

Aktuelle Rechtsentwicklungen im Onlinemarketing

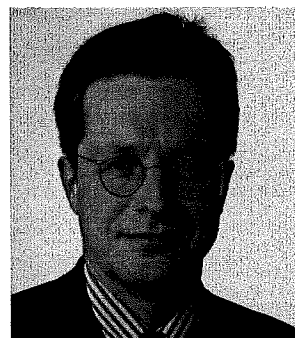
Das Ende der Legislaturperiode des Bundestages brachte wichtige Änderungen für die Marketingbranche. Auch die Rechtsprechung hat neue Eckpfeiler gesetzt, sei es im Direktmarketing oder bei Google Ad. Schließlich hat auch die EU-Kommission angekündigt, den Direktvertrieb über das Web neu regeln zu wollen. Anlass genug für eine Zusammenfassung der wichtigsten rechtlichen Trends.

Google Ad

Streitig ist die Frage, ob die Verwendung von Google Ad marken- und wettbewerbsrechtlich untersagt werden kann. Google macht es möglich, kostenpflichtig frei wählbare Keywords, so genannte AdWords anzumelden, nach deren Eingabe durch den Nutzer Werbung am Rande der Trefferliste platziert wird. Bei den Keywords hat man als Anzeigenkunde verschiedene Auswahlmöglichkeiten. Man kann genau passende Keywords wählen («exact match»). Denkbar ist aber auch passende Wortgruppen («phrase match») oder weitgehend passende Keywords («broad match») zu buchen. Das Oberlandesgericht Braunschweig geht davon aus, dass bei der Auswahl »broad match« der Nutzer verpflichtet sei, durch ausschließende Keywords Markenrechtsverletzungen generell zu verhindern. Insofern müsste der Werbetreibende durch Hinzufügen der Keywords (gekennzeichnet durch ein »Minus«) jedwede Markenrechtsverletzung durch zufällige Kombinationsmöglichkeiten bei der Sucheingabe ausschließen. Der Bundesgerichtshof hatte über drei Fälle von Google Ad zu entscheiden. Revision war gegen die Entscheidung Banabay des OLG Köln¹ eingelegt worden. In dieser Entscheidung hatte das Oberlandesgericht bereits eine markenmäßige Verwendung abgelehnt. Ein Nutzer gehe allenfalls

davon aus, dass die Ergebnisse im Anzeigenteil mit dem eingegebenen Suchbegriff thematisch in Verbindung stehen, aber nicht herkunftsmäßig. Darüber hinaus ist auch gegen die Entscheidung Beta Layout des OLG Düsseldorf² Revision eingelegt worden. Hierbei ging es um Unternehmenskennzeichen und die Frage der kennzeichenmäßigen Verwendung durch Google Ad. In diesem Fall hatte das Oberlandesgericht das Vorliegen einer markenmäßigen Verwendung offen gelassen und das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr abgelehnt. Begründet wurde dies einerseits mit der optisch deutlichen Trennung der Suchergebnisse von den Anzeigen, andererseits damit, dass anhand der URL in der Anzeige zu erkennen war, dass es sich um die Werbung eines Konkurrenten handelt. Schließlich liegt als dritte Revision der Fall PCB-Pool des OLG Stuttgart³ vor, in dem es um eine bizarre Konstellation, in der jemand das Keyword PCB gebucht hatte, ging. PCB ist ein Allgemeinbegriff aus der Leiterplattentechnik. Gab nun jemand bei Google PCB und Pool ein, kam er zu Anzeigen, die angeblich die Wortmarke PCB-Pool tangieren. Das Oberlandesgericht hatte hier eine Markenverletzung bejaht und darauf hingewiesen, dass eine Verwechslungsgefahr nicht durch die Kennzeichnung als Anzeige ausgeschlossen werde.

Der BGH hat jetzt die Frage der Verwendung fremder Marken als Keyword für Google AdWords zum Teil geklärt.⁴ Grundsätzlich sieht der BGH in Google Ad kein kennzeichenrechtliches Problem, lediglich ein markenrechtliches Verfahren. So sah der BGH in der Verwendung des Keywords PCB bei Google nur eine beschreibende Angabe, selbst wenn bei zu weiter Gestaltung der Recherche auch die Marke PCB-Pool angezeigt werde.⁵ Auch



PROF. DR. THOMAS HOEREN

Jahrgang 1961.

1980 bis 1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften in Münster, Tübingen und London.

1986 Erwerb des Grades eines kirchlichen Lizentiaten der Theologie. 1989 Promotion und 1994 Habilitation an der Universität Münster. 1995 bis 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf. Seit April 1996 Richter am OLG Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM). Seit 1998 Mitherausgeber der Zeitschrift *MultiMedia und Recht* sowie Mitglied des Beirats der DENIC Genossenschaft.

E-Mail:

hoeren@uni-muenster.de

sei ein Google Ad keine Verletzung von Unternehmenskennzeichen, wie etwa bei der Verwendung des Keywords Beta Layout im Verhältnis zu einer gleichnamigen Firma.⁶ Es fehle insofern an der Verwechslungsgefahr, da der Internetnutzer nicht annehme, dass die im Anzeigenblock neben der Trefferliste aufgeführten Anzeigen von dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens stammen. Im markenrechtlichen Fall »Bananabay« leitete der BGH den Fall dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung weiter. Hier war das Schlüsselwort identisch mit einer fremden Marke und wurde auch für identische Waren und Dienstleistungen genutzt. Da das Markengesetz auf europäischen Vorgaben beruht, soll nun der Europäische Gerichtshof darüber befinden, ob die Verwendung einer fremden Marke als Keyword als Markenrechtsverletzung, insbesondere als markenmäßige Benutzung, anzusehen ist.

Der Französische Cour de Cassation hat dem Europäischen Gerichtshof bereits die Frage vorgelegt, ob es eine markenmäßige Verwendung im Sinne von Art. 5 (1) (a) der Markenrichtlinie sei, wenn markenrechtliche Begriffe als Keyword verwendet werden.⁷ Ähnlich hat der Österreichische Oberste Gerichtshof einen Vorlagebeschluss gefasst.⁸ Hierbei hatte der Österreichische Oberste Gerichtshof ohnehin die Auffassung vertreten, dass es eine Verwechslungsgefahr bei Google Ad schon deshalb gebe, weil die Überschrift über den entsprechenden Trefferlisten nicht hinreichend durch Anzeigen gekennzeichnet sei. Mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu den französischen und österreichischen Vorlagebeschlüssen wird nicht vor Anfang 2010 gerechnet.

E-Mail-Marketing

Dass Werbung mittels E-Mail nur bei vorheriger Zustimmung des Adressaten verschickt werden darf, dürfte sich herumgesprochen haben. Dieses sog. Opt-In-Prinzip hat aber auch erhebliche Auswirkungen auf andere Werbeformen im Web. Verboten sind nach den vorgenannten Grundsätzen auch Produktempfehlungen mit Zusatzwerbung.⁹ Als Beispiel dient der Fall von Quelle. Hier war Reklame in die Produktempfehlungs-E-Mails integriert worden, die jedoch vom Absender

beim Abschicken der Mail nicht gesehen werden konnte, sondern erst beim Empfänger sichtbar wurde. Die Spamverbote gelten jedoch nicht, wenn der Absender um Dienstleistungen des Empfängers wirbt, für die er ein Entgelt zu entrichten bereit ist.¹⁰ Für Gewerkschaften hingegen gilt das Spamverbot. Da Arbeitnehmer bei nicht erlaubter Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Account eingehende Mails auf deren Relevanz für ihren Job prüfen und somit Arbeitszeit aufwenden müssen, stellt die Zusendung von E-Mails durch eine Gewerkschaft ohne Einverständnis des Arbeitgebers unerlaubtes Spamming dar und begründet einen Unterlassungsanspruch.¹¹

Das Erfordernis des Opt-In gilt grundsätzlich auch für die Versendung elektronischer Newsletter. Hier bedarf es regelmäßig auch eines Double-Opt-In in Form einer Bestätigungs-E-Mail.¹² Nur durch die Rücksendung/Aktivierung der Bestätigungs-E-Mail kann der Versender des Newsletter den ihm obliegenden Beweis der datenschutzrechtlichen Einwilligung erbringen. Allerdings wird immer noch darüber gestritten, ob nicht schon die Bestätigungs-E-Mail unzulässige Werbung darstellt.¹³

Der Absender muss beweisen, dass ein für die Zulässigkeit der Zusendung erforderliches Einverständnis vorliegt.¹⁴ Die Tatsache, dass ein Nutzer seine E-Mail-Adresse freiwillig in ein für jedermann zugängliches E-Mail-Verzeichnis hat eintragen lassen, führt auf keinen Fall zu der Vermutung, er sei mit der Zusendung von Werbung per E-Mail einverstanden. Schwierig wird es, wenn die E-Mail-Werbung mit unbedenklichen Diensten verquickt wird. So gibt es bereits Konstellationen, in denen eine Privatperson beim Versenden einer privaten E-Mail Werbung als Attachment oder am Ende der Mail mitverschickt.¹⁵ Dies erfolgt meist, um einen kostenlosen E-Mail-Dienst zu nutzen oder Webmiles zu bekommen. In einem solchen Fall besteht gegen den Versender wohl kaum eine Handhabe. Das Werbeunternehmen kann aber weiterhin aus §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in Anspruch genommen werden.

Direktmarketing und Datenschutz

Neben der werberechtlichen Einwilligung setzt die Verwendung von personenbezogenen Daten für Marketingzwecke auch eine

datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen voraus. Eine Ausnahme galt lange Zeit für das sog. Listenprivileg in § 28 Abs. 2 BDSG. Hiernach durften bestimmte Daten auch ohne Zustimmung für Werbezwecke verwendet werden. Diese Vorschrift ist in Verruf geraten, auch wegen des damit verbundenen extensiven Adresshandels. Im Rahmen der Planung für eine so genannte BDSG II-Reform kam es zu einer heftigen Diskussion über die Möglichkeiten und Grenzen des Direktmarketing. Das Listenprivileg wurde im Juni 2009 im BDSG gestrichen. An die Stelle tritt nun der § 28 Abs. 3 BDSG. Hiernach ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung zulässig, soweit der Betroffene eingewilligt hat (§ 28 Abs. 3 Satz 1). Ohne Einwilligung ist eine Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten im Bereich des früheren Listenprivilegs zulässig, sofern die Verarbeitung für Zwecke der Werbung für eigene Angebote der verantwortlichen Stelle aus eigenen Beständen notwendig ist. Daten aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern- oder Branchenverzeichnissen dürfen ebenfalls für Werbung für eigene Angebote verwendet werden. Die Werbung zwischen Unternehmen ist kein datenschutzrechtliches Problem, so dass z. B. auch die Namen der Ansprechpartner verwendet werden können, um diese direkt anzuschreiben. Erlaubt wird ferner die Nutzung dieser Listenprivilegsdaten für die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und seine berufliche Anschrift (§ 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2). Schließlich haben auch die gemeinnützigen Einrichtungen einen Sonderpassus bekommen, der die Nutzung der Listenprivilegsdaten für Zwecke der Werbung für Spenden im steuerbegünstigten Gemeinnützigkeitsbereich zulässt (§ 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3). Geht es um Werbung für fremde Angebote, findet sich ein Sonderpassus (§ 28 Abs. 3 Satz 4), wonach personenbezogene Daten für solche Werbezwecke genutzt werden können, wenn für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist. Neu ist auch die Einfügung des Kopplungsverbot in § 28 Abs. 3 b, wonach die verantwortliche Stelle den Abschluss eines Vertrages nicht von einer Ein-

willigung des Betroffenen nach Abs. 3 Satz 1 abhängig machen darf, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise ermöglicht ist.

Die Datenschutznovelle ist am 1. September 2009 in Kraft getreten. Für die bis dahin erhobenen Daten gilt aber noch bis zum 31. August 2012 das »alte« Recht.

Die geplante Richtlinie über Konsumentenrechte

Am 8. Oktober 2008 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher veröffentlicht.¹⁶ In dem Richtlinienentwurf werden alle Verträge über den Kauf beweglicher Sachen und über Dienstleistungen, die zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern geschlossen werden, angesprochen (Art. 3 Abs. 1). Geregelt werden soll ein umfassendes Rechtsregime zur Stärkung des Verbrauchervertrauens und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Der Richtlinienentwurf fasst insbesondere die bisherigen Richtlinien über Fernabsatzverträge und den Verbrauchsgüterkauf zusammen. Für massive Probleme wird die Tatsache sorgen, dass das Schutzniveau der Richtlinie diesmal als eine Vollharmonisierung verstanden wird, so dass die Mitgliedstaaten keine Rechtsvorschriften mit Abweichungen in den entsprechenden Bereich aufrechterhalten oder einführen dürfen.

Art. 5 Abs. 1 sieht vor, dass der Gewerbetreibende vor dem Abschluss eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrages den Verbraucher über die wesentlichen Produktmerkmale, den Preis einschließlich Steuern und Abgaben sowie Fracht-, Liefer- und Zustellungskosten informieren muss. Ferner bestehen Informationspflichten für die Leistungsbedingungen und das Bestehen eines Widerrufsrechts. Der Verbraucher muss die entsprechende Ware binnen 30 Tagen nach Vertragsabschluss erhalten (Art. 22 Abs. 1). Kommt der Gewerbetreibende dem nicht nach, sind alle geleisteten Zahlungen binnen weiterer sieben Tage zurückzuerstatten (Art. 22 Abs. 2). Sobald der Verbraucher die Ware besitzt, trägt er das

Risiko ihres Verlusts oder ihrer Beschädigung (Art. 23 Abs. 1). Neu vollharmonisiert werden soll auch das Gewährleistungsrecht. So haftet der Gewerbetreibende hiernach für jede Vertragswidrigkeit der gelieferten Ware, die zum Zeitpunkt des Risikoübergangs auf den Verbraucher besteht (Art. 25). Allerdings müssen dazu noch folgende Bedingungen erfüllt sein:

Die Vertragswidrigkeit muss binnen zwei Jahren nach Risikoübergang offenbar geworden sein (Art. 28 Abs. 1).

Der Verbraucher muss den Gewerbetreibenden binnen zwei Monaten davon unterrichten, nachdem er eine entsprechende Vertragswidrigkeit festgestellt hat (Art. 28 Abs. 4).

In einem solchen Fall hat der Verbraucher Anspruch auf Nacherfüllung, wobei im Gegensatz zum bisherigen deutschen Recht der Gewerbetreibende das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung hat (Art. 26 Abs. 3). Wird die Ware nicht innerhalb einer angemessenen Frist in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt und hat der Gewerbetreibende dies zu vertreten, kann der Verbraucher seinerseits zwischen Nachbesserung, Ersatzlieferung, Minderung und Rücktritt wählen (Art. 26 Abs. 4). Neu geregelt wird auch die Missbrauchskontrolle bei Vertragsklauseln. Insbesondere wird eine neue Schwarze Liste erstellt, in der Klauseln gesammelt werden, die unter allen Umständen als missbräuchlich gelten (Anhang 2), zu unterscheiden von Klauseln, deren Missbräuchlichkeit angenommen wird, sofern der Gewerbetreibende nicht das Gegenteil beweisen kann (Graue Liste, Anhang III). Im Bereich des Fernabsatzgeschäftes wird es Änderungen geben, was die Formvorschriften angeht. Dem Verbraucher sind Informationen insbesondere über sein Widerrufsrecht in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise verfügbar zu machen (Art. 11 Abs. 1). Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge können ohne Angabe von Gründen innerhalb von 14 Tagen widerrufen werden (Art. 12

Abs. 1). Bei fehlender Aufklärung über das Widerrufsrecht läuft die Frist erst drei Monate nach dem Tag ab, an dem der Gewerbetreibende seine anderen Vertragspflichten in vollem Umfang erfüllt hat (Art. 13).

eBay wird bei den geplanten neuen Regelungen für Versteigerungen aufatmen. Der Richtlinienentwurf spricht jedwede Versteigerung vom Widerrufsrecht frei (Art. 19 Abs. 1). Im Falle eines wirksamen Widerrufs muss der Verbraucher die erhaltenen Waren binnen 14 Tagen zurückgeben (Art. 17 Abs. 1). Der Verbraucher haftet nicht für den Wertverlust der Ware, wenn er nicht über sein Widerrufsrecht aufgeklärt wurde (Art. 17 Abs. 2). Er hat ferner nicht für Dienstleistungen aufzukommen, die während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise erbracht wurden (Art. 17 Abs. 2 Satz 3).

1 Urteil vom 31. August 2007 – 6 U 48/07 – MMR 2008, 50.

2 Urteil vom 23. Januar 2007 – I-20 U 79/06 – GRUR-RR 2007, 204.

3 Urteil vom 9. August 2007 – 2 U 23/07 – MMR 2007, 649.

4 Beschluss vom 22. Januar 2009 – I ZR 125/07 – MMR 2009, 326 Bananabay u. a.

5 BGH, MMR 2009, 331.

6 BGH, MMR 2009, 329.

7 Fall C-236/08, C-237/08 und C-238/08.

8 C-278/08 im Fall trekking.at.

9 OLG Nürnberg, CR 2006, 196.

10 OLG Düsseldorf, MMR 2006, 171.

11 Arbeitsgericht Frankfurt, Urteil v. 12. April 2007 – 11 Ga 60/07, DSB 2007, 19 mit Anm. Vahle.

12 AG Burgwedel, Urteil vom 7. Februar 2008 – 70 C 161/06; AG Berlin, Urteil vom 11. Juni 2008 – 21 C 43/08.

13 Für Zulässigkeit AG Hamburg, GRUR-RR 2008, 216; LG Berlin, K & R 2007, 430.

14 KG, MMR 2002, 685. LG Berlin, CR 2002, 606; MMR 2004, 44.

15 Siehe in diesem Zusammenhang auch das Problem des Anhängens von Werbung an Free-SMS-Dienste dazu Remmetz, MMR 2003, 314 ff.

16 KOM (2008) 614.