telefax, Email oder SMS (Einfache Opt-Ins, Double Opt-Ins)	19
5.7.4	Briefkastenwerbung	19
5.7.5	Werbung gegenüber Bestandskunden	19
5.8	Besonderheiten für Kampagnen für Konsumenten	20
5.8.1	Unwahre Angaben gegenüber Verbrauchern	20
5.8.2	Irreführende Angebote	21
5.8.3	Verwendung von Güte- oder Qualitätszeichen ohne Genehmigung	21
5.8.4	Preis Ausschreiben ohne Preise	22
5.8.5	Unverlangte Wareneinsendungen	22
5.8.6	Hindern am oder weigern zu gehen	22
5.8.7	Unlautere Handlungen von Versicherungsunternehmen	22
5.8.8	Werbung gegenüber Kindern	22

1. Einleitung

„50 % meines Werbebudgets ist hinausgeworfenes Geld. Niemand kann mir aber sagen, welche 50 % das sind.“

Henry Ford wusste, dass er nicht verkauft, wenn er nicht wirbt. Selbst das innovativste Produkt verkauft sich nicht von alleine. Wenn es ohne Botschaft bleibt, wird es den Laden hüten. Auch schlechte Produkte verkaufen sich immer wieder gut, wenn sie innovativ oder aggressiv beworben werden. Je innovativer oder aggressiver die Werbung ist, desto eher werden sich aber Konkurrenten an ihr stören. Dann kann Werbung für den Werbenden Schäden hervorrufen, die den Gewinn aus der Werbung bei weitem übersteigen.

Aber auch eine schlampige und billig zusammengeschusterte Kampagne kann schnell teuer werden: Wenn eine Werbekampagne mit nicht lizenzierten Medien arbeitet, dann generiert diese Kampagne statt neuer Umsätzen teure Abmahnungen. Das gleiche gilt, wenn die Art und Weise der Werbung unlauter ist. Der Grund einer solcher Abmahnung kann dabei vielfältig sein:

Der Inhaber von Nutzungsrechten an Bildern, Filmen, Straßenkartenausschnitten oder Texten rügt die nicht lizenzierte Verwendung seines Materials. Der Inhaber einer Marke oder Unternehmensnamens mahnt die unerlaubte Benutzung seiner Bezeichnung ab. Eine Person findet sich unverhofft in einer Werbeanzeige wieder und fordert eine strafbewehrte Unterlassungserklärung wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts. Ein Konkurrent ärgert sich über Werbung, die den Kunden täuscht und mahnt selbst

ab oder lässt das über die Wettbewerbszentrale tun.

Eine Werbekampagne, die mit nicht lizenzierten Bildern und fremden Texten aus dem Internet zusammengestellt wird, fremde Marken verletzt und in der Durchführung noch gegen Wettbewerbsrecht verstößt, generiert schnell Abmahnungen und Rechtsstreitigkeiten in Höhe von mehreren zehntausend Euro.

Der folgende Leitfaden gibt einen Überblick über populäre rechtliche Fallstricke bei der Entwicklung und Durchführung von Werbekampagnen. Er soll vor allem Sensibilität erzeugen für die Fragen:

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

Am 4. August 2009 trat das neue Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung („Telefonwerbe-gesetz“) in Kraft. Mit diesem Gesetz werden wesentliche Bestimmungen des UWG, des BGB und des TKG geändert. Insbesondere die Telefonakquise wird erheblich eingeschränkt. Verbraucher dürfen nur noch bei ausdrücklicher vorheriger telefonischer Einwilligung zu Werbezwecken angerufen werden. Verstöße können mit Bußgeldern von bis zu € 50.000 geahndet werden. Wer außerdem künftig einen Verbraucher zu Werbezwecken anruft und dabei seine Rufnummer unterdrückt, dem droht eine Geldbuße von bis zu € 10.000.

2. Haftung von Werbeagenturen für rechtswidrige Kampagnen

Auch Kampagnen, die von Werbeagenturen konzipiert wurden, sind bisweilen wettbewerbswidrig oder verletzen fremde Schutzrechte. Wird der Kunde einer solchen Kampagne abgemahnt oder gar verklagt, wird er sich fragen, ob er seine entstandenen Anwalts- und Gerichtskosten von der Werbeagentur ersetzt verlangen kann.

Ob und in welchem Umfang eine Werbeagentur haftet, richtet sich vor allem nach dem, was sie nach dem Agenturvertrag leisten muss. Einige Grundsätze hat die Rechtsprechung aber aufgestellt: Eine Werbeagentur muss z.B. grundsätzlich prüfen, ob eine Werbemaßnahme wettbewerbsrechtlich zulässig ist oder nicht (OLG Frankfurt am Main GRuR-RR 2002, 77 - *Anzeige für Räumungsverkauf*). Bevor ein Bild veröffentlicht oder verbreitet wird, muss eine Werbe- oder Bildagentur nicht nur die Nutzungsrechte recherchieren. Sie muss auch recherchieren, ob ein Foto Persönlichkeitsrechte verletzt, selbst wenn eine solche Recherche unüblich oder schwierig ist (OLG Frankfurt am Main ZUM-RD 2009, 314). Hinzu kommt, dass vor allem größere Auftraggeber nahezu alle Risiken wegen Verletzung von fremden Schutzrechten in den Agenturverträgen auf die Agenturen abwälzen. Werbeagenturen müssen also in aller Regel selbst prüfen, ob ihre Kampagnen und das darin verwendete Material rechtskonform ist.

3. „Leads generieren“ - Adresskauf und Gewinnspiele

Vor dem Verkauf steht das Angebot. Je gezielter identifizierte Zielgruppen angesprochen werden können, desto effektiver ist die Werbemaßnahme.

Deshalb gehört das Generieren von Werbekontakten („Leads“) oft zu den wesentlichen Zielen einer Kampagne. Zwei populäre Wege, um an Kundenadressen, insbesondere Emailadressen zu gelangen, sind der Kauf von Adressdateien und die Durchführung von Gewinnspielen. Beide sind rechtlich nicht ungefährlich.

3.1 Adresskauf - Listenprivileg und Einwilligung

Nach derzeitigem Recht ist die Nutzung von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken datenschutzrechtlich eigentlich grundsätzlich zulässig. Das sog. „Listenprivileg“ wurde bisher nicht abgeschafft.

Für die Benutzung von gekauften Adressen bleibt aber dennoch praktisch nur ein geringer Raum. Der Käufer einer Adresse wird in den allerwenigsten Fällen überprüfen können, ob der Adressat nicht nur der Nutzung seiner Daten, sondern auch in den Empfang von Werbung eingewilligt hat. Auch wenn manche Adresshändler die Lieferung „geprüfter“ Adressen versprechen: Gerade die ausdrückliche (!) Einwilligung eines Adressaten in den Empfang der Werbung des Adresskäufers wird praktisch nie vorliegen. Als Konsequenz kann an gekaufte Adressen eigentlich nur Printwerbung verschickt werden. Emailadressen sind deshalb nutzlos, weil der Empfänger - gleichgültig ob Gewerbetreibender oder Verbraucher - in den Empfang von Emailwerbung zuvor ausdrücklich eingewilligt haben muss. Das gleiche gilt ab Geltung des durch das neue Telefonwerbegesetzes am 4.8.2009 erneut geänderte Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern. Hier drohen bei Verstößen Bußgelder bis zu € 50.000.

3.2. Gewinnspiele

Gewinnspiele sind zur Leadgenerierung außerordentlich beliebt, weil sie so wirkungsvoll sind. Die Angabe einer Adresse als Gegenleistung für die Aussicht auf einen Gewinn, erscheint vielen Menschen als geringes Übel. Ein falsch durchgeführtes Gewinnspiel kann aber nicht nur Abmahnungen und Bußgelder hervorrufen. Im schlimmsten Fall ist es sogar strafbar wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels.

Zunächst darf für die Teilnahme am Gewinnspiel kein Einsatz verlangt werden. Es besteht nämlich die Gefahr, dass sich der Veranstalter des Gewinnspiels wegen unerlaubten Veranstaltens eines Glücksspiels strafbar macht. Das Porto für eine Postkarte gilt dabei noch nicht als Einsatz. Höhere Investitionen sollten dem Teilnehmer aber unbedingt erspart werden.

Verboten ist es auch, ein Preisausschreiben durchzuführen, bei dem es **tatsächlich keine Preise** zu gewinnen gibt. Umgekehrt ist es auch unlauter, den Eindruck zu erwecken, man habe bereits einen Preis gewonnen.

Bsp.: Die im Internet oft als Popup erscheinende Meldung „KEIN SCHERZ! SIE HABEN SOEBEN GEWONNEN!“ ist beispielsweise in aller Regel unlauter.

Ebenso wenig darf durch ein Angebot der Eindruck erweckt werden, es ließen sich Glücksspielgewinnchancen dadurch erhöhen, dass man eine Angebot annimmt oder bestimmte Geldbeträge bezahlt. Es gelten im Wesentlichen folgende Regeln:

- Die Teilnahmebedingungen müssen vollständig und unschwer lesbar sein. Dazu gehören: Die Teilnahmeberechtigten, der Teilnahmeschluss,

die Modalitäten der Gewinnerauswahl (z.B. Losentscheid), die Art der Preisübergabe (Abholung, Zusendung), alle Kosten der Inanspruchnahme des Preises (beispielsweise weitere Kosten beim Gewinn einer Reise). Informationen über Herkunft und Wert des Preises gehören aber grundsätzlich nicht dazu.

- Unlauter ist es aber, wenn der Sinn des Preisrätsels in erster Linie in der Werbung für das als Preis ausgelobte Produkt besteht und dies verschleiert wird. Gemeint sind die Fälle, in denen der Preis vom Hersteller kostenlos oder sogar gegen Bezahlung zur Verfügung gestellt wird, um mit dem vermeintlich vom Organisator des Gewinnspiels unabhängig und ohne weitere Anreize ausgesuchten Preis zu werben.
- Es gilt außerdem ein striktes **Koppelungsverbot**: Die Teilnahmeberechtigung an dem Gewinnspiel darf nicht an den Abschluss eines Vertrags gekoppelt werden. Es soll verhindert werden, dass der Anreiz einer Gewinnaussicht den Verstand eines Verbrauchers dermaßen beeinträchtigt, dass sich der Verbraucher zu einem Vertragsschluss hingerissen fühlt, den er ohne die Gewinnaussicht nicht abgeschlossen hätte. Irreführend ist es, wenn es sich tatsächlich gar nicht um ein Gewinnspiel handelt, etwa weil tatsächlich jeder Teilnehmer eines Gewinnspiels gewinnt.
Bsp.: Unlauter wäre es z.B. die Teilnahmebedingungen auf dem Produkt selbst aufzubringen. Denn hier müsste der Teilnehmer erst das Produkt kaufen, um am Gewinnspiel teilnehmen zu können.

4. Kampagnenvorbereitung – Ist das Material rechtlich geschützt?

Welches Material darf ich in einer Werbekampagne benutzen? Welches Material ist rechtlich geschützt? Um teure Abmahnungen und Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, muss das Material sorgfältig ausgewählt werden.

4.1 Ist ein Kennzeichen rechtlich geschützt?

Kennzeichen sind **Marken, geschäftliche Bezeichnungen (Unternehmenskennzeichen, Werktitel) und geografische Herkunftsangaben.**

4.1.1 Marken

- Eine **Marke** ist die Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung. Sie soll darauf hinweisen, dass das Produkt oder die Dienstleistung aus einem bestimmten Unternehmen stammt (Herkunftsfunktion).

Als Marke schutzfähig sind grundsätzlich Wörter, Namen, Bilder, Buchstabenkombinationen, Zahlen, akustische Tonfolgen, dreidimensionale Formen, Produktverpackungen, Farbkombinationen, Tastmarken, und theoretisch auch Gerüche. Marken müssen allerdings grafisch darstellbar sein. Das ist bei letzteren bisher nicht gelungen. Die Einreichung einer chemischen Formel jedenfalls genügt nicht.

Die Marke an sich muss aber zu einer Unterscheidung von anderen Waren oder Dienstleistungen geeignet sein. Bezeichnungen wie „super“ oder „ideal“ sind das meistens nicht. Sie darf auch nicht selbst das Produkt oder die Dienstleistung beschreiben oder darstellen. Ein Obsthändler

kann sich daher die Bezeichnung „Apfel“ nicht als Marke für Äpfel eintragen lassen. Ein Computerhersteller könnte sich „Apfel“ aber als Marke für Computer eintragen lassen. Auch Werbeslogans sind grundsätzlich als Marke schutzfähig, wenn sie unterscheidungskräftig sind.

Beispiele: „Tae-Bo“ ist eine eingetragene Marke der BG Star Productions Inc. in den USA, u.a. für die Durchführung von Kursen für die physische und mentale Fitness.

Auch die dreidimensionale *Verpackung der Ritter-Sport Schokolade* ist beispielsweise als 3-D-Marke geschützt.

„*leading to results*“ ist ein als Marke eingetragener Slogan der Deutschen Bank AG u.a. für Finanzdienstleistungen.

Die Farbe „*magenta*“ ist beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Registernummer 39552630.2 als Farbmarke für die Deutsche Telekom AG eingetragen, u.a. für Telekommunikation.

Die Marke darf außerdem nicht über Eigenschaften der Waren/Dienstleistungen täuschen, gegen die öffentliche Ordnung verstoßen oder amtliche Wappen oder Siegel enthalten.

Die Verwendung von amtlichen Wappen, Flaggen, Siegel, Prüfzeichen ist außerdem eine Ordnungswidrigkeit und damit strafbar. Amtliche Prüfzeichen tragen in aller Regel ein Wappen, beispielsweise einen Bundesadler.

- Eine Marke entsteht durch Eintragung einer nationalen Marke in das Markenregister des Deutschen Patent- und Markenamts („**DPMA**“,

www.dpma.de) oder durch Eintragung einer europaweit geltenden Gemeinschaftsmarke beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt („HABM“, www.oami.eu). Die Anmeldung und Eintragung internationaler Marken erfolgt durch die Weltorganisation für geistiges Eigentum („WIPO“, www.wipo.int). Durch die Registrierung einer deutschen Marke bei der WIPO erhält die deutsche Marke in den Mitgliedsstaaten des Madrider Markenabkommens den gleichen Schutz, wie eine Marke des jeweiligen Mitgliedsstaates. Derzeit sind 84 Staaten und Staatenbünde Vertragspartner des Madrider Systems, darunter auch die Europäische Gemeinschaft.

Eine Marke entsteht außerdem durch Benutzung und dem Erreichen einer bestimmten Bekanntheit bei denjenigen, die die markierte Ware oder Dienstleistung kaufen würden und durch (die praktisch bedeutungslose) notorische Bekanntheit. Eine Benutzungsmarke kann also auch regional begrenzt, z.B. nur innerhalb eines Stadtgebiets entstanden sein. Eine eingetragene Marke wirkt aber immer bundesweit.

Ob eine Marke durch Bekanntheit entstanden ist, ist von Fall zu Fall verschieden. Die Rechtsprechung lehnt feste Prozentsätze ab. Unter Umständen reichen schon Prozentsätze unterhalb von 30 % der relevanten Verkehrskreise. Das sind in aller Regel diejenigen, die als Käufer der mit der Marke gekennzeichneten Produkte in Frage kommen.

- ▣ **Recherchemöglichkeit nach nationalen Marken** (keine Registrierung nötig):

<http://register.dpma.de/DPMAreger/marke/einsteiger>

- ▣ **Recherchemöglichkeit nach Gemeinschaftsmarken** (keine Registrierung nötig):
http://oami.europa.eu/CTMOnline/RequestManager/en_SearchBasic

4.1.2 Geschäftliche Bezeichnungen sind Unternehmenskennzeichen und Werktitel.

- ▣ **Unternehmenskennzeichen** sind der Name oder die Firma eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils.

Beispiele für Unternehmenskennzeichen:
„Rhodos-Grill“, „Best Worscht in Town“,
„Hotel Adler“, „Mohrenapotheke“

Unternehmenskennzeichen entstehen grundsätzlich durch Benutzung und grundsätzlich bundesweit, es sei denn das Geschäft des Unternehmens ist durch seine Art räumlich beschränkt. Eine Pizzeria wird beispielsweise nur lokale Kunden ansprechen, auch wenn deren Speisekarte im Internet potenziell weltweit verfügbar ist.

- ▣ **Werktitel** sind Namen von geistigen Werken, wie Büchern, Filmen, Tonwerke, Bühnenstücke oder Ähnlichem.
Beispiele „Der 7. Sinn“ für Fernsehsendungen aber auch „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.

Recherchemöglichkeit nach Werktiteln, die im Titelschutzanzeiger veröffentlicht wurden (keine Registrierung nötig):

<http://www.titelschutzanzeiger.de/>

4.1.3 Geografische Herkunftsbezeichnungen

sind in erster Linie Namen von Orten oder Gebieten, die als Herkunftsbezeichnung von Waren oder Dienstleistungen dienen.

Bsp.: „Lübecker Marzipan“, „Warsteiner“

4.1.4 „Priorität“ und „Verwechslungsgefahr“.

Nach dem Grundsatz der *Priorität* ist ein älteres Zeichen „stärker“. Der Inhaber des älteren Zeichens kann dem Benutzer eines jüngeren Zeichens die Benutzung verbieten.

Die Benutzung eines identischen Zeichens für identische Produkte oder Dienstleistungen ist in aller Regel eine Markenverletzung.

Bsp.: Die Benutzung von markenrechtlich geschützten Bezeichnungen als Keywords für Google-Adwords ist nach Meinung der meisten Oberlandesgerichte eine Markenverletzung. Das gilt auch dann, wenn der geschützte Begriff in den Adwords selbst nicht auftaucht.

Entsprechendes gilt für die Benutzung einer identischen Firma oder einer anderen geschäftlichen Bezeichnung eines Unternehmens zur Kennzeichnung eines anderen Unternehmens. Diese Fälle sind in der Praxis relativ selten.

Der weitaus größte Teil der Kennzeichenverletzungen spielt im Ähnlichkeitsbereich. Ist eine Bezeichnung einer anderen zumindest ähnlich und wird diese für zumindest ähnliche Produkte oder Dienstleistungen oder in ähnliche Branchen benutzt, besteht *Verwechslungsgefahr*. Ein jüngeres verwechslungsfähiges Zeichen verletzt das ältere Zeichen. Der Inhaber des älteren Zeichens kann dem Nutzer des jüngeren Zeichens die Benutzung gerichtlich verbieten lassen.

Verwechslungsgefahr bei Marken

Die Benutzung eines Zeichens, das einer Marke ähnelt, kann eine Markenverletzung sein. Je ähnlicher das benutzte Zeichen der geschützten Marke ist und je ähnlicher sich die gegenüberstehenden Produkte oder Dienstleistungen sind, für die das Zeichen und die Marke benutzt werden, desto wahrscheinlicher ist die Markenverletzung. Es besteht also eine Wechselwirkung zwischen der Ähnlichkeit des Zeichens und der Marke und der Ähnlichkeit der jeweils gekennzeichneten Produkte oder Dienstleistungen.

Als weiterer Faktor kommt die sog. „Kennzeichnungskraft“ hinzu: Je origineller und individueller eine Bezeichnung ist, desto stärker ist es. Je mehr die Marke das gekennzeichnete Produkt hingegen nur beschreibt, desto schwächer ist es. Wenn ein Zeichen das zu kennzeichnende Produkt nur beschreibt, hat es überhaupt keine Kennzeichnungskraft. Es ist dann grundsätzlich nicht schutzfähig.

Bsp.: Die Bezeichnung „VISAGE“ ist für eine Gesichtscreme beschreibend und damit ohne Kennzeichnungskraft. Sie ist also als Marke nicht schutzfähig. Denn der Ausdruck „Visage“ wird auch im Deutschen umgangssprachlich für Gesicht gebraucht.

Der Fußball Weltverband FIFA hatte sich die Bezeichnung „FUSSBALL WM 2006“ als Marke für eine ganze Reihe von Waren und Dienstleistungen eintragen lassen. Diese Eintragungen wurde 2006 zum großen Teil wieder gelöscht, weil der Begriff „FUSSBALL WM 2006“ nicht nur für die Sportveranstaltung „Fußballweltmeisterschaft 2006“, sondern auch für alle mit dieser Sportveranstaltung verbundenen Waren und Dienstleistungen beschreibend ist und nicht als Marke aufgefasst wird.

Eine an sich beschreibende Bezeichnung kann aber dennoch als Marke eingetragen werden, wenn sie sehr bekannt ist. Das setzt voraus, dass man weiß, dass die gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen stammen.

Eine Marke kann ihre Kennzeichnungskraft aber auch wieder verlieren, wenn sie für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie geschützt ist, wegen ihrer großen Bekanntheit beschreibend geworden ist. *Bsp.: Die Bezeichnung „POST“ wurde unter anderem für Dienstleistungen der Briefbeförderung für die Deutsche Post AG eingetragen. Hiergegen hatten mehrere Wettbewerber der Deutschen Post AG Löschungsanträge gestellt: Die Marke würde nunmehr diese Dienstleistungen lediglich beschreiben und sei nicht mehr schutzfähig. Die Marke wurde zunächst gelöscht. Der BGH hat die Sache allerdings wieder an das Bundespatentgericht zurückverwiesen, das nun darüber entscheiden muss, ob die an sich beschreibende Bezeichnung „POST“ für Briefbeförderung so bekannt ist, dass sie dennoch als Hinweis auf Herkunft der Dienstleistung aus dem Unternehmen „Deutsche Post AG“ verstanden wird.*

Die Faktoren Zeichenähnlichkeit, Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit und Kennzeichnungskraft stehen untereinander in Wechselbeziehung: Je stärker eine Marke ist, desto weniger ähnlich müssen die sich gegenüberstehenden gekennzeichneten Produkte sein, damit eine Markenverletzung vorliegt.

Ist das Zeichen eine im Inland bekannte Marke, müssen die Waren oder Dienstleistungen noch nicht einmal ähnlich sein. Die Rechtsprechung nimmt eine solche z.T. schon ab einem Bekanntheitsgrad von 30% an. Für eine Markenverletzung kann es bei solchen Marken schon ausreichen, wenn die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung dieser Marke beeinträchtigt wird. Die Benutzung von im Inland bekannten Marken ist also besonders gefährlich.

*Bsp. für eine im Inland bekannte Marke:
„Fisherman's Friend“*

Für eine Verwechslungsgefahr reicht es in aller Regel klangliche, bildliche oder auch nur begriffliche Ähnlichkeit aus.

Bsp. Die Brauerei Beck hatte von 1993 bis 1999 als eingetragene Bildmarke für Bier ein Wappen, in dem ein auf den Kopf gestellter Schlüssel abgebildet war. Diese Marke hat die ältere Wortbildmarke „Original Schlüssel Obergärige Handwerkliche Hausbrauerei“, ebenfalls eingetragen unter anderem für Bier, der Brauerei Schlüssel verletzt. Denn die Zeichen haben im Sinngehalt übereingestimmt. Die Marke der Brauerei Beck wurde deshalb wieder gelöscht.

Verwechslungsgefahr bei Unternehmenskennzeichen

Die Grundsätze der Verwechslungsgefahr gelten ebenso bei Unternehmenskennzeichen, etwa einem Firmennamen oder einer Domain. Das gleiche gilt für im Inland bekannte Unternehmenskennzeichen.

Statt Waren- oder Dienstleistungsähnlichkeit kommt es aber hier auf die Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Branchen an. Auch hier gilt: Je stärker das Unternehmenskennzeichen, desto weniger ähnlich müssen die zu vergleichenden Branchen sein.

Kennzeichenrechtsstreitigkeiten sind teuer. Sie beginnen in der Regel bei einem Gegenstandswert von € 50.000,00 und erreichen bei bekannten Kennzeichen leicht einen Gegenstandswert von € 500.000,00 und mehr. Ein verlorener Rechtsstreit kostet in diesem Fall inklusive der Kosten der außergerichtlichen Abmahnung ca. € 30.000,00. Diese Kosten können sich noch erheblich erhöhen, beispielsweise durch Hinzuziehung eines Patentanwalts oder Durchführung einer Umfrage zur Bekanntheit einer Marke.

4.2 Verletzung von Urheberrechten?

Urheberrechtsfähig ist grundsätzlich jedes Werk der Literatur, der Wissenschaft und der Kunst, das individuell ist und „Schöpfungshöhe“ besitzt. 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 sind nämlich auch Stadtpläne und nicht künstlerische Fotografien, sog. „Lichtbilder“.

4.2.1 Der Urheberrechtsschutz entsteht mit Entstehung des Werkes. Es wird nirgendwo eingetragen. Ebensovienig erforderlich für seinen Schutz ist die **populäre Kennzeichnung mit dem ©**.

4.2.2 Urheberrechtlich sensibel bei der Materialsammlung sind vor allem **Fotografien** („Lichtbilder“ und „Lichtbilder“) jeder Art, auch solche, die nur in gewöhnlicher Art ein Produkt oder einen Gegenstand darstellen. Urheberrechtlich geschützt ist u.U. sogar das Motiv selbst.

Bsp.: Wer zwar das Foto selbst nicht nutzt, sondern nur das Motiv nachstellt und neu aufnimmt kann die Urheberrechte des Fotografen verletzen.

4.2.3 Auch **Stadtpläne** oder Teile von diesen sind urheberrechtlich geschützt. Fast alle großen Stadtplanverlage durchsuchen das Internet gezielt nach Internetseiten, auf denen ihre Kartenausschnitte als Anfahrsbeschreibungen ohne Genehmigung benutzt werden.

4.2.4 Urheberrechtlich geschützt sind auch **Screenhots** aus Filmen (Standbilder) Oft sind auch **Logos** urheberrechtlich geschützt. Ein Logo kann aber auch ein Geschmacksmuster darstellen, wenn das Logo neu ist und sich im Gesamteindruck von vorbekannten Mustern unterscheidet.

4.2.5 Urheberrechtlich schutzfähig sind vor allem auch **Sprachwerke** (Texte). Das sind in aller Regel Beiträge in Zeitungen, aber auch nichtamtliche Normwerke (DIN-Normen). Selbst allgemeine Geschäftsbedingungen können urheberrechtsfähig sein, wenn sie nicht alltäglich sind.

4.2.6 Urheberrechtsfähige Werke dürfen nur mit Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden. Auch die Veränderung eines urheberrechtsfähigen Werkes ist grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers erlaubt. Die Lizenzierung eines Bildes ist in aller Regel günstiger als eine Schadensersatzzahlung.

Die Rechtsprechung hält beispielsweise als Schadensersatz für die Nutzung eines kleinen Stadtplanausschnitts als Anfahrtsskizze auf der Website eines Unternehmens € 500,00 ohne weiteres für angemessen. Hierbei sind die Rechtsanwalts- und Gerichtskosten noch nicht berücksichtigt.

4.2.7 Auch **Bearbeitungen** von urheberrechtlichen Werken sind ohne Zustimmung des Urhebers nicht erlaubt. Erlaubt ist nur die sogenannte „freie Benutzung“: Wer ein anderes Werk nur als Anregung für ein eigenes Werk benutzt darf das fremde Werk verwenden, wenn das eigene Werk so sehr im Vordergrund steht, dass das fremde Werk daneben nur geringe Bedeutung hat. Das wird nur selten der Fall sein.

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

4.3 Verletzung von Rechten an einer Domain?

Eine Domain kann, wenn sie gewerblich genutzt wird, grundsätzlich markenrechtlich geschützt sein, etwa wenn diese ein Unternehmenskennzeichen oder (seltener) eine Marke darstellt. Im nichtgeschäftlichen Bereich kann eine Domain namensrechtlich geschützt sein.

Unter Umständen ist schon die Reservierung einer Domain verboten, wenn sie ohne sachlichen Grund oder in Behinderungsabsicht geschieht.

4.4 Verletzung von Geschmacksmustern – Logos, Grafiken und Schriftzeichen

Potenziell gefährlich ist auch die Verwendung von Firmenlogos, grafischen Symbolen oder typografischen Schriftzeichen. Diese sind oft als Geschmacksmuster geschützt. Ein Muster kann nämlich auch als sog. „nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster“ geschützt sein, wenn es nicht registriert ist. Ein solches Muster schützt den Entwerfer drei Jahre aber erstmaliger Veröffentlichung („Offenbarung“) gegen Nachahmung. 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 einen einigermaßen individueller Charakter hat. Das wird beispielsweise bei den meisten Firmenlogos der Fall sein.

Auch bei der Nutzung von Logos und Grafiken und typografischen Schriftzeichen muss also in aller Regel vor einer Benutzung die Erlaubnis des Entwerfers oder des Rechteinhabers eingeholt werden.

4.5 Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

Jede **fotografierte/gedrehte Person** muss grundsätzlich der Verwendung ihres Bildes zustimmen. Eine Verwendung ohne Zustimmung der abgebildeten Person ist grundsätzlich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung. Eine Zustimmungserklärung könnte so aussehen:

FREIGABEERKLÄRUNG

Vorname, Nachname _____

Adresse _____

Geburtsdatum _____

räumt der _____ GmbH räumlich zeitlich und inhaltlich unbeschränkt das Recht zur Verwertung von Lichtbildern oder Filmaufnahmen mit seiner Darstellung ein.

Dies schließt auch die Weitergabe der Lichtbilder und Filmaufnahmen an Dritte und die Nutzung durch diese ein, etwa durch Vervielfältigung, Verbreitung, Ausstellung oder öffentliche Wiedergabe. Die Einwilligung umfasst auch eine Digitalisierung und eine elektronische Bildbearbeitung, etwa durch Retuschierung oder Montagen.

Beschreibung der abgebildeten Person _____

Ort, Datum, Unterschrift [bei Minderjährigen: Unterschrift eines Erziehungsberechtigten]

4.6 Was droht bei Benutzung geschützter Bezeichnungen oder urheberrechtlich geschützter Werken?

Eine Bezeichnung, die einer anderen als Marke geschützten älteren Bezeichnung zumindest ähnlich ist und die für zumindest ähnliche Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, verletzt diese Marke. Der Inhaber der Marke kann dem Benutzer der jüngeren Bezeichnung die Benutzung gerichtlich verbieten lassen. Auf ein Verschulden kommt es beim Unterlassungsanspruch nie an!

Der Verletzte kann, wenn der Benutzer des jüngeren Zeichens zumindest fahrlässig gehandelt hat, auch Schadensersatz verlangen. Fahrlässig handelt jeder, der ein Zeichen benutzt, ohne vorher im Marken- oder Handelsregister recherchiert zu haben. Der häufigste Einwand im Markenverletzungsprozess - „*ich habe doch nicht gewusst, dass das Zeichen geschützt war*“ - ist aller Regel bedeutungslos. Auch hier gilt sozusagen „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“.

In der Praxis bedeutsam insbesondere bei Markenrechtsverletzungen ist der Auskunftsanspruch. Der Verletzte muss dem Markenrechtsberechtigten mitteilen, woher er die rechtsverletzenden Produkte hat. Damit hat der Berechtigte den nächsten Verletzer. Er kann sich so Schritt für Schritt an den Hersteller des Plagiats vorarbeiten.

5. Kampagnenführung – was ist verboten, was ist erlaubt?

5.1 Das seit dem 30.12.2008 geltende UWG

Am 30. Dezember 2008 trat das aktuelle Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft. Es enthält zum Teil erhebliche Verschärfungen für alle, die B2C-Werbung betreiben und im Konsumentengeschäft tätig sind. Aber auch für Unternehmen im B2B-Geschäft gibt es weit reichende Änderungen. Modifiziert wurde das UWG außerdem durch das am 4.8.2009 in Kraft getretene Telefonwerbegesetz.

5.2 Bagatellschwelle schwindet

Durch das aktuelle UWG werden viele Verhaltensweisen, die bisher erlaubt waren, nunmehr wettbewerbsrechtlich verboten. Außerdem wurden viele Werbemaßnahmen, die bisher deswegen nicht verboten werden konnten, weil sie Mitbewerber oder andere Marktteilnehmer nur unerheblich beeinträchtigt haben (sog. „Bagatellschwelle“), jetzt unlauter. Verhaltensweisen **nach** Vertragsschluss können jetzt auch wettbewerbsrechtlich abgemahnt werden.

Das aktuelle UWG enthält als Anhang eine Liste von insgesamt 30 „unzulässige geschäftliche Handlungen“. Diese sind unter allen Umständen unlauter (sog. „schwarze Liste“). Die bisher geltenden Bagatellschwelle spielt in diesen Fällen keine Rolle mehr. *Bsp.: Verstöße gegen Impressumspflicht, Verstöße gegen die Preisangabeverordnung (z.B. Werbung mit Nettopreisen anstatt mit Endpreisen gegenüber Verbrauchern) werden künftig immer unlauter sein.*

5.3 „Wettbewerbshandlung“ wird zu „geschäftliche Handlung“

Zentraler Begriff des früheren Wettbewerbsrechts war die „Wettbewerbshandlung“. Er wurde ersetzt durch die „geschäftliche Handlung“. Auf ein Handeln in Wettbewerbsabsicht kommt es künftig nicht mehr an. Das Wettbewerbsrecht wird als zum „Lauterkeitsrecht“.

Das frühere UWG hat nur Handlungen zur Absatzförderung oder Warenbezugsförderung sanktioniert. Es hat sich also konzentriert auf Handlungen des Unternehmers bis zum Vertragsschluss. Das hat sich grundlegend geändert: Anders als im früheren Wettbewerbsrecht kann auch jetzt auch eine nachvertragliche Handlung eines Unternehmens verboten sein. *Bsp.: Unlauter ist es z. B., wenn ein Unternehmen mit der Aussage „Umtausch ohne wenn und aber.“ Artikel nicht umtauscht mit dem Hinweis, auf dem Kassenbon sei aufgedruckt „Umtausch nur bei original verpackter unbenutzter Ware.“*

Unzulässig sind auch geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, wenn Sie „nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen“ und der Verbraucher sich deswegen nicht richtig geschäftlich entscheiden kann.

Ein Verstoß gegen die fachlichen Sorgfaltspflichten ist beispielsweise auch die Verwendung von unwirksamen AGB.

5.4 Unlautere geschäftliche Handlungen

Als Beispiele unlautere geschäftliche Handlungen werden Fallgruppen aufgezählt, die unzulässig sind:

5.4.1 Verboten ist es danach, **Druck** oder unangemessenen und unsachlicher Einfluss auf Mitbewerber, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer auszuüben; in **menschenverachtender** Weise oder sonst übertrieben unangemessen und unsachlich zu werben, „Gefühlsbetonte“ Werbung ist allerdings im Gegensatz zu früherer Rechtsprechung ausdrücklich erlaubt. Die früher als unlauter betrachtete „Schockwerbung“ von Benetton, dürfte inzwischen jedenfalls teilweise zulässig sein.

5.4.2 Verboten ist es auch, die **Unerfahrenheit** von Kindern und Jugendlichen oder die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern **auszunutzen**.

5.4.3 Der **Werbecharakter** darf nicht **verschleiert** werden. Eine Anzeige muss als solche erkennbar sein und muss mit dem Begriff „Anzeige“ gekennzeichnet werden.

Bsp.: Gekaufte redaktionelle Berichterstattung ist populär aber unlauter. Sie muss ebenfalls als „Anzeige“ gekennzeichnet werden. Denn wer redaktionelle Berichterstattung liest, geht von einer weitgehend objektiven Meinung aus.

5.4.4 Bedingungen für **Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke** müssen eindeutig angegeben werden.

Rabatte sind nach dem Wegfall des Rabattgesetzes grundsätzlich zulässig. Die Grenze liegt in aller Regel beim Verkauf unter Einkaufspreis. Auch Zugaben sind nach Wegfall der Zugabeverordnung grundsätzlich zulässig. Es gilt aber in jedem Fall das Transparenzgebot: Es muss stets angegeben werden, wann genau der Kunde die Zugabe oder das Werbe geschenk erhält. Muss er beispielsweise einen Vertrag

abschließen und wenn ja, welchen? Bei Rabatten muss die Höhe des Rabatts genau angegeben werden, z.B. durch einen Prozentsatz vom Normalpreis.

Bsp: Das Angebot „Eine Woche Traumreise gratis“ beim Kauf von Möbeln beispielsweise ist unlauter. Denn der Kunde kann den Wert der Traumreise mangels näherer Angaben nicht abschätzen.

Wurde bei Preisnachlässen der ursprüngliche Preis auch tatsächlich und nicht nur kurzfristig (sog. „Mondpreiswerbung“) gefordert? Mondpreiswerbung ist nicht erlaubt. Werden Begriffe wie „Geschenk“ oder „gratis“ verwendet? Dann darf das Geschenk nicht an den Abschluss eines Vertrags gekoppelt werden. Ein Geschenk muss auch tatsächlich ein Geschenk, d.h. vollkommen kostenfrei sein.

5.4.5 Mitbewerber dürfen weder verächtlich gemacht, noch dürfen Unwahrheiten über diese oder deren Produkte oder Dienstleistungen behauptet werden.

5.4.6 Waren oder Dienstleistungen von Wettbewerbern dürfen nicht **nachgeahmt** werden. Häufig ist das Anbieten von Plagiaten ohnehin eine Verletzung einer Marke oder eines anderen Schutzrechts.

5.4.7 Unlauter ist es auch, Mitbewerber gezielt und **individuell zu behindern**.

Bsp. Werbeflyer werden direkt vor den Niederlassungen der Konkurrenz verteilt.

5.4.8 Unlauter kann es auch sein, wer gegen ein **Gesetz verstößt**. Längst nicht jeder Gesetzesverstoß ist aber wettbewerbswidrig. Es muss ein wettbewerbsrechtlich relevantes Gesetz sein.

Bsp.: Eine solche wettbewerbsbezogene Norm ist z.B. das Rechtsdienstleistungsgesetz. Verstöße hiergegen sind in aller Regel unlauter. Ebenso die „Verordnung über diätetische Lebensmittel“ (DiätV) oder Normen des „Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuchs“ (LFBG).

Auch ein Verstoß gegen die „Impressumpflicht“ wird von der Rechtsprechung als unlauter angesehen. Es reicht aber in aller Regel aus, wenn das Impressum über einen Link „Kontakt“ und einen weiteren Link „Impressum“ über insgesamt zwei Links erreichbar ist.

Bisher umstritten war, ob Verstöße gegen das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen auch von Mitbewerbern abgemahnt werden können. Zweifellos konnten das bisher nur Verbände.

5.5 Irreführende geschäftliche Handlungen (bisheriges Recht: „irreführende Werbung“)

Unlauter handelt insbesondere auch, wer eine sogenannte „irreführende geschäftliche Handlung vornimmt“. Dieser Begriff ersetzt seit dem 30.12.2008 den bisherigen engeren Begriff „irreführende Werbung“.

Es gilt ein Täuschungsverbot: Angaben über Waren und Dienstleistungen müssen wahr, richtig und vollständig sein.

Ob eine Angabe dies Anforderungen erfüllt, richtet sich nach den Erwartungen des konkret angesprochenen „Durchschnittsumworbener“ (= durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig). Zu diesen Angaben gehören die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen und die Verfügbar-

keit. Eine nur sehr kurze Verfügbarkeit (bei Waren weniger als zwei Tage) ist unlauter. Auch über die Ergebnisse einer Dienstleistung darf nicht getäuscht werden. Angaben, die der Kunde wissen müsste, dürfen nicht verschwiegen werden.

Bsp.: Die Werbung einer Kosmetikschule mit der Ausbildung zur „staatlich anerkannten Kosmetikerin“ ist irreführend. Denn der Begriff „Kosmetikerin“ ist nicht geschützt. Jeder darf sich so nennen, auch ohne Ausbildung.

Angaben können Tatsachenbehauptungen (beweisbar) oder Werturteile sein. Reine Werturteile ohne Tatsachenkern sind aufgrund der grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit keine „Werbung“ i.S.d. UWG. Als Werturteile gelten allgemeine Redewendungen ohne informativen Gehalt, nichtssagende Anpreisungen, bloße Kaufappelle, „reklamehafte“ Übertreibungen, subjektive Meinungen.

Bsp.: Als nichtssagende Anpreisung gilt beispielsweise „Gesundes Wohnen“.

Eine Tatsachenbehauptung ist eine Angabe dann, wenn in ihr konkrete, nachprüfbare Eigenschaften über das Produkt oder die Dienstleistung enthalten sind. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil ist, wie es die Angesprochenen verstehen.

Bsp.: Die Schlagwörter „radikal gesenkte Preise“ dürfen nur verwendet werden, wenn tatsächlich Preise erheblich gesenkt wurden. Die Werbeaussage „beste Versicherung“ darf nur benutzt werden, wenn die Versicherung tatsächlich allen anderen Versicherungen in alle möglichen Aspekten überlegen ist. Wer mit dem „größten Lager am Ort“ wirbt, muss ein Lager haben, dass tatsächlich größer ist, als diejenigen der lokalen Konkurrenz.

Zu den unverzichtbaren Angaben gehören vor allem auch der Preis und seine Zusammensetzung. Bei der Werbung mit einem Preis müssen alle Kosten, die auf den Kunden zukommen, genannt werden. Dies kann auch in einem *Sternchentext* geschehen. Dieser muss aber in unmittelbarer Nähe des Sternchens platziert sein, also auf jeden Fall auf der gleichen Seite. Feste Regeln für die Größe des Textes gibt es nicht. Er muss aber deutlich lesbar sein. Der Sternchentext darf außerdem nicht senkrecht platziert sein und er muss alle Konditionen enthalten.

Superlativwerbung ist nicht ungefährlich. Verboten sind grundsätzlich Angaben, die objektiv nachprüfbar nicht stimmen: „*Wir sind die Größten*“ wäre nur dann erlaubt, wenn das in jeder Hinsicht so richtig wäre (Umsatz, Anzahl der Kunden, etc.).

Erlaubt sind subjektive Meinungen, z.B. „*Warum wir glauben, dass wir die Größten sind*“.

Ebenfalls Vorsicht gilt bei **Nahrungsergänzungsmittel/Arzneimittelwerbung**.

Ein Mittel kann Nahrungsmittel oder Arzneimittel sein, je nachdem wie für dieses Mittel geworben wird. Entscheiden ist, ob der Durchschnittsleser der Anzeige das Mittel als Arzneimittel oder als Nahrungsergänzungsmittel versteht. Für Arzneimittel gelten strenge Werbebeschränkungen!

5.6 Vergleichende Werbung

Vergleichende Werbung ist grundsätzlich zulässig. Die verglichenen Waren oder Dienstleistungen müssen aber vergleichbar sein. Die Produkte sind vergleichbar, wenn sie für den Verbraucher grundsätzlich austauschbar sind.

Bsp.: Vergleichbar ist z.B. Modeschmuck und echter Schmuck aber u.U. auch ein Medikament mit einer Heilbehandlung, wenn beide Produkte grundsätzlich den selben Zweck erfüllen sollen

5.7 Unzumutbare Belästigungen

Unzulässig ist es, Mitbewerber und vor allem Verbraucher **unzumutbar zu belästigen**. Eine Unzumutbare Belästigung ist immer dann anzunehmen, wenn der Empfänger die Werbung erkennbar nicht wünscht. Hier sind vor allem bei der **Kaltakquise** Regeln zu beachten:

5.7.1 Das Anrufen von Verbrauchern, sog. „**Cold Calls**“, ist mit Inkrafttreten des neuen Telefonwerbegesetzes ohne vorherige **ausdrückliche (!) Einwilligung** grundsätzlich nicht mehr erlaubt. Eine stillschweigende oder gar nur vermutete Einwilligung reicht bei Verbrauchern nicht aus. Eine **vermutete/mutmaßliche** Einwilligung reicht nur gegenüber Gewebetreibenden oder Freiberuflern aus. Die Grenzen hierfür sind recht eng. Nach der Rechtsprechung spricht schon ein objektiv ungünstiges Angebot gegen eine mutmaßliche Einwilligung des Angerufenen. Bei Verstößen drohen zudem Geldbußen von bis zu € 50.000.

Vorherige **ausdrückliche** Einwilligung heißt: Der Adressat hat bei Aufnahme des Geschäftskontakts – etwa bei der Adressweitergabe in einem Gewinnspiel – angekreuzt, dass er mit einer telefonischen Kontaktaufnahme (zumindest auch) zu Werbezwecken einverstanden.

Wann ein gewerblicher oder freiberuflicher Adressat **mutmaßlich** eingewilligt hat, lässt sich nicht pauschal beantworten. Der Unternehmer muss - etwa

durch sein Internetangebot - einen konkreten Bedarf am Angebot des Anrufers vermuten lassen. Mutmaßlich willigt ein Unternehmer ein in Werbeanrufe zu Produkten, die aufgrund seines Geschäfts für ihn interessant sein könnten.

Wichtig ist, dass mit Inkrafttreten des Telefonwerbegesetzes der Anrufende seine **Rufnummer nicht mehr unterdrücken** darf. Er muss vielmehr seine - oder etwa bei Einschaltung eines Callcenters - die Rufnummer seines Auftraggebers übermitteln. Bei einem Verstoß hiergegen droht eine Geldbuße von bis zu € 10.000,00.

5.7.2 Das Ansprechen auf der Straße ist erlaubt, wenn der Werber als solcher ohne Weiteres erkennbar ist und den Passanten nicht überrumpelt oder unzumutbar belästigt, z.B. am Weitergehen hindert. Unzulässig ist es, Passanten quasi „undercover“ unter einem Vorwand anzusprechen und dann in ein Verkaufsgespräch zu verwickeln.

5.7.3 Für eine Werbung per Telefax, Email oder SMS ist immer die ausdrückliche (!) Einwilligung des Empfängers notwendig. Die Entscheidung des BGH vom 17.07.2008 (GRUR 2008, 923), wonach ein Unternehmen stillschweigend in den Empfang von branchenüblichen Werbefaxen einwilligt, wenn es in einem Branchenverzeichnis seine Telefaxnummer veröffentlichen lässt, ist mit Inkrafttreten des neuen UWG überholt!

„**Einfache Opt-Ins**“ (Eintragung in eine Abonnentenliste) sind gefährlich:

Beim einfachen Opt-In wird der Empfang regelmäßiger Nachrichten — meist E-Mails oder auch SMS — explizit durch einmaliges Eintragen in eine Abonnentenliste zugestimmt. Das Problem bei

einfachem Opt-In ist, dass beliebige Kontaktdaten zur Anmeldung verwendet werden können, also auch fehlerhafte Daten oder Daten dritter Personen. Beim einfacher Opt-In besteht also immer die Gefahr, dass der Adressat tatsächlich nicht zugestimmt hat. Dann ist die Werbung unzulässig.

„**Double Opt-In**“

Hier muss der Eintrag in die Abonnentenliste in einem zweiten Schritt bestätigt werden. Meist wird hierzu eine E-Mail-Nachricht mit Bitte um Bestätigung an die angegebene Kontaktmailadresse gesendet. Handelt es sich um ein echtes, d.h. erwünschtes Opt-In, kann der Abonnent eine Bestätigung abgeben. Handelt es sich dagegen um einen missbräuchlichen Eintrag, kann sich der unfreiwillige Abonnement-Kandidat vor einem Eintrag in die Abonnentenliste schützen, indem er auf die Bestigungsanfrage einfach nicht reagiert. Dies ist grundsätzlich der sicherste Weg. Denn für jede Kontaktaufnahme per Email ist grundsätzlich das vorherige ausdrückliche (!) Einverständnis desjenigen nötig, der kontaktiert wird.

5.7.4 Briefkastenwerbung (d.h. nicht adressiertes Werbematerial) ist grundsätzlich erlaubt, es sei denn auf dem Briefkasten ist ein Hinweis angebracht „Bitte keine Werbung“ o.ä. Das gleiche gilt für personalisierte, d.h. adressierte Werbung. Grundsätzlich muss beim personalisierten Brief aber jedenfalls sofort nach der Öffnung erkennbar sein, dass es sich um Werbung handelt. Hier wird die Werbung unlauter, wenn der Empfänger dem Empfang widerspricht, z.B. durch Eintrag seiner Adresse im vom Deutschen Direktmarketing Verband (DDV) geführten Robinsonliste.

5.7.5 Werbung gegenüber Bestandskunden: Hier wird auch bei Verbrauchern unter bestimmten Umständen und nur für Email- oder SMS-Werbung eine Einwilligung vermutet, wenn die Emailadresse oder Mobilrufnummer beim Verkauf einer Ware oder Dienstleistung gewonnen wurde.

Wann ein „Verkauf“ vorliegt ist rechtlich umstritten. Ein Verkaufsgespräch ohne Vertragsabschluss, bei dem der Interessent seine Email- oder Mobilrufnummer hinterlassen hat, dürfte aber für eine mutmaßliche Einwilligung ausreichen.

Der Adresseninhaber darf aber in keinem Fall der Verwendung seiner Kontaktdaten widersprochen haben und er muss in jedem Fall darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung seiner Adresse auch später jederzeit widersprechen kann.

5.8. Besonderheiten für Kampagnen für Konsumenten (Verbraucher):

„Schwarze Liste“ schränkt Werbemaßnahmen gegenüber Verbraucher erheblich ein!

Werbung gegenüber Konsumenten wird nach der sog. „schwarzen Liste“ im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG erheblich eingeschränkt. Konsument oder „Verbraucher“ ist, wer ein bestimmtes Geschäft nicht als Gewerbetreibender oder Selbständiger abschließt.

Bsp.: Existenzgründer sind bis zur Geschäftsaufnahme Verbraucher, ebenso Anteilseigner von Unternehmen.

Außerhalb seiner geschäftlichen Tätigkeit ist jeder Verbraucher.

5.8.1 Unwahre Angaben gegenüber Verbrauchern

Als unzulässige Geschäftspraktiken gegenüber Ver-

brauchern sind eine Vielzahl von unwahren Angaben über die oben beschriebenen Verbote hinaus verboten. Wer mit einer Werbeaussage wirbt, muss sich vergewissern, dass seine Aussage auch tatsächlich wahr, d.h. beweisbar und unter allen in Betracht kommenden Bedeutungsmöglichkeiten richtig ist. Die sog. „**schwarze Liste**“ nach neuem UWG verbietet die **unwahre Angabe** eines Unternehmens gegenüber Verbrauchern,

- ▣ es habe einen Verhaltenskodex mitunterschrieben
- ▣ ein Verhaltenskodex sei öffentlich oder von sonstiger Stelle gebilligt
- ▣ ein Produkt oder eine Dienstleistung sei von öffentlicher oder privater Stelle gebilligt
- ▣ eine Ware oder Dienstleistung sei nur sehr kurz verfügbar;
- ▣ eine Ware oder Dienstleistung sei verkehrsfähig
Bsp.: Ein Fahrzeug wird angeboten, obwohl dessen Betrieb eine Betriebserlaubnis voraussetzt, die nicht vorliegt
- ▣ es würden besondere Rechte gewährt, die ohnehin gesetzlich vorgeschrieben sind;
- ▣ es wäre gefährlich für die Sicherheit des Verbrauchers oder seiner Familie, wenn er ein Angebot nicht annimmt
- ▣ er würde demnächst sein Geschäft aufgeben
Bsp.: Wer mit Räumungsverkauf wegen Geschäftsaufgabe wirbt, ohne tatsächlich sein Geschäft aufzugeben, handelt unlauter

- ▣ eine Ware oder Dienstleistung könne Krankheiten heilen
 - ▣ über Marktbedingungen oder Bezugsquellen
 - ▣ er sei Verbraucher
„Privatverkäufe“ über Ebay haben tatsächlich ein gewerbliches Ausmaß erreicht
 - ▣ es sei ein grenzüberschreitender Kundendienst verfügbar
 - ▣ es seien bei Ablehnung eines Angebots Arbeitsplätze oder Lebensunterhalt gefährdet
- 5.8.2 Irreführende Angebote**
- Eine Vielzahl von irreführenden Angeboten sind verboten. Die „schwarze Liste“ nach neuem UWG verbietet die **Angebote** von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens,
- ▣ die nur als Lockangebote dienen, weil sie nicht ausreichend vorhanden sind. Wenn der Warenvorrat nur für weniger als zwei Tage ausreicht, muss der Unternehmer nachweisen, dass der Angebotszeitraum, die Angebotsmenge zu dem angebotenen Preis angemessen war (Umkehr der Beweislast)
 - ▣ mit Hilfe der „bait-and-switch“-Technik: Hier wird nicht das angebotene Produkt vorgeführt, weil es angeblich gerade nicht am Lager ist, sondern ein anderes, teureres Produkt. Das Unternehmen weigert sich aber, das tatsächlich angebotene Produkt zu bestellen. „Produkte“ im Sinne des UWG sind auch Dienstleistungen.
 - ▣ bei denen fremdsprachliche Serviceleistungen nach Vertragsschluss nicht in der Fremdsprache durchgeführt werden, die bei Vertragsschluss benutzt wurde. Benutzt ein Unternehmen in Deutschland also beim Zustandekommen des Vertrags beispielsweise die englische Sprache, müssen auch die anschließenden Serviceleistungen in englischer Sprache durchgeführt werden.
 - ▣ die redaktionell getarnte Werbung sind. Das Verbot, über Anzeigenkunden redaktionell zu berichten oder sich redaktionelle Berichterstattung bezahlen zu lassen ist also nun auch explizit im Gesetz geregelt. Verboten ist dies sowohl für den Verlag, als auch für das Unternehmen, das sich redaktionelle Berichterstattung bezahlen lässt.
 - ▣ die ein „look-a-like“ der Produkte der Konkurrenz sind. Der Verbraucher wird über den tatsächlichen Hersteller getäuscht. Die Marke des imitierten Produkts muss dabei nicht genannt werden. Es reicht, wenn der Verbraucher aus der Aufmachung einen entsprechenden Schluss ziehen kann.
 - ▣ als „*gratis*“, „*umsonst*“, „*kostenfrei*“ oder ähnlichem, wenn das tatsächlich nicht der Fall ist. „Umsonst“ heißt: Vollkommen ohne Gegenleistung.
 - ▣ wenn durch Beifügung einer Rechnung der Eindruck erweckt wird, das Produkt sei bereits bestellt.

5.8.3 Verwendung von Güte- oder Qualitätszeichen ohne Genehmigung

Unternehmen, die Güte- oder Qualitätszeichen ohne erforderliche Genehmigung verwenden, handeln unlauter. Verboten ist danach das Angebot von Produkten, die mit dem CE-Zeichen versehen sind, wenn die Produkte nicht die Voraussetzungen dieses Zeichens erfüllen.

5.8.4 Unverlangte Warenezusendungen

sind ebenfalls verboten. Das gleiche gilt für die Aufforderung, unverlangt zugesendete Waren zurückzusenden oder aufzubewahren.

5.8.5 Hindern am oder weigern zu gehen

Ein Unternehmer, der den falschen oder richtigen Eindruck erweckt, einen Verbraucher könne ohne Vertragsschluss die Geschäftsräume nicht verlassen handelt unlauter. Ebenso verboten ist es für den Unternehmer, trotz Aufforderung hierzu sich zu weigern, die Wohnung des Verbrauchers zu verlassen.

5.8.6 Unlautere Handlungen von Versicherungsunternehmen

Versicherungsunternehmen, die einen Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte aus dem Versicherungsvertrag dadurch abhalten wollen, dass sie Unterlagen fordern, die tatsächlich nicht erforderlich sind, handeln unlauter. Ebenso unlauter ist das systematische Nichtbeantworten von Schreiben, mit denen solche Ansprüche geltend gemacht werden.

5.8.7 Werbung gegenüber Kindern

Werbung gegenüber Kindern wird erheblich eingeschränkt. Verboten ist jede Werbung, mit der Kinder unmittelbar zum Kauf eines Produkts aufgefordert werden oder ihre Eltern dazu zu veranlassen wer-

den, das Produkt zu kaufen. Hier ist allerdings noch vieles unklar. Unklar ist beispielsweise noch, ab welchem Alter ein Verbraucher kein „Kind“ mehr ist. Hier reichen die Ansichten von 14 Jahren bis hin zur Volljährigkeit.

Ebenso unklar ist, was eine direkte Kaufaufforderung ist. Ob dazu auch die beliebte „Quengelware“ an der Kasse gehört, wird die Rechtsprechung zeigen.

Insgesamt erfordern sowohl die Vorbereitung, als auch die Durchführung einer Werbekampagne größte rechtliche Sorgfalt. Eine schlecht vorbereitete und unlauter durchgeführte Kampagne kann Abmahn- und Gerichtskosten in Höhe von mehreren zehntausend Euro generieren.

Fragen Sie im Zweifel Ihre Rechtsanwälte!

Autor:

Thomas Seifried

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
gewerblichen Rechtsschutz

Tel. +49 69 9150999-0

Fax +49 69 9150999-99

info@prs-law.de

<http://www.prs-law.de>

