

Phillipp Schmidt, LL.B. Hogan Lovells International LLP

Stolperfallen im Marketing

Das Wichtigste im Überblick:

- ✓ Werbung darf ihre Adressaten nicht täuschen
- ✓ Unter bestimmten Voraussetzungen ist vergleichende Werbung zulässig
- ✓ Werbung und Produktplatzierungen sind zu kennzeichnen
- ✓ Testergebnisse müssen aktuell sein und präzise wiedergegeben werden
- ✓ Auch CE-Kennzeichen können irreführend sein
- ✓ Werbe-E-Mails und -anrufe setzen grds. eine Einwilligung voraus
- ✓ Vor gesundheitsbezogener Werbung sollte man sich umfassend informieren
- ✓ Influencer müssen Werbung kennzeichnen
- ✓ Kundenbewertungen: ab dem 28. Mai 2022 neue Pflichten für Verkäufer!
- ✓ Unverbindliche Preisempfehlung müssen der Marktrealität entsprechen
- ✓ Verkäufer müssen angemessene Vorräte ihrer Angebote bereithalten

1. Irreführende Werbung, §§ 3 Abs. 1, 5 UWG

Handlungen, die einen Marktteilnehmer durch Irreführung zu einer geschäftlichen Entscheidung bewegen, die er sonst nicht getroffen hätte, sind unzulässig. Werbung ist irreführend, wenn im angesprochenen Verkehrskreis eine Fehlvorstellung über die unter § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-7 UWG genannten Umstände hervorgerufen wird. Falschaussagen können aber auch gerade „Witz“ der Werbung, eindeutig zu erkennen und deshalb zulässig sein.

2. Vergleichende Werbung, § 6 UWG

Vergleichend ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von ihm angebotenen Waren bzw. Dienste erkennbar macht. Unter bestimmten Voraussetzungen ist vergleichende Werbung zulässig und kann für die Marktteilnehmer aufgrund des aktiven Wettbewerbs zwischen den Werbenden vorteilhaft sein. Auch die Nutzung (nicht die bloße Eintragung) eines bestimmten Domainnamens sowie von Metatags im Quellcode einer Website kann als vergleichend und unlauter angesehen werden.¹

3. Schleichwerbung

Schleichwerbung liegt vor, wenn der werbliche Charakter einer Handlung verschleiert wird und ist unlauter. Werbung ist von üblichen Informationen zu trennen und durch deutliche Bezeichnung als „Anzeige“ oder „Werbung“ zu kennzeichnen. Dies gilt auch für Banner oder Pop-Ups sowie Hyperlinks. Die Kennzeichnung mit „Ad“ oder „Sponsored by“ reicht hingegen wohl nicht aus.

Ob Schleichwerbung vorliegt, hängt von ihrem Inhalt, Art und Maß der Herausstellung des Produkts oder Herstellers sowie der generellen Aufmachung eines redaktionellen Inhalts ab. Schleichwerbung sind z.B. positive Bewertungen, Social-Media-Posts oder „Gefällt-Mir“-Angaben, die nach Gegenleistung erfolgen und nicht entsprechend gekennzeichnet wurden.

Produktplatzierungen sind eine Sonderform der Schleichwerbung und spezieller geregelt.

4. Werbung mit Testergebnissen

Die Werbung mit Testergebnissen ist zulässig. Tests, mit denen geworben wird, sollten: objektiv, neutral, sachkundig durchgeführt, aktuell (keine jüngeren Ergebnisse / neueren Produkte) sowie auf das konkrete Produkt bezogen sein. Die Fundstelle sowie das Datum des genutzten Tests sind klar und deutlich lesbar anzugeben. Testanbieter haben häufig eigene Richtlinien über die Verwendung ihrer geschützten Logos, die eingehalten werden müssen. Testergebnisse sind korrekt zu übernehmen. Ist ein Testergebnis ohne weitere Angaben möglicherweise irreführend, kann auch eine weitere Informationspflicht bestehen, beispielsweise über das Abschneiden von Konkurrenzprodukten.²

¹ EuGH, Urt. v. 11.07.2013 – C-657/1.1

² Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Produkt die Note „gut“ erhalten hat und die Konkurrenzprodukte ebenfalls gut abgeschnitten haben, die Note „gut“ also ihr Herausstellungsmerkmal verliert.

5. Verwendung eines-CE Kennzeichens

CE-Kennzeichen sind als reine Herstellererklärung zur Einhaltung von Sicherheitsstandards von anderen Prüfzeichen (bspw. des TÜV) zu unterscheiden. Das Anbringen des CE-Kennzeichens kann, ebenso wie die Prüfung durch eine Konformitätsbewertungsstelle, gesetzlich vorgeschrieben sein. Das Nichtanbringen ist ggf. als Vorenthaltung wesentlicher Informationen und somit als Verstoß gegen § 5 a Abs. 2, 4 UWG anzusehen. Auch CE-Kennzeichen können allerdings irreführend sein, wenn sie den Anschein eines echten Prüfsiegels erwecken, etwa durch Bezeichnung einer Ware als „CE-geprüft“, obwohl keine externe Prüfung erfolgte oder weil das Kennzeichen in Kontext mit echten Prüfsiegeln abgebildet wird.

6. Spam-E-Mails und -Anrufe, § 7 UWG

Werden Personen direkt durch Werbung angesprochen (sog. „Direktansprache“), kann dies eine verbotene Belästigung darstellen. Alle Äußerungen, die den Absatz des Angebots fördern sollen, sind als Werbung einzustufen. Dementsprechend ist in bestehenden Vertragsverhältnissen sachlich gerechtfertigte Kommunikation, beispielsweise mit Bezug zur Rechnungsstellung, stets erlaubt. Eine Direktansprache ist nur nach Einwilligung des Verbrauchers zulässig. Bei B2B Geschäften kann ggf. ein mutmaßliches Einverständnis genügen. Ein Verbraucher muss freiwillig einwilligen und wissen worin er einwilligt (nicht „versteckt“ in AGB oder über vorausgewählte Checkbox). Ein Werbeanruf liegt vor, wenn die Werbung als vorrangiger Inhalt und Zweck des Anrufs anzusehen ist. Bei Telefonwerbung muss die Einwilligung dokumentiert und aufbewahrt werden (§ 7a UWG), bei anderen Kommunikationsmitteln ist die Aufbewahrung anzuraten. Bei Werbeanrufen ist die Nutzung einer Rufnummernunterdrückung verboten.

E-Mails, die nur teilweise Werbung enthalten, werden gänzlich als Werbung eingestuft. Erlaubt sind werbende E-Mails, wenn die E-Mail-Adresse im Rahmen des Verkaufs erhalten wurde, für ähnliche, eigene Waren geworben wird, der Kunde nicht widersprochen hat und bei Datenerhebung sowie jeder Verwendung der Daten über sein Widerrufsrecht informiert wurde.

7. Werbung mit gesundheitsbezogenen Aussagen

Die Werbung mit gesundheitsbezogenen Aussagen ist durch besondere gesetzliche Beschränkungen geprägt, weshalb man sich vorab umfassend informieren sollte. Dies gilt auch im Zusammenhang mit Lebensmitteln. Gesundheitsbezogene Werbung muss klar und eindeutig sein. Eine Täuschung ist nicht nur die falsche Behauptung von positiven

Wirkungen, sondern auch das Hinwegtäuschen über eine nachteilige Wirkung. Entscheidend für die gesundheitsbezogene Bewerbung von Lebensmitteln ist u. A. die Health-Claims-Verordnung. Die Verordnung unterscheidet zwischen gesundheitsbezogener Werbung, für die ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht, und sog. nährstoffbezogenen Angaben, die im Anhang der Verordnung abschließend aufgeführt sind.

8. Influencer-Marketing

Werbung in den sozialen Medien ist ebenso kennzeichnungspflichtig wie in anderen Medien. Die Kennzeichnungspflicht betrifft nicht nur explizite Hinweise auf Produkt oder Hersteller in Bildunterschriften oder Videos, sondern auch subtilere, wie sog. „Tap-Tags“. Ein Verstoß gegen das UWG liegt also vor, wenn der kommerzielle Zweck einer Aktivität in den sozialen Medien sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt oder erkennbar gekennzeichnet ist und der Adressat deshalb eine Entscheidung treffen könnte, die er sonst nicht getroffen hätte.

9. Kundenbewertungen

Von Kunden erstellte Bewertungen sind dem Verkäufer nicht zurechenbar und daher keine Werbung von diesem. Wenn die Bewertung dem Verkäufer jedoch, bspw. er für positive Bewertungen bezahlt hat, zugeschrieben wird, kann er für den Inhalt der Bewertungen haften. Ab dem 28. Mai 2022 gelten neue bzw. geänderte gesetzliche Regelungen, die beachtet werden sollten (vgl. § 5b Abs. 3 UWG sowie Nr. 23 b, 23c des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG).

10. UVP

Die Angabe der „Unverbindlichen Preisempfehlung“ (auch: „UVP“) soll in der Werbung einen vom Hersteller empfohlenen Preis kennzeichnen, der vom Werbenden unterboten wird. Zentral für die Zulässigkeit von Werbung der UVP ist, dass der unverbindliche Preis dem Hersteller eindeutig zugeordnet werden kann und auch als unverbindlich erkennbar ist.

Die Angabe einer unverbindlichen Preisempfehlung ist unzulässig, wenn dieser auf einer unseriösen Kalkulation beruht (sog. „Mondpreise“) oder nicht mehr aktuell ist und aus diesem Grund als Verbraucherpreis nicht in Betracht kommt. Ist ein Unternehmen allein zum Vertrieb eines Produkts berechtigt, wird es wegen seiner marktbeherrschenden Stellung in der Regel nicht mit der unverbindlichen Preisempfehlung werben können.

11. Lockangebote und künstliche Verknappung

Ist ein angebotenes Produkt nicht in angemessener Menge vorrätig, handelt es sich um ein unzulässiges Lockangebot. Setzen sich Kunden angesichts eines Angebots mit dem Geschäft des Werbenden auseinander, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit für Gelegenheitskäufe, selbst wenn das Angebot bei Besuch des Ladens oder der Website nicht mehr verfügbar ist. So verschaffen Lockangebote unfaire Wettbewerbsvorteile.

Wie groß der Vorrat tatsächlich sein muss, ist von verschiedenen Faktoren, wie der Art und Gestaltung der Werbung sowie der Produktart abhängig. Entscheidend ist das Verständnis des Kunden. So ist, obwohl die Werbung um den Hinweis „nur solange der Vorrat reicht“ ergänzt wurde, ein ausreichender Vorrat bereitzuhalten.³ Die Werbung mit einer konkreten, wahrheitsgemäßen Stückzahl ist, im Gegensatz zum Anlocken von Kunden mit einer nicht vorhandenen Knappheit, zulässig.

Für den Inhalt dieses Dokuments ist allein der jeweilige Experte verantwortlich.
Bei Fragen und Anregungen wenden Sie sich bitte direkt an diesen.

³ BGH, Urt. v. 17.9.2015 – I ZR 92/14.