

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

von

Dr. Jan-Felix Isele

Rechtsanwalt

Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

Danckelmann und Kerst

Rechtsanwälte

Mainzer Landstrasse 18

60325 Frankfurt am Main

Telefon: (0049) + 69 920 727 34/ -39

Telefax: (0049) + 69 920 727 60

e-mail: ra.dr.isele@danckelmann-kerst.de

web: www.danckelmann-kerst.de

I. Die unterschiedlichen Werbeformen

1. Haustürwerbung

Der Verkauf an der Haustüre besitzt eine lange Tradition. Für die potentiellen Kunden ist er Segen und Fluch zugleich. Segen deshalb, weil er die bequeme Möglichkeit bietet, ein Produkt oder eine Dienstleistung sofort zu erwerben. Fluch deshalb, weil der unvorhergesehene Besuch eines Werbers oftmals eine Situation schafft, in der der Kunde sich überrumpelt und manchmal sogar genötigt fühlt, einen Vertrag abzuschliessen, den er bei reiflicher Überlegung gar nicht gewollt hätte. Durch den unmittel-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

baren persönlichen Kontakt mit dem Werber ist die „Überrumpelungssituation“ für den Verbraucher etwa im Vergleich zur Telefonwerbung besonders intensiv.

Und doch wird die Haustürwerbung nach wie vor als grundsätzlich zulässig angesehen. Vertreterbesuche – so insbesondere der BGH – lägen nämlich im Rahmen einer traditionell zulässigen gewerblichen Betätigung. Davon gingen auch die Gewerbeordnung (§§ 55 ff. Gewerbeordnung) und die Vorschriften über Haustürgeschäfte (§ 312 Abs. 1 BGB) aus. Dass ein Teil der Bevölkerung diese Werbemethode als belästigend empfinde, spiele für die lauterkeitsrechtliche Bewertung daher keine Rolle. Eine abweichende Bewertung würde vielmehr sogar einen unzulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) darstellen. Die mit jedem Besuch im Privatbereich verbundene Störung oder Belästigung reiche allein jedenfalls nicht aus, um ein generelles Verbot dieser Art von Werbung zu rechtfertigen. Noch im Jahr 2004 hat der BGH daher wiederholt, dass Hausvertreterbesuche „seit jeher als zulässig erachtet worden“ seien.

Dennoch kann – in Ausnahmefällen – auch der unerbetene Hausbesuch zu Werbezwecken wettbewerbswidrig sein. So kann er eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 UWG darstellen, wenn der Werbende ein erkennbares Verbot des Wohnungsinhabers („Betteln und Hausieren verboten“ oder „Für Vertreter verboten“) missachtet. Außerdem handelt ein Haustürwerber unlauter nach § 4 Nr. 1 UWG, wenn er durch sein Vorgehen auf die Entscheidungsfreiheit des Angesprochenen einen unangemessenen und unsachlichen Einfluss nimmt. Das kann durch die Vorbereitung des Hausbesuchs geschehen. So zum Beispiel, wenn er unbestellt Waren zusendet und zugleich einen Hausbesuch ankündigt. Ferner, wenn der Hausbesuch bei den Gewinnern eines Preisausschreibens dazu dienen soll, sie in ein Verkaufsgespräch zu verwickeln. Weiterhin, wenn die Umworbenen unter Ausnutzung persönlicher (nachbarschaftlicher, freundschaftlicher, beruflicher, verwandtschaftlicher, etc.) Beziehungen zu Hause aufgesucht werden, um sie für ein Produkt zu werben. Außerdem kann es unlauter nach § 4 Nr. 3 UWG sein, dem Umworbenen zunächst den wahren, kommerziellen Grund des Hausbesuches zu verschweigen, um mit ihm ins Gespräch und zu ihm in die Wohnung zu kommen. So etwa dann, wenn zunächst eine Marktuntersuchung oder Meinungsumfrage vorgetäuscht wird. Der bloße Einsatz von Werbekolonnen als solcher allerdings ist nicht unzulässig.

2. Werbestände in der Öffentlichkeit

Das Ansprechen von Werbeständen aus ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig nach § 7 Abs. 1 UWG, es sei denn, dass der Werber nicht von vornherein als solcher eindeutig zu erkennen ist.

Bleiben die Werber in der unmittelbaren Nähe des Werbestandes, reicht aus, wenn der Werbestand als solcher eindeutig erkennbar ist. Das gilt insbesondere dann, wenn die Werber hinter dem (erkennbaren) Werbestand bleiben. Entfernen sie sich jedoch von dem Werbestand und werden sie von den Passanten daher dem Werbestand nicht mehr eindeutig zugeordnet, muss die Kleidung der Werber sie als solche eindeutig erkennen lassen. (Nur) kleine Abzeichen oder ähnliches reichen dafür allerdings nicht

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

aus. Vielmehr muss die Kleidung der Werber so plakativ sein, dass die Passanten sich vornherein der Ansprache des Werbers durch abweisende Bemerkungen oder Gesten entziehen können.

Doch auch dann, wenn Werbematerial und Werber entsprechend deutlich erkennbar sind, kann das Ansprechen in der Öffentlichkeit noch wettbewerbswidrig sein. So etwa, wenn der Werber nachhaltig auf den Angesprochenen einwirkt, etwa ihn mit sich zerrt, am Weitergehen hindert, ihm folgt, ihn trotz abweisender Bemerkungen oder Gesten weiter „bearbeitet“ oder ihn etwa an einem Ort anspricht, an dem ein Ausweichen nur schwer möglich ist, wie zum Beispiel in einer engen Straße oder am Ende einer Rolltreppe.

Werden Passanten jedoch auf Messen oder in Geschäftsräumen angesprochen, ist dies wiederum zulässig. Wer sich auf eine Messe oder in einen Geschäftsraum begibt, rechnet nämlich in der Regel damit, angesprochen zu werden, und ist deshalb auch nicht unvorbereitet. Das bloße Verteilen von Werbematerial (Werbezettel, Werbegeschenke) ist – selbst in der Öffentlichkeit – ebenfalls seit jeher wettbewerbsrechtlich unbedenklich, da die angesprochenen Passanten ja gar keinen Vertragsschluss tätigen sollen.

3. Telefonwerbung

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 (erste Alternative) UWG ist Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung stets unzulässig. Liegt eine Einwilligung erst nachträglich vor, ist dies daher irrelevant. In diesem Zeitpunkt ist die Belästigung nämlich bereits eingetreten. Die entscheidende Frage deshalb lautet, wann eine wirksame (ausdrückliche) Einwilligung gegeben ist. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn die Einwilligung – wie so oft – im Zusammenhang mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel gleichsam formularmässig eingeholt wird. Maßgebende Bedeutung entfalten dabei die Vorschriften zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB.

So darf nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine Einwilligungsklausel keine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers darstellen. Entscheidend ist dabei, ob ein vom Kunden nicht überschaubares und von seinem Interesse nicht mehr abgedecktes Risiko geschaffen wird, er also nicht mehr abschätzen kann, von welchem Unternehmen und zur Bewerbung welcher Produkte er zukünftig Telefonanrufe erhalten wird. Deshalb sieht die Rechtsprechung eine „unangemessene Benachteiligung“ mitunter schon dann als gegeben an, wenn sich die Einwilligungsklausel der Sache nach nicht auf telefonische Werbung im Rahmen des angebahnten konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt, sondern auch telefonische Werbung für sonstige Vertragsabschlüsse ermöglichen soll. So etwa, wenn im Rahmen eines Kontoeröffnungsvertrages vorgesehen ist: *„Ich willige darin ein, auch zukünftig über neue, interessante Angebote in Geldangelegenheiten telefonisch informiert zu werden“*. Ausserdem muss die in Rede stehende Klausel auch in Bezug auf den Kreis der anrufenden Unternehmen begrenzt sein. Dies wiederum ist etwa bei einer „konzernweiten Telefonwerbeklausel“, mit der die Einwilligung zur telefonischen Werbung *„für sämtliche Unternehmen des X-Konzerns“* erteilt werden soll, verneint worden. Erst recht kann dann aber auch eine Einwilligungsklausel als unangemessen benachteiligend angesehen werden, wenn sie zusätzlich künftige Anrufe *„von Partnerunternehmen“* einbezieht, insbesondere wenn diese Unternehmen nicht einmal namentlich benannt werden.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass nach dem Transparenzgebot von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB die Einwilligungsklausel für einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Ver-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

braucher „klar und verständlich“ sein muss. Nicht hinreichend transparent sind Klauseln daher beispielsweise dann, wenn sie die Einwilligung für „*weitere interessante telefonische Angebote*“ etwa „*aus dem X-Bereich*“ betreffen. Schon aus dem Wort „interessant“ geht nämlich nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit hervor, für welche Angebote eine Einwilligung zu Werbung per Telefon erteilt wird. Auch der Begriff „Bereich“ ist zu undeutlich. Er lässt nicht erkennen, ob er nur die Werbung für den Abschluss entsprechender Verträge durch den Verbraucher oder auch den Absatz von damit in irgendeiner Weise zusammenhängenden Produkten umfasst. Aus diesem Grunde hat der BGH eine entsprechende Klausel im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel sogar als Verstoß gegen das Gebot von § 4 Nr. 5 UWG, die Teilnahmebedingungen jenes Gewinnspiels klar und eindeutig anzugeben, angesehen.

Außerdem darf die Einwilligungsklausel nicht überraschend sein im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB, was etwa der Fall ist, wenn die Einwilligungserklärung an versteckter Stelle, etwa irgendwo im Kleingedruckten, untergebracht ist. Daher hatte das OLG Hamm bereits in der Vergangenheit eine Einwilligungsklausel beanstandet, die in räumlichem Zusammenhang mit Datenschutzklauseln platziert worden war. Dessen ungeachtet hat der BGH zwischenzeitlich ganz grundsätzlich entschieden, dass die zulässige Einwilligung in telefonische Werbung eine gesonderte – nur auf die Einwilligung in die Werbung mit einem Telefonanruf bezogene – Zustimmungserklärung des Betroffenen voraussetze. Bezieht sich die in Rede stehende Einwilligungserklärung nicht nur auf die Werbung mit einem Telefonanruf, sondern etwa auch auf die telefonische Benachrichtigung über einen Gewinn (etwa: „*Tel.-Nr. zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebot*“), ist sie demnach unzulässig.

Dessen ungeachtet sind Einwilligungsklauseln „überraschend“ im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB, wenn der Verbraucher einen vorformulierten Passus, mit dem eine Einwilligungserklärung bereits abgegeben wird, seinerseits bei Nichtgefallen aktiv streichen soll. Deshalb kann etwa die Nichtstreichung des Satzes: „*Ich bin damit einverstanden, dass mir die X-AG weitere interessante Angebote telefonisch unterbreitet (ggf. bitte streichen)*“ nicht den Anforderungen einer Einwilligung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 (erste Alternative) UWG genügen. Damit würde die gesetzliche Regelung, die dem sog. Opt-In-Modell folgt, nämlich in eine „Opt-Out-Lösung“ umgekehrt. Dies wiederum liefe darauf hinaus, dass entgegen dem Gesetz das Schweigen oder die Passivität des Verbrauchers als Zustimmung fingiert würde. Dann aber liegt (erst recht) keine wirksame Einwilligungserklärung vor, wenn etwa bei der Teilnahme an einem online-Gewinnspiel das Deaktivieren des vorab markierten Feldes „*Ja, ich will zukünftig telefonisch Angebote (...) unterbreitet bekommen*“ überhaupt nicht möglich ist.

Zudem hat der BGH unlängst entschieden, dass selbst die Einhaltung des Double-Opt-In-Verfahrens nicht notwendigerweise dem Nachweis dienen müsse, dass sich der Verbraucher ausdrücklich mit telefonischer Werbung einverstanden erklärt habe. In dem jener Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatten Verbraucher an einem Online-Gewinnspiel teilgenommen, dort ihre Telefonnummer angegeben und durch Markieren eines Feldes ihr Einverständnis auch für Telefonwerbung erklärt. Daraufhin war ihnen eine E-Mail mit dem Hinweis auf die Einschreibung für das Gewinnspiel (sog. Check-Mail) an die angegebene E-Mail-Adresse übersandt worden, die sie wiederum durch Anklicken eines darin enthaltenen Links bestätigt hatten. Dieses elektronisch durchgeführte „Double-Opt-In“-Verfahren – so der BGH – sei von vornherein ungeeignet, um ein Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufen zu belegen. Zwar könne noch angenommen werden, dass der Teilnahmeantrag für das Online-Gewinnspiel tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stamme. Gleichwohl sei damit aber nicht sichergestellt, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer tatsächlich um den Anschluss

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

des Absenders der Bestätigungs-E-Mail handele. Es könne nämlich zahlreiche Gründe für die versehentliche oder vorsätzliche Eintragung einer falschen Telefonnummer geben.

Werden all diese Voraussetzungen nicht eingehalten, so kann ein Verbot sehr weitreichende Folgen haben. Wenn der (unzulässige) Werbeanruf nämlich von einem Call-Center oder von anderen vergleichbaren Dienstleistungserbringern ausgeht, bei denen der Gegenstand der Werbung beliebig austauschbar ist, muss sich nach einer jüngst veröffentlichten Entscheidung des BGH das seitens der Gerichte ausgesprochene Verbot der Telefonwerbung – jedenfalls wenn es sich gegen ein Call-Center oder entsprechendes Unternehmen richtet - nicht auf die beworbenen Produkte, ja sogar nicht einmal auf den Unternehmensgegenstand desjenigen Unternehmens beschränken, in dessen Auftrag die Telefonwerbung erfolgt ist. Wofür geworben werde, sei in einem derartigen Fall nämlich irrelevant. Abweichendes – so der BGH – kann allenfalls dann gelten, wenn der Gewerbetreibende selbst den Werbeanruf für die Waren oder Dienstleistungen, die Gegenstand seines Geschäftsbetriebes sind, vornimmt.

Etwas anderes gilt bei Telefonwerbung gegenüber Unternehmern. Für die Zulässigkeit solcher Anrufe bedarf es nicht der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung. Ausreichend ist vielmehr eine „mutmaßliche“ Einwilligung. Erforderlich hierfür ist, dass aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an den beworbenen Produkten und an deren Bewerbung gerade mittels eines Telefonanrufes vermutet werden konnte. Entscheidend ist insoweit das Empfinden des Durchschnittsmarktteilnehmers.

Ob dieser mit einem Telefonanruf einverstanden ist, richtet sich allerdings nicht etwa danach, ob in einer bestimmten Branche übermäßig von solcher Telefonwerbung Gebrauch gemacht wird. Vielmehr dürfte gerade das Gegenteil anzunehmen sein, zumal das Verbot der Telefonwerbung gerade vor Nachahmung durch Mitbewerber schützen soll. Auch reicht ein bloß allgemeiner Sachbezug zu den vom angerufenen Unternehmen angebotenen Produkten nicht aus, weil Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden anderenfalls nahezu unbeschränkt zulässig wäre. Dies gilt namentlich für die telefonische Bewerbung von Telefon- oder Stromverträgen.

Ein hinreichend großes Interesse des angerufenen Gewerbetreibenden, das die Annahme rechtfertigt, er werde mit dem Anruf einverstanden sein, ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn die telefonische Werbemaßnahme einen sachlichen Zusammenhang zu einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung aufweist. Das kann etwa bei einer sinnvollen Erweiterung des bisherigen Vertragsverhältnisses der Fall sein.

In diesem Zusammenhang hat der BGH unlängst sogar entschieden, dass grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden ist, wenn ein ehemaliger Mitarbeiter versucht, aufgrund seiner persönlichen Kontakte zu den Kunden seines früheren Arbeitgebers diese Kunden telefonisch für seinen jetzigen Arbeitgeber zu gewinnen. Der persönliche Kontakt, den der Anrufer im Rahmen seiner damaligen Tätigkeit zu den Kunden und den Mitarbeitern geknüpft habe, deute nämlich ebenso wie die bereits bestehende Geschäftsbeziehung darauf hin, dass die angerufenen Kunden gegen einen solchen Telefonanruf nichts einzuwenden hätten.

Auf eine derartige mutmaßliche Einwilligung kann sich der Anrufer allerdings dann nicht berufen, wenn der Angerufene zuvor seine Ablehnung derartiger Anrufe und damit seinen ausdrücklichen gegenteiligen Willen zum Ausdruck gebracht hat. Auch hier also gilt: Das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung ist anhand der Umstände im Zeitpunkt des Anrufes festzustellen. Liegt im Zeitpunkt des

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Anrufes keine mutmaßliche Einwilligung vor, so kommt es wiederum nicht mehr darauf an, ob der Anrufer rückblickend betrachtet mit dem Anruf einverstanden war.

Diese – strenge – Rechtsprechung findet ihre Entsprechung in der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im gerichtlichen Verfahren. So muss der Kläger, der dem Beklagten unlautere Telefonwerbung vorwirft, lediglich den Anruf als solchen nachweisen. Die Beweislast dafür, dass der Anruf zulässig war, kommt dem Beklagten zu. Er trägt also die Beweislast für das Vorliegen einer (ausreichenden) Einwilligungserklärung.

Unlängst hat der Bundesrat wegen anhaltender Beschwerden über die unzulässige Telefonwerbung bei Verbrauchern den Entwurf eines Gesetzes über die Fortentwicklung des Verbraucherschutzes bei unerlaubter Telefonwerbung gefasst (BR-Drucksache 271/11). Dieser Gesetzesentwurf sieht insbesondere vor, dass die Einwilligung in Werbeanrufe künftig in Textform im Sinne von § 126 b BGB vorliegen muss. Dieser Gesetzesentwurf ist unlängst dem Bundestag zugeleitet worden. Jener hat zwar noch nicht beraten. In der BT-Drucksache 17/6482 hat die Bundesregierung zu dem Gesetzesentwurf allerdings bereits Stellung genommen. Zu den beabsichtigten Änderungen von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hat sie dabei erklärt, sie wolle *„ernsthaft prüfen, ob und ggf. wie sich ein Textformerfordernis einführen lasse, ohne dass eine wirksame Einwilligung praktisch ausgeschlossen werde“*. Dies – so wörtlich – *„vor dem Hintergrund, dass eine wirksame Einwilligung durch vorformulierte Erklärungen derzeit ausgeschlossen sei“*.

4. Werbung per Telefax und per E-Mail

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist Werbung per Telefax oder per E-Mail (auch gegenüber potentiellen Geschäftskunden) nur zulässig, wenn eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Nach § 7 Abs. 3 UWG gilt dies allerdings (nur) dann nicht, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen E-Mail-Adresse erhalten hat, der Unternehmer diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und bei Erhebung der E-Mail-Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann (ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen). Eine mutmaßliche Einwilligung reicht also für die Rechtfertigung von Werbung per Telefax oder E-Mail nicht (mehr) aus.

5. Werbung mittels sog. PostIdent-Special-Verfahrens der Deutschen Post AG

Bei dem PostIdent-Special-Verfahren der Deutschen Post AG hat der Empfänger des Briefes seine Unterschrift zu leisten. Diese Unterschrift dient aber nicht (wie bei einem bloßen Einschreiben) der bloßen Dokumentation der Empfangnahme. Vielmehr dient sie einem weitergehenden Zweck, der von

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

dem Auftraggeber definiert ist. So besteht mit dem PostIdent-Special-Verfahren für den Absender die einfache Möglichkeit, sich von dem Empfänger einer PostIdent-Special-Sendung eine Unterschrift unter ein weitergehendes Dokument einholen zu lassen. Daher kann sich etwa ein Telekommunikationsanbieter des PostIdent-Special-Verfahrens bedienen, wenn er einem Kunden eine Chip-Karte für sein Mobilfunktelefon zusenden will und die Unterschrift für die Teilnahme am Lastschriftverfahren benötigt. Ebenso kann die Unterschrift bereits die Unterschrift unter einen Telekommunikations- oder Stromvertrag ersetzen.

Dieses Verfahren ist als solches nicht zu beanstanden. Allerdings muss der Empfänger einer derartigen PostIdent-Special-Sendung vor Zustellung jener Sendung deutlich darüber aufgeklärt werden, dass ihm eine PostIdent-Special-Sendung zugestellt wird und dass die Unterschrift eben von den vom Auftraggeber bestimmten Zweck zu leisten sein wird. Das sehen nicht nur die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG vor. Vielmehr stellt es einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften dar, wenn der Adressat einer PostIdent-Special-Sendung beispielsweise nicht darüber aufgeklärt wird, dass er mit Empfangnahme und der zu leistenden Unterschrift eine Willenserklärung abgeben soll, die auf das Zustandekommen eines Telefon- oder Stromvertrages gerichtet ist. Anderenfalls muss er nämlich davon ausgehen, dass die Unterschrift lediglich der Empfangsbestätigung dienen soll. Er wird deshalb entsprechend getäuscht. Das verstößt gegen § 5 UWG. Außerdem liegt ein Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG vor, wenn aufgrund dieser Täuschung versucht wird, den Kunden von einem anderen Anbieter abzuwerben, was ebenfalls im Telekommunikations- und Strombereich regelmäßig der Fall ist. Weiter liegt ein Verstoß gegen § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG vor. Nach § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB hat der Unternehmer den Verbrauchern nämlich rechtzeitig vor Abschluss eines „Fernabsatzvertrages“ klar und verständlich über die Einzelheiten des Vertrages zu informieren. Hierzu zählt insbesondere die Information darüber, wie der Vertrag zustande kommt. Ein derartiger „Fernabsatzvertrag“ im Sinne von § 312 b Abs. 1 BGB liegt wiederum immer dann vor, wenn ein Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wird. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312 b Abs. 2 BGB all diejenigen Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können. Dazu zählen also auch – was häufig übersehen wird – Briefe.

Die mithin erforderliche Aufklärung über die Rechtsnatur der bei der Empfangnahme einer PostIdent-Special-Sendung zu leistenden Unterschrift kann beispielsweise in einem der Zustellung jener Sendung vorausgegangenem (mit Einwilligung des Angerufenen vorgenommenen) Telefonat erfolgen. Da das PostIdent-Special-Verfahren auch heute noch dem Verkehr nicht sonderlich geläufig sein dürfte, muss die Aufklärung darüber, dass bei der Leistung der Unterschrift gegenüber dem Briefträger bereits ein Vertrag zustande kommt, unmissverständlich sein. Werden die Kunden bloß unterrichtet, dass ihnen *„ein Antragsformular zur Unterschrift über die Deutsche Post zugestellt wird, damit der Telefonanbieter den Anschluss des Kunden auf sich voreinstellen lassen könne“*, ist dies nicht ausreichend. Hier nimmt nämlich der Kunde bloß an, dass er die von ihm geforderte Unterschrift zu einem von ihm zu wählenden Zeitpunkt ggf. nach genauerem Studieren der Unterlagen leisten kann. Ebenso wenig reicht aus, wenn dem Verbraucher mitgeteilt wird, dass ihm *„die Tarifunterlagen in den nächsten Tagen mit dem PostIdent-Verfahren der Deutschen Post AG übersandt werden“*. Hieraus ergibt sich nämlich nichts über die Bedeutung des PostIdent-Special-Verfahrens. Das gilt umso mehr, als es auch ein Post-Ident Basic-Verfahren gibt, bei dem die Unterschrift eben nur der Identitätsfeststellung dient, nicht aber etwa einem Vertragsschluss.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Auf die Gestaltung der Unterlagen, die der Kunde bei Empfangnahme der PostIdent-Special-Sendung erhält, kommt es nicht an. Zum einen deshalb, weil – nach wie vor – davon auszugehen ist, dass das PostIdent-Special-Verfahren dem durchschnittlich informierten Verbraucher auch heute noch gänzlich unbekannt ist, weshalb der überwiegende Teil der Kunden überhaupt nicht auf die Idee kommen wird, mit der Unterzeichnung gegenüber dem Briefträger einen Vertrag mit einem Dritten abzuschließen. Zum anderen aber auch deshalb, weil sich wenig Kunden die Zeit nehmen werden, an der Haustüre gegenüber dem Briefträger die Unterlagen, und zwar vor der Unterzeichnung, genauestens zu studieren. Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Gestaltung der Vordrucke wenig übersichtlich sind.

Fehlt es an einer ausreichenden Aufklärung, kann allerdings nicht nur die Versendung der PostIdent-Special-Sendungen ohne vorherige Aufklärung untersagt werden, sondern beispielsweise auch die Weiterleitung der so „gewonnenen“ Verträge (etwa an den ehemaligen Telekommunikations- oder Stromanbieter zum Zwecke der Kündigung des diesbezüglichen Vertragsverhältnisses des Empfängers der PostIdent-Special-Sendung). Es ist nämlich (ebenfalls) unlauter, wenn ein Wettbewerber Verträge durchsetzt, die er seinerseits durch unlautere Wettbewerbshandlungen und unter Ausnutzung der Rechtsunkenntnis der Verbraucher zustande gebracht hat. Dies gilt namentlich auch für die Zusendung von Rechnungen und Mahnungen.

II. Die möglichen Inhalte der Werbung

1. Irreführende Werbung

Allgemein gilt, dass irreführende Werbung grundsätzlich unzulässig ist. Dies ergibt sich aus § 5 UWG. Für ein Verbot reicht dabei schon aus, wenn die Werbung Angaben enthält, die (bloß) geeignet sind, vom Verbraucher fehlverstanden zu werden. Dies gilt sogar dann, wenn die in Rede stehende Angabe durchaus auch richtig verstanden werden kann.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Deshalb liegt etwa eine unzulässige irreführende Werbung vor, wenn als besonderer Vorteil herausgestellt wird, was aufgrund der Gesetzeslage „normal“ ist. Tatsächlich liegt in diesem Falle nämlich eine Selbstverständlichkeit vor. Wer mit einer Alleinstellung wirbt („Nr. 1“ oder „Das Beste“), muss tatsächlich einen deutlichen und auch dauerhaften Vorsprung vor allen anderen Mitbewerber haben. Irreführend ist auch, wenn man über die Art oder die Zusammensetzung oder die Beschaffenheit der Ware täuscht (etwa durch die Zusätze „Bio“ oder „echt“ oder „frisch“ oder „ohne Parfüm“). Außerdem darf über das Unternehmen des Werbenden nicht getäuscht werden. So darf beispielsweise nicht mit den Angaben „Zentrale“ oder „Zentrum“ oder „Center“ geworben werden, wenn dem Unternehmen des Werbenden gar keine zentrale Bedeutung zukommt.

Preise selbst müssen in der Werbung nicht genannt sein. Ist dies aber der Fall, müssen diese vollständig und – wenn möglich – als Endpreis angegeben werden. Dies ergibt sich aus der Preisangabenverordnung. Möglich ist bisweilen zwar, mit Sternchenhinweisen zu werben, also einen Teil der Preisangaben im Fußnotentext mitzuteilen. Das geht aber allenfalls dann, wenn der Sternchenhinweis leicht auffindbar ist. Ebenso der Fußnotentext. Wenn der Fußnotentext allerdings die im Blickfang stehende Preisangabe in ihr Gegenteil verkehrt, ist auch dies unzulässig. So etwa, wenn im Blickfang mit der Angabe „kostenlos“ geworben wird und im Fußnotentext dann nachträglich darüber aufgeklärt wird, dass doch bestimmte Kosten anfallen.

Grundsätzlich unzulässig sind überdies Lockvogelangebote, also besonders günstige Angebote, die in nicht ausreichendem Maße zur Verfügung stehen.

2. Insbesondere: Sparaussagen

Oftmals kommt es für den Kunden wesentlich auf die Höhe der in Rede stehenden Preise oder Tarife an. So etwa bei Telefon und Strom. Deshalb wird häufig mit Sparaussagen geworben.

So beispielsweise damit, dass dem Kunden eine prozentuale Ersparnis zu seiner Rechnung bei seinem alten Telefon- oder Stromanbieter garantiert wird. Oftmals kann eine derartige Garantie aber gar nicht abgegeben werden, zumal die Höhe der Telefon- oder Stromrechnung von dem individuellen Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten des Kunden abhängt. Erst dann, wenn sichergestellt ist, dass bei jedweden Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten stets eine Ersparnis von x % eintritt, darf also mit einer entsprechenden Garantie („*Sie werden x % einsparen*“) geworben werden. Anderenfalls wird der Kunde getäuscht, was als Irreführung gegen § 5 UWG und auch noch als irreführender Werbevergleich gegen §§ 5, 6 UWG verstößt.

Entsprechendes gilt erst recht, wenn mit einer Mindestersparnis geworben wird („*Sie sparen mindestens x %*“).

Wiederum anders verhält es sich allerdings, wenn mit einer Maximalersparnis geworben wird („*Sie sparen bis zu x %*“). Ist die Maximalersparnis tatsächlich zu erreichen, so kann eine derartige Werbebehauptung nur ausnahmsweise verboten werden. So zum einen dann, wenn die Maximalersparnis nur bei atypischen – nicht repräsentativen – Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten eintreten kann (also zum Beispiel wenn in Bezug auf Telefonkosten mit einer Ersparnis von „*bis zu 30 %*“ geworben wird, obwohl im Regelfall nur eine Ersparnis von 5 % eintritt und die Maximalersparnis von 30 % nur für Telefonate in der Zeit von sonntags zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr nach Toronto eintritt). Wird allerdings in der Werbung deutlich darauf hingewiesen, dass die Maximalersparnis nur in diesen Fällen zu erreichen ist, kann die Werbung selbstverständlich wiederum zulässig sein. Zum anderen kann die

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

pauschale Werbung mit einer Maximalersparnis dann unzulässig sein, wenn verschwiegen wird, dass mit dem Wechsel zu dem neuen Telefon- bzw. Stromanbieter in nicht unerheblichem Maße auch Verteuerungen einhergehen können (also beispielsweise wenn mit einer pauschalen Ersparnis von „bis zu 30 %“ für Telefonate geworben wird, die auch für Ortsgespräche und reine Ferngespräche realistischer Weise eintreten mag, sich aber Gespräche in den Nahbereich bei Abschluss des entsprechenden Vertrages dagegen um bis zu 30 % verteuern).

3. Insbesondere: Testergebniswerbung

Unzulässig ist die Werbung mit einem Testergebnis schon ohne die Angabe der Fundstelle der Veröffentlichung. Dem Verbraucher werden in diesem Falle nämlich die Kenntnisnahme des Tests und die Überprüfung der Werbung unnötig erschwert. Deshalb darf die Fundstellenangabe auch nicht irgendwo versteckt in der Werbung sein. Vielmehr muss die Fundstelle ohne weiteres erkennbar sein. Der Verbraucher darf also nicht erst nach der Fundstelle suchen müssen. Wird für ein Produkt im Internet mit einem Testergebnis geworben, muss die Fundstelle ausserdem entweder bereits deutlich auf der ersten Bildschirmseite angegeben oder aber durch einen Sternchenhinweis eindeutig und leicht aufzufinden sein. Die Schrift soll ausserdem mindestens eine Grösse von 6 Pt. aufweisen. So jedenfalls das Kammergericht Berlin.

Irreführend ist eine Werbung – selbst wenn das beworbene Produkt das Testurteil tatsächlich erhalten hatte und dieses Testurteil auch unkommentiert dargestellt wurde - dann, wenn das Testergebnis mittlerweile überholt ist. Sind die beworbenen Produkte mit den seinerzeit geprüften Produkten gleich, technisch nicht durch neuere Entwicklung überholt, und liegen für solche Produkte auch keine neueren Prüfungsergebnisse vor, ist die Werbung aber zulässig. Werden die beworbenen Produkte sogar als „Restposten“ bezeichnet und haben sich auch die Bewertungskriterien nicht geändert, dann ist sogar unschädlich, wenn zwar neuere Testergebnisse zur selben Produktgattung vorliegen, diese sich jedoch auf ein anderes Preissegment beziehen. Das wurde bereits für Matratzen entschieden. Irreführend ist es dagegen, wenn ein jüngerer Test, der auf anderen Prüfungskriterien beruht, Produkte derselben Warenart getestet hat, und zwar auch dann, wenn er nicht diejenigen Waren einbezog, die mit dem älteren Testergebnis beworben waren.

Wird das Testergebnis mit eigenen Worten umschrieben oder kommentiert, kann die Werbung schnell irreführend sein. Das ist nämlich schon dann der Fall, wenn sich hierdurch der Eindruck vom Testergebnis zugunsten des getesteten Produkts verschiebt. So etwa, wenn man mit dem tatsächlich verliehenen „*Testurteil sehr gut*“ in einer Art und Weise wirbt, die zu unrecht annehmen läßt, das beworbene Produkt sei sogar Testsieger geworden. Deshalb empfiehlt es sich, das Testergebnis nicht mit eigenen Worten wiederzugeben oder zu kommentieren.

Auf negative Testergebnisse für andere von ihm ebenfalls angebotene Produkte muss aber nicht hingewiesen werden. Deshalb darf beispielsweise für eine eine Zusatzversicherung mit der Bewertung „*sehr gut*“ der Stiftung Warentest geworben werden, auch wenn die Vollversicherung desselben Versicherungsunternehmens das Gesamturteil „mangelhaft“ erhalten hat und hierauf nicht hingewiesen wird.

Ebenso ist es zulässig, wenn man sich auf die Wiedergabe nur einer Testkategorie beschränkt, in der das beworbene Produkt besonders gut abgeschnitten hat. Allerdings darf diese Testkategorie nicht „selbst erfunden“ sein. Außerdem darf nicht ein schlechtes Gesamtergebnis vertuscht werden. Deshalb wurde beispielsweise die Werbung für eine Kaffeemaschine mit „*sehr gut für Kaffeearoma*“ nicht als irreführend angesehen, zumal das beworbene Gerät mit der Note „gut“ immerhin als Testsieger abgeschnitten hatte. Wird umgekehrt das Gesamtergebnis zutreffend wiedergegeben, „heilt“ dies aber nicht die unzutreffende Angabe einer Einzelbewertung. Schliesslich kann es dem Verbraucher ja gera-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

de auf diese Einzelbewertung ankommen. Auch darf nicht mit einem „*Testsieg*“ für Einzelbewertungen geworben werden, die gar nicht in das Gesamtergebnis eingeflossen sind.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass auch über die gezielte Gesamtnote nicht getäuscht werden darf. Das ist zum Beispiel denkbar, wenn im zugrundeliegenden Test nicht etwa Schulnoten verwendet worden sind, sondern eine andere Skala, und hierauf nicht hingewiesen wird. Dies gilt selbst dann, wenn mit Gesamtnote geworben wird, die im Test tatsächlich erreicht wurde. So etwa in dem Fall, dass in der Werbung die „Gesamtnote 1,3“ in den Vordergrund gestellt wird, dies allerdings ohne darauf hinzuweisen, dass im zugrundeliegenden Test die Skala der erreichbaren Noten gar nicht (wie üblich) von 1 – 6 reichte, sondern nur von 1 – 3. Hier wird der angesprochene Verkehr nämlich über den tatsächlichen „Wert“ der Gesamtnote getäuscht.

Die Werbung mit Testergebnissen darf ausserdem nicht über das Verhältnis des beworbenen Produkts zu den ebenfalls getesteten Konkurrenzprodukten täuschen. Das ist etwa der Fall, wenn beispielsweise ein Produkt mit der Werbeaussage „*Test gut*“ beworben wird, dieses Erzeugnis die Note „gut“ tatsächlich auch tatsächlich erhalten hat, das Produkt jedoch – immer noch - unter dem Notendurchschnitt sämtlicher getesteter Erzeugnisse geblieben ist. Mit dem Siegel „*Test gut*“ wird dem Verkehr nämlich eine besondere Güte vorgespiegelt, die angesichts der besser getesteten Konkurrenzprodukte tatsächlich gar nicht gegeben ist. Dagegen ist es nicht irreführend, wenn mit dem Siegel „*Test gut*“ geworben wird, ohne darauf hinzuweisen, dass eine Reihe von Konkurrenzprodukten ebenfalls (nur) dieses Prädikat (und kein besseres) erzielt haben. Ist das mit „*Test gut*“ beworbene Produkt sogar über dem Notendurchschnitt geblieben, ist die Werbung mit diesem Testurteil erst recht zulässig.

Für die Werbung mit der Bestnote „*sehr gut*“ gilt natürlich entsprechendes erst recht. Sie ist deshalb ohne weiteres zulässig. Insbesondere spiegelt sie allein nicht vor, dass man auch „*Testsieger*“ geworden ist. Gibt es also mehrere Produkte, die im Test die Note „sehr gut“ erhalten haben, ist es unbedenklich, wenn hierauf nicht hingewiesen wird. Jedoch ist die werbliche Herausstellung eines Produkts als „*Testsieger*“ irreführend, wenn das Produkt gar nicht (alleiniger) „*Testsieger*“ geworden ist. Und zwar auch dann, wenn die Bestnote „sehr gut“ erreicht wurde. Umgekehrt kann die Werbung mit „*Testsieger*“ auch dann irreführend sein, wenn das getestete Produkt tatsächlich *Testsieger* geworden ist. So nämlich dann, wenn der Test selbst nicht repräsentativ war, weil beispielsweise nur vier von 30 in Betracht kommenden Produkten in den Test einbezogen worden sind. Das heißt jedoch noch lange nicht, daß mit dem Prädikat „*Testsieger*“ nicht geworben werden dürfte. Vielmehr muss nur darauf hingewiesen werden, dass eben nicht alle in Betracht kommenden Produkte getestet wurden. Davon abgesehen darf auf den *Testsieg* nicht mit „*klar*“, „*unangefochten*“ oder „*souverän*“ hingewiesen werden, wenn kein deutlicher Abstand zum Testzweiten gegeben ist oder der erste Platz sogar mit anderen geteilt werden musste.

Unzulässig ist es dagegen ohne weiteres, ein Produkt mit einem Testurteil zu bewerben, wenn das beworbene Erzeugnis selbst gar nicht getestet worden ist, sondern ein ganz anderes Produkt. Dies gilt auch dann, wenn das beworbene Produkt äußerlich ähnlich und technisch baugleich war. Liegt nicht einmal eine völlig Baugleichheit vor, ist die Werbung erst recht irreführend.

Wird mit einem Testergebnis geworben, obwohl der Test nur mit einer stichprobenartigen Auswahl vorgenommen wurde und somit für den Markt der getesteten Produkte gar nicht repräsentativ war, ist dies zwar nicht ohne weiteres unzulässig. Jedoch muss in jener Werbung darauf hingewiesen werden, dass der Test eben nicht auf einer repräsentativen Erhebung beruhte. Dies gilt umso mehr, wenn sich zwischen den einzelnen Stichproben erhebliche Qualitätsunterschiede ergeben. Die Hinweispflicht gilt dabei für alle und nicht nur den „*Testsieger*“.

Irreführend ist schließlich, wenn bei der Werbung mit einem Testergebnis vorgetäuscht wird, dass der Test von einer unabhängigen Stelle vorgenommen worden sei, obwohl dies gar nicht der Fall war. Das kann beispielsweise dadurch geschehen, dass das Testurteil etwa optisch an die *Testsiegel* der Stiftung Warentest angelehnt ist. Hierdurch wird dem Verbraucher nämlich eine besondere Neutralität vorges-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

piegelt. Diese ist aber dann nicht gegeben, wenn es tatsächlich nur um eigene Test der Hersteller bzw. Händler geht, also insbesondere um selbst vorgenommene „Konsumententests“.

4. Werbevergleiche

Nach § 6 UWG wird vergleichende Werbung definiert als *„jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht“*. Um von einem „Vergleich“ sprechen zu können, müssen also Angaben über das Verhältnis zu diesen Mitbewerbern oder ihren Angeboten gemacht werden. Es müssen daher vom Werbenden für den Verkehr erkennbar mindestens zwei Unternehmen oder deren Angebote aufeinander bezogen oder aneinander gemessen, d. h. einander gegenübergestellt werden. Dafür reicht allerdings nicht aus, wenn verschiedene Leistungen von Wettbewerbern lediglich gleichzeitig genannt werden. Vielmehr muss das Ziel der Werbung sein, den Adressaten konkreten Alternativen aufzuzeigen, die geeignet sind, ihre Kaufentscheidung zu beeinflussen. Die Bezugnahme auf den Mitbewerber und seine Produkte muss entweder ausgesprochen oder aber zumindest eindeutig nahegelegt werden.

Deshalb liegt ein Werbevergleich nicht vor, wenn eine Werbeaussage so allgemein gehalten ist, dass sich den angesprochenen Verkehrskreisen eine Bezugnahme auf den Werbenden gar nicht aufdrängt, sondern lediglich – „um zehn Ecken gedacht“ – reflexartig ergibt. Nicht erforderlich ist aber, dass der Werbende seine eigenen Produkte, Preise, etc. mit denen anderer Mitbewerber vergleicht. Vielmehr liegt ein Werbevergleich auch dann vor, wenn nur fremde Produkte oder deren Preise miteinander verglichen werden. Neutrale Waren- oder Preistests – etwa der Stiftung Warentest – unterfallen den Vorschriften der vergleichenden Werbung aber nicht. Ebenso wenig die bloße Aufforderung an das Publikum, seinerseits Waren zu vergleichen, denn hier überlässt der Werbende den Kunden das Urteil. Dazu gehört übrigens auch der Fall, dass in einer Internetwerbung ein Link zum Angebot eines Mitbewerbers gesetzt wird und der Nutzer auf diese Weise dazu aufgefordert wird, sich über das Konkurrenzangebot zu informieren. Schließlich liegt ein Werbevergleich auch dann nicht vor, wenn der Werbende – umgekehrt – lediglich seine eigenen Produkte und deren Preise vergleicht. Hier fehlt es nämlich am Mitbewerberbezug.

Vergleichende Werbung in diesem Sinne ist nur dann zulässig, wenn der Vergleich sich auf Waren oder Dienstleistungen *„für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht“*. Dies ist der Fall, wenn aus Sicht der Verbraucher die verglichenen Waren oder Dienstleistungen einen hinreichenden Grad an Austauschbarkeit aufweisen, also substituierbar sind. Eine völlige Funktionsidentität braucht dagegen nicht vorzuliegen. Auch kommt es nicht auf unterschiedliche Mengen oder unterschiedliche Zusammensetzungen an. Deshalb kann etwa auch ein Vergleich von Öl und Strom als Energiequellen oder ein Vergleich von Bahn und Flug als Beförderungsmöglichkeiten den Vorschriften von Werbevergleichen unterfallen. Ebenso Leitungswasser / Mineralwasser, Müsli- / Schokoriegel, Luxusprodukte / billige Massenware, ja sogar Blumen / Kaffee (nämlich als Geschenk). Wird eine Austauschbarkeit in diesem Sinne jedoch verneint, ist der Werbevergleich (schon) unzulässig.

Außerdem dürfen nur bestimmte Eigenschaften einer Ware oder Dienstleistung miteinander verglichen werden. Dazu zählt auch der Preis. Entscheidend ist dabei, ob die Angabe einen Bezug zu den Waren oder Dienstleistungen hat und die angesprochenen Verkehrskreise deshalb ihr eine nützliche Information für ihre Kaufentscheidung entnehmen können. Alle Faktoren, die für die Nachfrageentscheidung aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise eine Rolle spielen können, sind deshalb Eigenschaften in diesem Sinne. Daher kann es eine Eigenschaft darstellen, ob die Ware von einer fachlichen Stelle (zum Beispiel vom TÜV) auf ihre Qualität geprüft wurde, ob sie Auszeichnungen erhalten hat, ob ihr Er-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

werb steuerlich begünstigt ist oder ob sie Auswirkungen auf die Gesundheit oder die Umwelt hat. Auch eine räumliche und zeitliche Lieferbarkeit bzw. Erhältlichkeit ist eine Eigenschaft, auf die sich der Vergleich beziehen kann. Es gibt jedoch auch (seltene) Fälle, in denen eine derartige Eigenschaft verneint wird. So könnte etwa ein Vergleich der Umsätze konkurrierender Produkte als unzulässig angesehen werden, weil aus dem bloßen Umsatz kein Rückschluss auf die Produkteigenschaften möglich ist. Zweifelhaft ist auch, ob bloss imagebezogene oder geschmacksabhängige Produktmerkmale derartige „Eigenschaften“ sind, zumal sie von der rein subjektiven Wertschätzung des Verbrauchers abhängen.

Diese Eigenschaften dürfen außerdem nur objektiv verglichen werden. Es darf also gerade nicht nur um eine subjektive Wertung gehen. Die Aussage, ein Produkt sei schöner oder eleganter als das andere, wäre deshalb beispielsweise eine unzulässige subjektive Wertung, mithin ein unzulässiger Werbevergleich. Anders wiederum die Behauptung, das eigene Produkt sei billiger als das andere. Das ist nämlich objektiv feststellbar.

Hinzukommen muss ferner, dass der (objektive) Vergleich der Eigenschaften nicht unvollständig oder einseitig, mithin also „schief“ ist. Zwar muss der Werbende nicht alle wesentlichen Eigenschaften in den Vergleich einbeziehen. Er kann vielmehr eine Auswahl treffen. Insbesondere kann er Eigenschaften herausgreifen, bei denen er nach seiner Auffassung besser abschneidet als der Mitbewerber. Die Grenze zur Unzulässigkeit ist aber dann überschritten, wenn der falsche Eindruck vermittelt wird, es seien mehr oder weniger alle wesentlichen Eigenschaften in den Vergleich einbezogen, bzw. der Eindruck einer Repräsentativität erweckt wird. Deshalb ist ein Preisvergleich beispielsweise dann irreführend, wenn sich die preisrelevanten Konditionen (Zahlungsbedingungen, Zugaben, etc.) der Wettbewerber nicht unwesentlich unterscheiden, aber auf diese Unterschiede nicht deutlich und unmissverständlich hingewiesen wird. Oder aber, wenn die verglichenen Waren oder Dienstleistungen nicht unwesentliche Quantitäts- oder Qualitätsunterschiede aufweisen und der Werbende auch diese Unterschiede nicht deutlich und unmissverständlich hervorhebt. Umgekehrt ist dagegen nicht zu beanstanden, wenn der Werbende gerade diejenigen Produkte für den Vergleich auswählt, bei denen eine für ihn günstige Preisdifferenz besteht. Das aber wiederum gilt dann nicht, wenn der Mitbewerber ein anderes – gleichwertigeres – Produkt hat.

Deshalb ist ein Vergleich irreführend, wenn von mehreren Produkten des Mitbewerbers nur das teure herangezogen und so der Eindruck erweckt wird, es sei das einzige vergleichbare Produkt. Als unlauter wurde daher bereits ein Vergleich von Tarifen für Ferngespräche angesehen, weil neben den verglichenen Minutenpreisen beim eigenen Tarif der Vorteil einer fehlenden Grundgebühr hervorgehoben und beim Mitbewerbertarif dagegen eine hohe Grundgebühr genannt wurde, obwohl es in diesem Bereich einen Tarif dieses Mitbewerbers mit einer viel niedrigeren Grundgebühr gab. Irreführend ist außerdem auch die Bezugnahme auf einen Preis, den der Mitbewerber in der Vergangenheit verlangt hat, der aber nicht mehr aktuell ist, weil er seine Preise zwischenzeitlich gesenkt hat.

Außerdem müssen die Eigenschaften nachprüfbar sein. Es muss dem Verbraucher also ermöglicht werden, den Vergleich auf seine sachliche Berechtigung hin zu überprüfen. Die rein theoretische Möglichkeit der Überprüfung macht den Vergleich aber noch nicht zulässig. Vielmehr muss konkret möglich sein, die Richtigkeit der Angaben des Werbenden nachzuprüfen. Und dies mit zumutbarem Aufwand. Das aber ist (noch) der Fall, wenn die Nachprüfung nur durch Einsichtnahme in allgemein zugängliche Veröffentlichungen, wie etwa Kataloge oder Testberichte, oder durch Befragung Dritter oder gar durch die Beauftragung von Sachverständigen möglich ist. Es reicht sogar aus, wenn sich der Verbraucher beim Werbenden oder beim Mitbewerber durch Rückfragen nähere Auskunft verschaffen kann.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Weiterhin müssen die Eigenschaften typisch sein. Sie müssen also die Eigenart der verglichenen Produkte prägen und für die Produkte aussagekräftig sein. Das wird nur ausnahmsweise in Abrede gestellt werden können. So etwa, wenn bloß mit negativen Eigenschaften des Konkurrenzproduktes geworben wird, die diesem normalerweise gar nicht anhaften. Also etwa dann, wenn man sich bloß mit den Ausreißerprodukten der Konkurrenz vergleicht.

Ferner ist ein Vergleich unzulässig, wenn er zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und seinem Mitbewerber bzw. zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen führt. Die bloß abstrakte Gefahr solcher Verwechslungen ist jedoch irrelevant. Vielmehr muss es zu einer tatsächlichen Täuschung der Adressaten der Werber kommen. Ausreichend ist dafür aber bereits, wenn diese den Eindruck gewinnen, der Werbende und der Mitbewerber seien irgendwie gesellschaftsrechtlich verbunden, beispielsweise dahin, dass der Werbende ein Tochterunternehmen des Mitbewerbers sei.

Bei alledem darf die Wertschätzung der von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichen nicht in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt werden. Derartige ist aber nicht schon dann der Fall, wenn im Vergleich der Handelsname, die Marke oder ein sonstiges Unterscheidungsmerkmal des Mitbewerbers aufgeführt wird. Erst recht liegt keine unlautere Rufausnutzung vor, wenn der Hinweis auf das Kennzeichen des Mitbewerbers für eine objektive Unterscheidung der Erzeugnisse erforderlich ist. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände hinzukommen, die den Vorwurf einer unlauteren Rufausnutzung begründen.

So zum Beispiel, wenn nicht die Wortbezeichnung des Mitbewerbers verwendet worden ist, sondern seine Bildmarke oder sein Logo. Dagegen ist der bloße Hinweis auf Artikelnummern des Mitbewerbers nicht zu beanstanden. Auch eine tabellenartige Gegenüberstellung von Eigennamen und namhaften Herstellermarken begründet noch keine unlautere Rufausnutzung. Umgekehrt wurde dagegen eine Rufausnutzung angenommen bei der Produktbezeichnung „im Cartier-Stil“, weil damit nämlich die Vergleichbarkeit im Design behauptet wurde. Dagegen liegt eine unlautere Rufausbeutung wiederum dann nicht vor, wenn bloss ein namenloses Produkt („no-name-Produkt“) mit einer Markenware verglichen wird. Schließlich soll der Vergleich ja gerade den Gegensatz zwischen diesen Produkten zum Ausdruck bringen. Neben der unlauteren Rufausnutzung darf natürlich auch keine unlautere Rufbeeinträchtigung erfolgen. Doch liegt auch diese nicht etwa schon darin, wenn ein Markenprodukt mit einem no-name-Artikel verglichen wird.

Natürlich ist ein Vergleich ausserdem unzulässig, wenn er die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft. Die bloße Hervorhebung der Vorzüge der eigenen Leistungen stellt allerdings noch keine Herabsetzung der fremden Leistungen dar. Schliesslich es ist das legitime Interesse des Werbenden, auf die Vorzüge der eigenen Leistungen hinzuweisen und sich auf diese Weise von den Mitbewerbern abzugrenzen. Dass die fremde Leistung bei dem Vergleich schlechter abschneidet, bedeutet ebenfalls keine Herabsetzung. Schließlich ist dies die zwangsläufige und den Vergleich immanente Folge. Eine Herabsetzung setzt daher mehr voraus als den Hinweis auf die Vorzüge der eigenen Leistungen und der daraus folgenden herabsetzenden Wirkung des Vergleiches, nämlich dass der Mitbewerber in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich behandelt wird. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Werbung auch von Humor und Ironie lebt und begleitet wird. Daher können auch humorvoll, witzige, scherzhafte oder ironisch gestaltete Vergleiche nicht ohne weiteres als herabsetzend angesehen werden. Solange Humor oder Ironie lediglich zur Verdeutlichung des Vergleiches dienen und dabei die Aufmerksamkeit oder ein Schmunzeln des Verbrauchers hervorrufen, den Mit-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

bewerber nicht der Lächerlichkeit oder dem Spott preisgeben, liegt deshalb noch keine Herabsetzung vor. Dies ist jedoch kein Freibrief für die Beschimpfung von Mitbewerbern.

Eine glatte Verunglimpfung stellt daher die Aussage „Lufthansa zieht Ihnen die Hosen aus“ dar. Ebenso die Darstellung eines kreisenden Flugzeuges mit der Aussage „Deutschlands Manager machen zu viele Überstunden“ im Rahmen eines Vergleichs von Bahn und Flugzeug, weil nämlich die Bahn ihrerseits unpünktlich sein kann. Weiter liegt eine Herabsetzung vor, wenn ein Konkurrenzprodukt im Vergleich zum eigenen Produkt direkt oder indirekt als „minderwertig“ oder gar als „Mist“ bezeichnet wird. Ebenso, wenn das Konkurrenzprodukt zu Unrecht als Imitation oder Nachahmung dargestellt wird.

Grundsätzlich trägt zwar derjenige, der die Werbung als unzulässig angreift, im Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht eingehalten sind. Wenn dabei jedoch Tatsachen von Bedeutung sind, die der Kläger nicht oder nur unter größten Schwierigkeiten darlegen oder beweisen kann, während es umgekehrt dem Werbenden ohne weiteres möglich und zumutbar ist, die erforderliche Aufklärung zu geben, trifft den Werbenden die sog. „sekundäre Beweislast“. Er muss dann selbst die Zulässigkeit seiner Werbung ggf. darlegen und beweisen.

5. Koppelungsangebote, Zugaben, Werbegeschenke, Preisnachlässe

Ein Koppelungsangebot liegt vor, wenn unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen zu einem Gesamtangebot zusammengefasst werden. Dies betrifft namentlich die sog. „Zugabe“, also die (völlig oder teilweise) unentgeltliche Gewährung einer Ware oder Dienstleistung für den Fall des Kaufes einer anderen Ware oder Dienstleistung. Das bloße Werbegeschenk stellt dagegen kein Koppelungsangebot dar. Seine Gewährung ist nämlich gerade nicht vom entgeltlichen Bezug einer Ware oder Dienstleistung abhängig. Auch Geldzuwendungen oder Geldgutscheine, die für den Fall des Erwerbs einer Ware oder Dienstleistung gewährt werden, sind keine Zugabe. Sie stellen vielmehr eine besondere Erscheinungsform des bloßen Preisnachlasses dar. Die Einräumung einer Gewinnchance im Rahmen von Preisausschreiben oder Gewinnspielen, die vom entgeltlichen Bezug einer Ware oder Dienstleistung abhängig gemacht werden, stellen dagegen wiederum eine (besondere) Erscheinungsform der Zugabe dar.

Grundsätzlich sind derart verkaufsfördernde Koppelungsangebote (einschließlich Zugaben) zulässig. Insbesondere ist unerheblich, ob die gekoppelten Waren üblicherweise in denselben Betrieben oder Branchen vertrieben werden und ob sie funktionell zusammengehören. Unerheblich ist auch, ob einzelne Leistungen ganz oder teilweise ohne Berechnung abgegeben werden und ob es sich dabei um eine gering- oder höherwertige Ware oder Dienstleistung handelt. Ob ein Kaufmann seine Waren oder Dienstleistungen einzeln oder nur zusammen abgeben will und wie er die Kombination gestaltet, gehört nämlich zu seiner wettbewerblichen Entscheidungsfreiheit.

Dennoch gibt es Grenzen. So ist ein Koppelungsangebot unzulässig, wenn der Verbraucher über das Angebot als solches getäuscht wird. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Werbende über den Wert, den Gegenstand oder die Eigenschaft der Zugabe oder über die Voraussetzungen ihrer Gewährung unrichtige Angaben macht. Die Täuschung über den Wert einer Zugabe kann dabei auch konkludent erfolgen, etwa wenn ihr Geldwert zu hoch angesetzt wird oder wenn sie in der Werbung wertvoller dargestellt wird als sie tatsächlich ist.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Weiterhin kann ein Kopplungsangebot unzulässig sein, wenn die Vorschriften der Preisangabenverordnung nicht eingehalten werden. Das ist insbesondere der Fall, wenn der günstige Preis einer Teilleistung herausgestellt wird, der Preis des anderen Teils des Kopplungsangebotes (Folgekosten) und die damit einhergehenden Gesamtbelastungen aber verschwiegen werden, in der Darstellung untergehen oder in den Hintergrund treten. Hierbei wird nämlich der unzutreffende Eindruck einer Preiswürdigkeit des Kopplungsangebotes erweckt, die tatsächlich gar nicht besteht. Deshalb ist der Werbende gehalten, gleichzeitig in klarer Zuordnung leicht erkennbar und deutlich lesbar auf das Entgelt hinzuweisen, das für den anderen Teil des Kopplungsangebotes verlangt wird. Dies kann durch Sternchenhinweise geschehen, die der herausgestellten Preisangabe räumlich eindeutig zugeordnet sind. Allerdings darf im Sternchentext nicht das Gegenteil behauptet werden. Das ist etwa der Fall, wenn beispielsweise im Blickfang mit der Angabe „kostenlos*“ geworben und dann im Sternchentext selbst darauf verwiesen wird, dass doch (zum Teil) Kosten anfallen.

Weiterhin kann ein Kopplungsangebot unzulässig sein, wenn eine unangemessene unsachliche Beeinflussung des Verbrauchers vorliegt. Dies ist (bislang) dann der Fall (gewesen), wenn die Anlockwirkung des Kopplungsangebotes so stark ist, dass auch bei einem verständigen Verbraucher ausnahmsweise die Rationalität der Nachfrageentscheidung vollständig in den Hintergrund drängt. Hierbei handelt es sich aber um absolute Ausnahmefälle. Deshalb kann sogar ein besonders ein „besonders krasses Missverhältnis zwischen dem gewährten Vorteil und der entgeltlichen Leistung“ für sich allein keine unsachliche und damit unzulässige Beeinflussung auslösen. Schließlich kann für den verständigen Verbraucher gerade der hohe Wert der Zugabe ein wichtiges und rationales Kriterium der Nachfrageentscheidung sein. Entsprechendes gilt, wenn die Zugabe aus einer auf den Markt nicht oder nur schwer zu erwerbenden Ware oder Dienstleistung besteht. Der Verbraucher muss in diesem Falle nämlich selbst abwägen, ob ihm die Zugabe es wert ist, die Hauptleistung zum geforderten Preis zu erwerben.

Heute wird (auch) hier ein liberaler Maßstab angelegt. Eine unangemessene unsachliche Beeinflussung wird fast nur noch in Fällen gesehen, in denen eine Machtposition zur Ausübung von Druck ausgenutzt wird. Wendet sich die Werbung allerdings gezielt (ggf. mittels persönlicher Ansprache) an solche Personen, bei denen mangels geschäftlicher Erfahrung oder wegen ihres besonderen Zustandes eine kritische Distanz zur Werbung mit Zugaben nicht zu erwarten ist, kann dies wiederum eine unangemessene unsachliche Beeinflussung darstellen und somit zur Unzulässigkeit des Kopplungsangebotes führen. Dies ist insbesondere bei einer Werbung zu beachten, die sich gezielt an Kinder und Jugendliche richtet.

Stets unlauter sind Kopplungsangebote, wenn sie zur gezielten Behinderung von Mitbewerber eingesetzt werden oder gar zu einer Gefährdung des Bestands des Wettbewerbs führen (sollen). Auch das wird aber die Seltenheit sein.

Zu beachten ist außerdem, dass nach § 4 Nr. 4 UWG bei Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme „klar und eindeutig“ angegeben werden müssen. Dies bezieht sich auf die Berechtigung zur Inanspruchnahme, aber auch auf die Modalitäten der Inanspruchnahme selbst. Deshalb muss der Werbende angeben, welcher Personenkreis in den Genuss der Verkaufsförderungsmaßnahmen kommt oder von ihr ausgeschlossen sein soll. Außerdem muss angegeben werden, in welchem Zeitraum (Beginn und Ende) die Verkaufsförderungsmaßnahmen in Anspruch genommen werden können. Der Zeitraum muss nach dem Kalender bestimmt oder bestimmbar sein. Es müssen grundsätzlich der erste und der letzte Verkaufstag durch die Datumsangabe gekennzeichnet sein. Daher reicht beispielsweise die Angabe „Nur 14 Tage gültig“ nicht aus. Ebenso wenig

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

die Angabe „*Winterschlussverkauf*“. Weiterhin muss angegeben werden, in welcher Menge die Verkaufsförderungsmaßnahme in Anspruch genommen werden kann. Nicht eindeutig ist die Angabe „*So lange der Vorrat reicht*“, sofern die Zugabe in geringerem Umfang als die Hauptsache vorgehalten wird. Bei Preisnachlässen muss die absolute oder relative Höhe des Nachlasses angegeben werden. Außerdem ist anzugeben auf welche Waren oder Warengruppen sich die Preisnachlässe beziehen. Nicht ausreichend ist daher etwa die Angabe „*30 % auf alle unsere Polstermöbel-Beststeller*“ oder „*Ausgenommen ist Werbeware*“. Bei einem Preisnachlass in Form eines Gutscheins muss der Werbende angeben, welchen Einlösewert er hat, auf welche Waren- oder Dienstleistungseinkäufe und auf welchen Mindestverkaufswert er sich bezieht und in welchem Zeitraum er eingelöst werden muss. Bei Zugaben ist anzugeben, vom Bezug welcher Ware oder Dienstleistung bei welchem Vertragspartner ihre Gewährung abhängig ist. Bei Geschenken ist anzugeben, unter welchen Bedingungen (Abholung, Bezahlung der Versandkosten, Abholort, etc.) sie in Anspruch genommen werden können. Bei Koppelungsangeboten muss auf die Kopplung selbst hingewiesen werden. Es ist daher unzulässig, mit einem günstigen Angebot zu werben, ohne gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass es nur beim Bezug einer anderen Ware oder Dienstleistung in Anspruch genommen werden kann. Diese Angaben müssen „klar und eindeutig“ angegeben werden.

Zwar sagt das Gesetz nichts darüber aus, wann diese Informationen spätestens erteilt sein müssen. Da aber eine informierte Entscheidung des Kunden ermöglicht werden soll, ist die Information so rechtzeitig zu erteilen, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Kunde sie bei seiner Entscheidung über die Inanspruchnahme der Verkaufsförderungsmaßnahmen mit berücksichtigen kann. Wird daher der Kunde in der Werbung unmittelbar zu der Inanspruchnahme der Verkaufsförderungsmaßnahme aufgefordert, muss die Information ebenso unmittelbar zugänglich sein, also im gleichen Text. Beschränkt sich die Werbung dagegen auf eine bloße Ankündigung der Verkaufsförderungsmaßnahme (ohne gleichzeitige Möglichkeit der Inanspruchnahme) kommt es darauf an, welches Werbemedium verwendet wird und welches Informationsbedürfnis der Kunde hat. Deshalb kann es bei einem TV-Spot genügen, wenn die Informationen erst im Zusammenhang mit dem konkreten Angebot der Verkaufsförderungsmaßnahme (z. B. im Handel) oder durch einen Hinweis auf sofort und leicht zugängliche andere Informationsquellen (Homepage) erfolgt.

6. Preisausschreiben, Gewinnspiele

Nach § 4 Nr. 6 UWG handelt zwar insbesondere unlauter, wer die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden.

Hiernach ist es grundsätzlich unzulässig, wenn der Verbraucher rechtlich gezwungen ist, einen Kauf zu tätigen, um teilnehmen zu können. Das ist z. B. der Fall, wenn die Teilnahmekarte auf der Produktverpackung abgedruckt oder die Gewinnauszahlung von einer Bestellung abhängig gemacht wird. Weitere Fälle sind: Ein Preisausschreiben, bei dem ein Etikett, eine Warenquittung oder ein Teil der Warenverpackung beizufügen war, ein Gewinnspiel, bei dem der Interessent Gewinnchecks erhielt, die neben 37 Lochfeldern eine zunächst unsichtbare Gewinnchance trugen, die für den Kunden dadurch entwickelt wurde, dass er die Felder beim Einkauf entsprechend lochen ließ. Der Europäische Gerichtshof hat dieses allgemeine deutsche Verbot der Gewinnspielkoppelung allerdings für unzulässig erklärt. So entschied er am 15.01.2010, dass eine Regelung wie § 4 Nr. 6 UWG, die die Koppelung von Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel und Erwerb einer Ware grundsätzlich verbietet, nicht mit der Richtlinie unlauterer Geschäftspraktiken vereinbar ist.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Ein solches Verbot soll nach dem Europäischen Gerichtshof dagegen (erst) dann zulässig sein, wenn es nicht absolut ausgesprochen wird, sondern unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles zur Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme führt. Dabei kommt es darauf an, ob die Werbemaßnahme im Licht der in der Richtlinie aufgestellten Kriterien „unlauter“ ist. Zu diesen Kriterien gehört insbesondere die Frage, ob die Praxis in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst, oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. Künftig ist daher die Koppelung von Gewinnspiel und Produktabsatz nicht mehr per se verboten, sondern in jedem Einzelfall konkret darauf hin zu überprüfen, ob hierdurch das Verhalten der Verbraucher in unlauterer Weise beeinflusst wird.

Insoweit könnten die Maßstäbe gelten, die bei § 4 Nr. 1 UWG Anwendung finden. Danach handelt unlauter, wer geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen. Dabei wiederum ist zu berücksichtigen, dass verkaufsfördernde Kopplungsangebote einschließlich Zugaben an sich keine wettbewerbsfremde, sondern wettbewerbskonforme Maßnahmen darstellen. Sie sind daher grundsätzlich zulässig. Dies gilt auch für gekoppelte Gewinnchancen – sei es zu einem Preisausschreiben oder zu einem Gewinnspiel. Früher wurde noch die Auffassung vertreten, dass die Grenze zur „unangemessenen unsachlichen Beeinflussung“ dann überschritten sei, wenn die Koppelung zu einer vollständigen Ausschaltung der Rationalität der Nachfrageentscheidung des Verbrauchers führte. Heute wird (auch) hier ein liberaler Maßstab angelegt. Ein „sonstiger unangemessener unsachlicher Einfluss“ wird mit fast nur noch in Fällen gesehen, in denen eine Machtposition zur Ausübung von Druck ausgenutzt wird.

Nach § 4 Nr. 5 UWG handelt ausserdem unlauter, wer bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig anbietet. Das Gesetz sagt allerdings nichts darüber aus, wann die Informationen über die Teilnahmebedingungen spätestens erfolgen müssen. Da § 4 Nr. 5 UWG eine „informierte“ Entscheidung des Kunden ermöglichen will, ist die Information so rechtzeitig zu erteilen, dass ein durchschnittlich informierter (situationsadäquat) aufmerksamer und verständiger Kunde sie bei einer Entscheidung über die Teilnahme berücksichtigen kann. Eine umfassende Information hat spätestens im Zeitpunkt der Teilnahme zu erfolgen, also beispielsweise durch entsprechend klare und eindeutige Hinweise auf der Teilnehmerkarte. Im Übrigen ist zu unterscheiden: Wird der Verbraucher in der Werbung unmittelbar zur Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel aufgefordert, wofür bereits die Angabe einer Telefonnummer in einer Fernsehwerbung genügen kann, müssen gleichzeitig in dieser Werbung die Teilnahmebedingungen mitgeteilt werden. Beschränkt sich die Werbung dagegen auf eine bloße Ankündigung des Preisausschreibens oder Gewinnspiels ohne gleichzeitige Ermöglichung der Teilnahme (z. B. einem TV-Spot oder in einer Anzeige), erwartet und benötigt der Verbraucher in der Regel auch keine umfassende Information. Insoweit sind auch die räumlichen und zeitlichen Beschränkungen des verwendeten Kommunikationsmediums und die vom Werbenden getroffenen Maßnahmen, den Interessenten die benötigten Informationen anderweitig zugänglich zu machen, zu berücksichtigen. In der Regel genügt daher ein Hinweis auf eine leicht zugängliche Informationsquelle (z. B. Homepage, Telefonnummer mit Basistarif, Geschäftslokal, in dem Teilnehmerkarten erhältlich sind), die dem Interessenten für seine Entscheidung für oder gegen die Teilnahme notwendigen Informationen liefert. Weitere Informationen sind in der Ankündigung nur dann zu geben, wenn dafür ein aktuelles Aufklärungsbedürfnis der Verbraucher besteht. Dies gilt insbesondere für unerwartete Beschränkungen oder sonstige überraschende Teilnahmebedingungen.

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

Nach § 5 UWG handelt schliesslich unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Dies ist der Fall, wenn in der Werbung eine Angabe vorhanden ist, die dazu führen kann, dass der Verbraucher Fehlvorstellungen erleidet. Dabei wiederum sind die Grundsätze der objektiven Mehrdeutigkeit von Werbeangaben zu berücksichtigen. Hiernach ist eine Werbung schon dann irreführend, wenn nur eine einzige der verschiedenen Deutungsvarianten mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Diese Grundsätze gelten auch bei Gewinnspielkoppelungen. Deshalb ist eine Gewinnspielwerbung insbesondere dann zu beanstanden, wenn über die Höhe des Gewinns oder die Höhe der Gewinnchance getäuscht wird.

7. Verschleierung von Werbemassnahmen

Eine nach § 4 Nr. 1 UWG unlautere Verschleierung eines werblichen Kontaktes liegt vor, wenn der Werbende unter einem nicht geschäftlichen Vorwand einen Kontakt zu potentiellen Kunden herstellt, um sie sodann mit einem geschäftlichen Angebot zu konfrontieren und zu einer Bestellung zu veranlassen.

Hierher gehören zunächst die Fälle der Verkaufs- oder Kaffeefahrten, bei denen eine Ausflugsfahrt angekündigt wird, aber der eigentliche Zweck, nämlich der Besuch einer Verkaufsveranstaltung, nicht hinreichend deutlich herausgestellt wird. Deshalb muss eindeutig, unmissverständlich und unübersehbar darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine Verkaufsfahrt handelt und dass die Teilnahme an der Verkaufsveranstaltung freiwillig ist. Werden die Vorteile der beworbenen Fahrt blickfangmäßig herausgestellt, so muss auch deren Charakter als Verkaufsfahrt blickfangmäßig verdeutlicht werden.

Unlauter ist es ferner, sich unter einem Vorwand Zutritt zur Wohnung von Verbrauchern zu verschaffen, um sie zu einer Bestellung zu veranlassen. Ebenso unlauter ist es, bei einem Telefonanruf den geschäftlichen Zweck nicht sogleich zu offenbaren. Insbesondere dann, wenn der Eindruck erweckt wird, man besuche bzw. rufe den potentiellen Kunden bloß wegen einer Meinungsumfrage an. Dessen ungeachtet ist es unlauter, Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer unter dem Vorwand einer Meinungsumfrage zur Überlassung ihrer Adressen oder sonstiger Informationen zu veranlassen, wenn nicht gleichzeitig der Werbe- und Absatzzweck deutlich gemacht wird. Zulässig sind derartige Umfragen deshalb nur, wenn für die Befragten klar erkennbar ist, dass sie der Kundengewinnung dienen.

Ein Unterfall der getarnten Werbung ist auch die sog. redaktionelle Werbung. Dem liegt das im Presserecht entwickelte Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Text zugrunde. Das gilt für all diejenigen Zeitschriften, die nicht auf dem Titelblatt unmissverständlich und eindeutig als reine Werbeschriften gekennzeichnet sind. Die Werbung im Gewande eines redaktionellen Beitrages führt nämlich regelmäßig zu einer Irreführung des Lesers durch Verschleierung des Werbecharakters der Veröffentlichung.

Eine relevante Täuschung liegt deshalb stets vor, wenn dem Leser eine entgeltliche Anzeige als redaktioneller Beitrag präsentiert wird. Deshalb muss eine entsprechende Werbung ausdrücklich als Anzeige kenntlich gemacht werden. Werden Anzeigen in Stil und Aufmachung von Reportagen, redaktionellen Beiträgen oder wissenschaftlichen Aufsätzen aufgemacht, ohne den Anzeigencharakter deutlich zu machen, ist dies wettbewerbswidrig. Anstelle des Wortes „Anzeige“ genügen aber auch gleichwertige Ausdrücke, wie z. B. „Werbeinformation“. Umgekehrt genügt die Kennzeichnung des Textes als „Anzeige“ dann nicht (mehr), wenn die Anzeige so gestaltet ist, dass der Leser das Wort „Anzeige“

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

übersieht oder jedenfalls nicht dem Text zuordnet. So etwa, wenn auf einer Seite sowohl eine als solche erkennbare Anzeige und daneben eine redaktionell gestaltete Anzeige abgedruckt sind und lediglich die ganze Seite mit dem Wort „Anzeigen“ gekennzeichnet ist. Als nicht zur Kennung einer Anzeige ausreichend angesehen wurden die Bezeichnungen als „PR-Mitteilungen“, „PR-Anzeige“, „Sonderveröffentlichung“, „public relation“ oder „Werbereportage“. Geht der Werbecharakter des Beitrages erst aus einem Hinweis im Impressum hervor, reicht dies selbstverständlich erst recht nicht aus. Auch eine bloße Balkenumrandung oder die Nennung des Namens des werbenden Unternehmens zur Beschreibung des Werbecharakters eines Textes sind nicht ausreichend. Lässt schon die Überschriftenschlagzeile einen redaktionellen Beitrag vermuten, so liegt eine Irreführung auch dann vor, wenn der nachfolgende Text den Werbecharakter klarstellt.

Nach der Rechtsprechung sind auch Preisrätsel dem redaktionell gestalteten und verantworteten Bereich einer Zeitschrift im weiteren Sinne zuzuordnen. Denn der Leser schreibe die Auswahl, Besprechung und rühmende Herausstellung der ausgelobten Waren einer objektiven und gewissenhaften Recherche der Redaktion zu. Umgekehrt wisse der Leser aber auch, dass Preisrätsel in erster Linie der spielerischen Unterhaltung und Gewinnchancen dienen. Er erkenne daher regelmäßig, dass ihm beides als Anreiz für den Kauf gerade dieser Zeitschrift angeboten werde und ihm damit also auch eine Form der Werbung für diese Zeitschrift entgegentrete. Deshalb sind Preisrätsel auch dann, wenn die Präsentation der Preise durchweg positiv gehalten ist, nicht ohne weiteres als verdeckte redaktionelle Werbung für den namentlich genannten Hersteller anzusehen. Auch die Abbildung des als Gewinn eines Preisrätsels ausgelobten Produkts und die wiederholte Erwähnung des Produktnamens sind nicht ohne weiteres unzulässig. Jedenfalls dann nicht, wenn zugleich darauf hingewiesen wird, dass der Produzent den Gewinn unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat. Unlauter wird es jedoch dann, wenn die werbliche Herausstellung des Produkts und seine Eigenschaften optisch und dem Aussagegehalt nach in deutlichem Vordergrund stehen und der Verkehr den Eindruck gewinnen soll, die Redaktion habe sich in einem vermeintlich objektiven Auswahlverfahren einen nicht nur als Preis attraktives, sondern als seiner Eigenschaften wegen besonders empfehlenswertes Produkt ausgesucht. Seine ausdrückliche Verpflichtung zum Hinweis auf die unentgeltliche Überlassung der Preise durch den Hersteller ist jedoch entbehrlich.

Selbst redaktionelle Beiträge können eine getarnte Werbung darstellen. Maßgebend ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände unter Berücksichtigung des Inhaltes des Berichts, dessen Anlass und Aufmachung sowie Geltung und Zielsetzung des Presseorgans. Daher wurde etwa die Bezeichnung namentlich genannter Ärzte und Anwälte in der Zeitschrift „Focus“ als „Die 500 besten Ärzte Deutschlands“ bzw. „Die 500 besten Anwälte“ als unlauter angesehen, da keine aussagekräftigen, sachlichen und überprüfbaren Bewertungskriterien zugrunde gelegt waren.

Auch das „product placement“ ist eine Erscheinungsform der getarnten Werbung. So werden vor allem Markenwaren gezielt als Requisiten eingesetzt, um die Aufmerksamkeit des Publikums darauf zu lenken. Einen neuartigen Fall des product placements stellt auch die Einbeziehung von bezahlter Werbung in Computerspiele dar. Wettbewerbsrechtlich ist es allerdings nicht ohne weiteres zu beanstanden, wenn im Rahmen eines redaktionell oder künstlerisch gestalteten Beitrages (z. B. Interview, Spielfilm, Berichterstattung) die Waren oder Dienstleistungen, etc. eines Unternehmens erwähnt oder dargestellt werden. Das bloße Bewusstsein, mit der Sendung fremden Wettbewerb zu fördern, reicht nämlich für einen Wettbewerbsverstoß nicht aus. Anders wiederum ist es, wenn für das product placement ein Entgelt gezahlt, gefordert oder erwartet wird. Dies wird sich allerdings nicht (immer) beweisen lassen. Wenn ein Produkt auffällig oft oder ohne erkennbare redaktionelle, künstlerisch oder dramaturgische Veranlassung ins Bild gesetzt, kann dies jedoch ein Anzeichen für ein derartiges Entgelt sein. Deshalb liegt auch bei Computerspielen eine unzulässige Schleichwerbung vor, wenn be-

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

zahlte Werbung im Übermaß enthalten ist. Richtet sich die Werbung gezielt an Kinder, sind darüber hinaus (noch) strengere Maßstäbe anzulegen.

Verschleierte Werbung liegt schließlich auch dann vor, wenn dem Kunden durch Vortäuschen einer vertraglichen Bindung eine angeblich bereits bestehende Abmahnung oder Zahlungspflicht vorge-täuscht wird. Typisch in diesem Sinne ist es, Angebote so zu gestalten, als handele es sich um eine Rechnung, um bei dem flüchtigen Leser den Eindruck zu erwecken, es bestehe bereits eine vertragliche Bindung, während der Vertrag – wenn überhaupt – erst konkludent durch Zahlung zustande kommen soll. Die Unlauterkeit wird dabei nicht dadurch ausgeschlossen, dem Leser bei aufmerksamer Lektüre der bloße Angebotscharakter deutlich wird, denn schließlich spekuliert der Versender gerade auf die situationsadäquate (z. B. auf Zeitmangel beruhende) Unaufmerksamkeit einzelner und versucht, diese planmäßig und systematisch für sich auszunutzen. Dies gilt namentlich für die Akquisition von Aufträgen für Adressbucheintragen (im Internet) durch den Versand von Formularschreiben, die beim Betrachter den Eindruck erwecken, es würden früher in Auftrag gegebene Leistungen in Rechnung gestellt bzw. es handele sich nur um einen Korrekturabzug für kostenfreie Eintragungen, während tatsächlich eine kostenpflichtige Eintragung angestrebt ist.

8. (sonstige) Bezugnahme auf Mitbewerber

Selbstverständlich ist, dass Mitbewerber, ihre Waren oder Dienstleistungen oder ihre Marken nicht herabgesetzt oder verunglimpft werden dürfen. Erst recht nicht, wenn Tatsachen behauptet werden, die geeignet sind, den Betrieb des Mitbewerbers oder seinen Kredit zu schädigen. Unlauter handelt auch, wer Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers nachahmt und dabei eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft der Waren herbeiführt oder die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Schließlich darf ein Mitbewerber auch nicht gezielt behindert werden. Und zwar weder beim Absetzen seiner Waren oder Dienstleistungen (etwa durch das Abfangen von Kunden oder der Registrierung von Gattungsbegriffen als Domainnamen), noch in seiner Werbung (beispielsweise durch das Überkleben seiner Werbeplakate), noch bei der Verwendung seiner Marken (so etwa dann, wenn vergleichbare Marken böswillig angemeldet werden, um sie sodann an den Konkurrenten, der anderenfalls gesperrt ist, zu veräußern).

III. Die Abmahnung

1. Sinn und Zweck einer Abmahnung

Die wettbewerbsrechtliche Abmahnung dient dazu, Streitigkeiten über Unterlassungspflichten nach erfolgten Verletzungshandlungen ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu regeln. Dazu teilt der Absender dem Adressaten mit, dass dieser sich wettbewerbswidrig verhalten habe. Die wettbewerbswidrige Handlung wird im Einzelnen bezeichnet. Der Adressat wird dazu aufgefordert, dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen und binnen einer bestimmten Frist eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Meistens liegt der Abmahnung bereits eine entsprechend vorformulierte Unterlassungserklärung bei. Wird jene Unterlassungserklärung unterzeichnet, so hat sich die Inanspruchnahme der Gerichte (sieht man von weitergehenden Ansprüchen auf Auskunft und / oder Schadenersatz einmal ab) einstweilen erübrigt. Damit dient die Abmahnung zum einen dem Interesse des Absenders. Er erhält mit der Unterlassungserklärung nämlich ein Instrument an die Hand, das ihn vor der Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens des Adressaten schützt. Zum anderen dient die Abmahnung dem Interesse des Adressaten. Wird nämlich die strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, so erübrigt sich auch für ihn ein kostspieliges Gerichtsverfahren.

2. Folgen der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung

Wird die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, so muss der Adressat der Abmahnung das beanstandete Verhalten mit sofortiger Wirkung unterlassen. Tut er dies nicht, so wird die

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

versprochene Vertragsstrafe fällig. Der Anspruchsberechtigte, der ursprünglich die Abmahnung versandt hat, hat nun zwei Möglichkeiten: Er kann zum einen die verwirkte Vertragsstrafe fordern. Zum anderen kann er wiederum abmahnen und diesmal eine strafbewehrte Unterlassungserklärung verlangen, in der eine noch höhere Vertragsstrafe gefordert wird. Beides kann auch nebeneinander geschehen. Der Anspruchsberechtigte muss sich also nicht zwischen der Vertragsstrafe und der neuen Abmahnung entscheiden. Dies zeigt, dass die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sehr weitreichende Folgen hat. Deshalb ist sorgsam zu prüfen, ob die Abmahnung überhaupt berechtigt war. Dabei stellen sich folgende Fragen: Wer darf eigentlich abmahnen? Und wofür muss der Abgemahnte überhaupt einstehen? Unterstellt, der Wettbewerbsverstoß ist gegeben: Muss dann die geforderte Unterlassungserklärung abgegeben oder kann auch eine eigenständige Unterlassungserklärung formuliert werden? Außerdem: Ist die in der Abmahnung gesetzte Frist bindend oder setzt sie den Adressaten unnötig unter Zeitdruck? Und schließlich: Was ist, wenn man von unterschiedlichen Absendern gleichlautende Abmahnungen erhält?

3. Wer darf abmahnen ?

Abmahnen darf nur der, der berechtigt ist, den in Rede stehenden Wettbewerbsverstoß zu verfolgen. Das sind zunächst einmal die Mitbewerber der Adressaten. Hierzu zählen alle Unternehmen, die gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen, mit der Folge, dass die beanstandete Wettbewerbshandlung das andere Unternehmen beeinträchtigen, also in seinem Absatz behindern oder stören kann. Dies wiederum setzt voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen auf dem selben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt betätigen oder aber zumindest betätigen wollen. Ein „sachlich relevanter Markt“ ist dabei dann anzunehmen, wenn die angebotenen Waren oder Dienstleistungen für den Nachfrager als austauschbar angesehen werden können. Ein „räumlich relevanter Markt“ bedeutet, dass sich die Absatzgebiete decken oder überschneiden. Bei Ladengeschäften für den täglichen Bedarf ist deshalb meist der örtliche Einzugsbereich entscheidend. Der „zeitlich relevante Markt“ ist anzunehmen, wenn die Unternehmen bereits aktuell oder aber in absehbarer Zeit ihre Waren oder Dienstleistungen anbieten. Nur die bloß abstrakte Möglichkeit eines Marktzutritts reicht dagegen nicht aus. Neben diesen Mitbewerbern sind aber auch diverse Wettbewerbs- oder Verbraucherverbände zur Abmahnung berechtigt, so etwa die Wettbewerbszentrale oder die Verbraucherzentrale.

4. Wer darf abgemahnt werden ?

Abgemahnt werden darf zunächst derjenige, der den Wettbewerbsverstoß selbst begangen hat. Allerdings sieht das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auch eine weitreichende Haftung des Unternehmers für seine Mitarbeiter und Beauftragte vor. Der Unternehmer haftet deshalb auch für seine Arbeitnehmer, Auszubildenden, Praktikanten, Volontäre, freiberufliche Mitarbeiter und sonstige Mitarbeiter. Außerdem für sämtliche Personen, die in die geschäftliche oder betriebliche Organisation eingegliedert sind und deren Tätigkeit dem Unternehmen tatsächlich zugute kommt. Dazu zählen Handelsvertreter, Vertragshändler, Franchisenehmer, Kommissionäre, Einkaufsagenturen, ja sogar Werbeagenturen oder Laienwerber. Da der Inhaber des Unternehmens sich hinter solchen von ihm abhängigen Personen nicht verstecken können soll, haftet er auch dann, wenn er die Zuwiderhandlung dieser Personen nicht einmal gekannt hat oder aber nicht einmal hat verhindern können. Er kann sich

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

also nicht darauf berufen, er habe von der Zuwiderhandlung nichts gewusst oder der entsprechenden Person in dem fraglichen Bereich Entscheidungsfreiheit eingeräumt. Deshalb kann eine Abmahnung gegen einen Unternehmensinhaber also schon dann begründet sein, wenn der Unternehmensinhaber einen Dritten zum Vertrieb seiner Produkte eingeschaltet hat und der Dritte sich dabei (ohne dass der Unternehmensinhaber davon überhaupt Kenntnis hatte) wettbewerbswidriger Methoden – beispielsweise irreführender Behauptungen – bedient hat. Nicht muss der Unternehmensinhaber dagegen für solche Personen einstehen, die lediglich vorgeben, für den Unternehmensinhaber gehandelt zu haben. Wird in solchen Fällen gleichwohl abgemahnt, ist die Abmahnung also unberechtigt.

5. Muss die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben werden ?

Wie bereits erwähnt, liegt der Abmahnung oft schon eine vorformulierte strafbewehrte Unterlassungserklärung bei. Unterzeichnet man diese, so wird sich der Abmahnende damit zufrieden geben (müssen). Schließlich hat er die Unterwerfungserklärung ja selbst gefordert. Allerdings ist oft zu beobachten, dass Abmahner mit den Unterwerfungserklärungen mehr wollen, als ihnen das Gesetz gewähren würde, sie also in einem Gerichtsverfahren zugesprochen bekämen. Dazu einige Beispiele: Regelmäßig wird die Vertragsstrafe beziffert angegeben, also ein konkreter Geldbetrag genannt, der bei einer Zuwiderhandlung gegen die strafbewehrte Unterlassungserklärung, also dem Fortsetzen der beanstandeten Wettbewerbshandlung, zu zahlen sein soll. Damit muss sich der Abmahnende jedoch nicht abgeben. Er kann vielmehr die Vertragsstrafe offenlassen, durch einen Höchstbetrag begrenzen („bis zu 5.600,00 EUR“) und es dem Abmahnenden überlassen, innerhalb jenes Rahmens die für eine Zuwiderhandlung angemessene Strafe zu bestimmen, wenn auch vorbehaltlich der Überprüfung der Angemessenheit durch das anrufende Gericht. Welcher Höchstbetrag angemessen ist, hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab. Weiterhin wird oft der Verzicht auf die „Einrede des Fortsetzungszusammenhangs“ gefordert. Dies soll dem Abmahnenden die Möglichkeit eröffnen, für mehrere Zuwiderhandlungen jeweils die versprochene Vertragsstrafe fordern zu können. Auch hierauf muss sich der Abgemahnte indessen nicht einlassen. Er darf diese Formulierung streichen. Allerdings ist dies gleichwohl keine Garantie dafür, die Vertragsstrafe nur einmalig zahlen zu müssen, wenn mehrmals verstoßen wird. Weiter empfiehlt sich anstelle von Unterlassungserklärungen, in denen das beanstandete Verhalten nur ganz abstrakt beschrieben wird, eine Formulierung zu wählen, die das beanstandete Verhalten so konkret wie möglich bezeichnet. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es für die Wirksamkeit der Unterlassungserklärung nicht darauf ankommt, ob auch die Kosten der Abmahnung anerkannt oder erstattet werden. Im Gegenteil: Reicht die Unterlassungserklärung dem Abmahnenden aus, werden aber seine Kosten nicht erstattet, so kann er nur noch insoweit ein Gerichtsverfahren anstrengen. Dieses ist mit deutlich geringeren Prozesskosten verbunden als wenn ohne Unterlassungserklärung auch noch in der Sache selbst vor Gericht gestritten werden müsste.

6. Muss die Frist beachtet werden ?

Dies hängt davon ab, ob die gesetzte Frist angemessen ist. Das lässt sich nur nach Lage des Einzelfalles bestimmen. Wenn es darum geht, dass eine wettbewerbswidrige Werbung nur irgendwann wiederholt wird, muss dem Abgemahnten Zeit zum Überlegen und zum Einholen anwaltlichen Rats gelassen werden. In diesen Fällen wird regelmäßig eine Zeit von einer Woche bis zehn Tagen genügen. Dabei ist immer auf die Zeit ab dem Zugang der Abmahnung abzustellen. Ist die Sache allerdings besonders

Anforderungen an die Zulässigkeit von Werbung

eilbedürftig, so kann sogar eine Frist von wenigen Stunden noch angemessen sein. Auf eine Fristverlängerung muss sich der Abmahnende deshalb nur einlassen, wenn der Abgemahnte nachvollziehbare Gründe anführt. Hat der Abmahnende eine zu kurze Frist gesetzt und gewährt er keine Fristverlängerung, so heißt dies aber noch lange nicht, dass die Abmahnung unwirksam ist. Vielmehr wird lediglich statt der unangemessen kurzen Frist eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Geht dem Abmahnenden innerhalb dieser angemessenen langen Frist eine ausreichende Unterlassungserklärung zu, so kann er sich folglich nicht auf eine Verfristung berufen.

7. Verhalten bei mehrfachen Abmahnungen

Wird ein bereits abgemahnter Verletzer beispielsweise durch einen weiteren Mitbewerber wegen derselben Wettbewerbshandlung erneut abgemahnt, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, den Zweitabmahner klar und umfassend darüber aufzuklären, dass er bereits wegen der selben Verletzungshandlung dem Erstabmahner eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat. Sonst läuft der Zweitabmahner Gefahr, eine unnötige und aussichtslose Klage zu erheben. Um dem Zweitabmahner eine möglichst sichere Beurteilung zu ermöglichen, ist es deshalb dem Abgemahnten zuzumuten, ihm dem Erstabmahner, den Inhalt der Unterwerfungserklärung einschließlich der Höhe der Vertragsstrafe mitzuteilen.

IV. Das Ordnungsmittelverfahren

1. Darlegungs- und Beweislastverteilung

Ist der Werbende gerichtlich zur Unterlassung verpflichtet worden, sei es durch eine in Bestandskraft erwachsene Einstweilige Verfügung, sei es durch ein in Rechtskraft erwachsenes Hauptsachenurteil, so drohen bei Zuwiderhandlung Ordnungsgelder in Höhe von bis zu 250.000,00 Euro. In einem entsprechenden Ordnungsmittelverfahren wird das Verschulden dabei vermutet. Das betroffene Unternehmen muss sich also exkulpieren. Dazu muss es darlegen, dass es alles Erforderliche und Zumutbare geleistet hat, damit die untersagte wettbewerbswidrige Werbung unterbleibt.

2. Anforderungen im Allgemeinen

Ordnungsmittel können daher insbesondere verhängt werden, wenn das Unternehmen die Mitarbeiter nicht ausreichend zur Einhaltung des verhängten Verbotes aufgefordert oder ihnen für den Fall der Verletzung keine Sanktionen angedroht hat, wenn in dem Unternehmen keine entsprechende Berichtserstattung über die Einhaltung des Verbotes verlangt wird, insbesondere dazu, was in den einzelnen Filialen konkret zur Einhaltung des verhängten Verbotes unternommen wurde oder aber wenn das Unternehmen seine Mitarbeiter generell und pauschal zur Einhaltung des verhängten Verbotes belehrt und anweist.

3. Anforderungen im mehrstufigen Vertrieb

Speziell im mehrstufigen Vertrieb fordert das Landgericht Frankfurt am Main insbesondere, dass die Größenordnungen der in einem Ordnungsmittelverfahren zu verhängenden Sanktionen gegenüber den Vertriebspartnern präzisiert angegeben werden, da sie nur so Eindruck hinterlassen könnten. Außerdem sei von dem Unternehmen zu verlangen, dass es über die erste Stufe, nämlich die unmittelbaren Vertriebsunternehmen, hinaus versucht, Einfluss auf die zweite Stufe, nämlich auf die Werber, zu erlangen. Deshalb müssten die Vertriebspartner aufgefordert werden, die Werber über das erlassene Verbot konkret zu unterrichten. Diese müssten auch dazu aufgefordert werden, ernsthafte und näher bezeichnete Sanktionen gegenüber den einzelnen Werbern anzudrohen. Schließlich müssten die Vertriebsunternehmen dazu aufgefordert werden, mitzuteilen, was letztlich in der zweiten Stufe, nämlich in dem Verhältnis zu den Werbern, zur Umsetzung der Anweisungen geschehen sei. Die Einhaltung des Verbotes sei sodann zu kontrollieren. Bloßer pauschaler Vortrag reicht hierzu nicht aus. Das Landgericht Halle fordert überdies, dass ein bekannt gewordenes Fehlverhalten sofort zum Anlass genommen wird, erneut gegenüber allen Vertriebsorganisationen zu korrektem Verhalten aufzufordern. Außerdem betont das Landgericht Halle, dass gegenüber den Vertriebspartnern konkrete Vorgaben gemacht werden müssen, etwa wie sie Haustürwerber anweisen, überwachen und wie ggf. entsprechende Sanktionen verhängt und durchgesetzt werden sollen. Insbesondere bedürfe es eines ausdrücklichen Hinweises an den Vertriebspartner, dass bei Verstößen Werber gekündigt und die Kündigung gegenüber dem beauftragenden Unternehmen bestätigt würde. Das entspricht auch der Rechtsauffassung des Landgerichts Hildesheim. Das Landgericht Hannover betont, dass die Werber schon im Vorfeld der Akquise so zu schulen und zu überwachen sind, dass die Einhaltung von Unterlassungsverpflichtungen sichergestellt ist. Das OLG München fordert gar, dass die Werber durch strafbewehrte Unterlassungserklärungen nachhaltig zur Einhaltung der Unterlassungsgebote anzuhalten sind. Das OLG Saarbrücken stellt klar, dass es nicht ausreicht, wenn Vertriebspartner und Werber lediglich informiert und über die Geltung des Verbotes belehrt werden. Vielmehr müsse eindeutig und ernsthaft klargestellt werden, dass Zuwiderhandlungen ernste Konsequenzen für den jeweiligen Vertriebspartner und Werber wie z. B. Regressmaßnahmen und / oder die Beendigung des bestehenden Vertragsverhältnisses zur Folge haben würden. Die Beachtung von Weisungen sei durch einschlägige Vertragsstrafenvereinbarungen abzusichern. Dessen ungeachtet müssten Hilfspersonen und Vertragspartner fortlaufend überwacht werden. Schließlich fordert auch das OLG Stuttgart, dass bei der Einschaltung von Vertriebsunternehmen grundsätzlich versucht werden muss, unmittelbaren Einfluss auf die Werber zu gewinnen. Mit Blick darauf, dass das belastete Unternehmen in einem Ordnungsmittelverfahren all diese Maßnahmen darlegen und nötigenfalls beweisen muss, empfiehlt sich daher, sämtliche Weisungen und Vorgaben schriftlich vorzunehmen und sich insbesondere den Empfang der entsprechenden Schriftstücke durch die Vertriebsunternehmen und die Werber bestätigen zu lassen.