



# MARKETINGRECHT

EIN LEITFADEN FÜR DEN MITTELSTAND

# ÜBER DIE AUTOREN



## **Prof. Dr. jur. habil. Thomas C. Zerres**

Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz

Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.



## **Prof. Dr. Christopher Zerres**

Professor für Marketing an der Hochschule Offenburg

Die Schwerpunkte von Prof. Dr. Christopher Zerres in Lehre und Forschung liegen auf Social-Media- und Online-Marketing sowie Marketing-Controlling. Vor seiner Berufung war er bei einer Unternehmensberatung sowie einem internationalen Automobilzulieferer tätig. Christopher Zerres ist Autor zahlreicher Publikationen zu den Bereichen Management und Marketing.



## **Kai Israel, M. Sc.**

Spezialist für E-Business-Systeme an der Hochschule Offenburg

Als ausgebildeter Mediengestalter und Master-Absolvent im Bereich Medienwirtschaft, befasst sich Kai Israel seit über einem Jahrzehnt mit neuartigen Web-Technologien und deren Potenziale für klein- und mittelständische Unternehmen. Er ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu den Themengebieten E-Business und New Media Technologies.



# INHALTSVERZEICHNIS

<b>EINFÜHRUNG</b>	<b>5</b>
<b>MARKETINGPLANUNG</b>	<b>7</b>
MARKTFORSCHUNG	7
RECHTSFORM	9
WETTBEWERBSORIENTIERUNG	14
<b>MARKETINGINSTRUMENTE</b>	<b>17</b>
LEISTUNG	17
INNOVATION	17
DESIGN	22
MARKE	22
QUALITÄT	27
PREISE- UND KUNDENKONDITIONEN	37
PREISE	37
KUNDENKONDITIONEN	39
DISTRIBUTION	41
ABSATZWEGE	41
LOGISTIK	42
RETRODISTRIBUTION	43
KOMMUNIKATION	49
INDIREKTE KOMMUNIKATION	49
DIREKTE KOMMUNIKATION	52
QUELLENVERZEICHNIS	57
IMPRESSUM	59



*Ziel* des vorliegenden Leitfadens für den Mittelstand ist es, zu einer Lösung der im Spannungsfeld zwischen Marketing und Recht zu bewältigenden Aufgaben, die von vielen heute als die wichtigsten der Unternehmensführung überhaupt angesehen werden, beizutragen. In diesem Sinne liefert der Leitfaden Ihnen einen umfassenden Überblick über den, das Marketing beeinflussenden Rechtsrahmen und zeigt gleichzeitig Gestaltungsoptionen eines präaktiven Handelns auf. Der Leitfaden lehnt sich, dieses Ziel unterstützend, dem klassischen Kanon der Marketinginstrumente an.

## *„Die Lösung der Probleme im Spannungsfeld von Marketing und Recht ist eine der wichtigsten unternehmerischen Aufgaben“*

*Marketing* im Sinne einer sich, konsequent am Markt und hier vor allem am Kundennutzen orientierenden Unternehmensführung ist vielfach die entscheidende Determinante des Unternehmenserfolges. Es wird dabei zunehmend auch mit juristischen Sachverhalten konfrontiert. Sei es bei Innovationen, der Wahl eines Markennamens, der Wahl der Rechtsform, der Entscheidung für einen bestimmten Absatzweg oder dem Verkauf von Produkten beziehungsweise Dienstleistungen, gilt es zwingend, auch die rechtlichen Voraussetzungen entsprechend zu berücksichtigen.

Als *Mittelstand* sollen im Weiteren, der Definition des Deutschen Institutes für Mittelstandsforschung folgend, Unternehmen von 50 bis zu 499 Mitarbeitern beziehungsweise einem Jahresumsatz von 10 bis zu 50 Mio. EURO verstanden werden. Zusammen mit kleinen Unternehmen stellt dieser Mittelstand heute 99 % aller umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen in Deutschland

dar, in denen knapp ein Drittel aller Umsätze erwirtschaftet werden.<sup>[1]</sup>

Schon bei relativ kleinen Unternehmen empfiehlt es sich grundsätzlich, wenn irgendwie möglich, für eine Berücksichtigung der in Betracht kommenden rechtlichen Rahmenbedingungen anfänglich zumindest einen oder zwei Mitarbeiter mit entsprechender Fachkompetenz abzustellen. Im größeren Unternehmen sollte dafür eine eigene *Rechtsabteilung* eingerichtet werden. In jedem Fall muss es stets die zentrale Aufgabe sein, eine Gewährleistung der betrieblichen Ziele ohne Verletzung rechtlicher Normen sicherzustellen. Dies beinhaltet vor allem auch ein präaktives Handeln, also ein Hinweisen auf mögliche Konfliktpotenziale. Auch eine Schnittstellenfunktion zu externen Rechtsberatern gehört schließlich zu einem diesbezüglichen Aufgabenfeld.

Im Regelfall ist eine solche Rechtsabteilung der Unternehmensleitung *organisatorisch* immer direkt zu unterstellen. Dabei kann, innerhalb einer derartigen Abteilung, schon eine jeweilige Spezialisierung auf bestimmte Rechtsgebiete vorgenommen werden. Sobald spezielle Bereiche im Unternehmen, etwa die Entwicklungsabteilung oder auch der Vertrieb, überproportional Rechtsbeistand benötigen, kann durchaus in Erwägung gezogen werden, diesen Bereichen jeweils eine eigene Rechtsabteilung zuzuweisen, eine Maßnahme, die naturgemäß Auswirkungen haben sollte auf die innerbetrieblichen Finanzierungsüberlegungen.



In einer *Marketingplanung* werden die Voraussetzungen für einen bewusst geplanten, konsequent marktorientierten und vor allem zielgruppenspezifischen Einsatz von Marketinginstrumenten, dem Handwerkszeug eines Marketingmanagers, gelegt. Im Folgenden wird dabei auf drei Bereiche besonders eingegangen,

- Marktforschung,
- Rechtsformwahl und
- Wettbewerbsorientierung.

## MARKTFORSCHUNG

---

In der *Marktforschung* bedient man sich unterschiedlicher Forschungsverfahren. Grundsätzlich wird unterschieden in

- Sekundärforschung und
- Primärforschung.

Bei der *Sekundärforschung* (desk research) geht es um die Heranziehung und die Auswertung desjenigen Materials, das bereits vorhanden ist. Dabei unterscheidet man noch einmal in

- interne Sekundärforschung und,
- externe Sekundärforschung.

Grundlage jeder Art von Marktforschung sind also Daten, unabhängig davon, ob es sich um Daten von Kunden, von Mitbewerbern oder auch von Zulieferern handelt; stets müssen diese Daten auch geschützt werden. Diesbezüglich geht es hier in erster Linie um Kundendaten.

Für die Anbieter auf einem Markt ist es von großer Bedeutung, die aktuellen, vor allem aber auch die zukünftigen

Bedürfnisse der Verbraucher zu kennen. Eine derartige Marktforschung kann nur funktionieren, wenn ihr entsprechendes Vertrauen von den Personen entgegengebracht wird, von denen sie sich Informationen erhofft. Dieses Vertrauen gilt es zu schützen. Ein solcher Schutz wird dabei in erster Linie durch datenschutzrechtliche Normen gewährleistet.

## „Betriebliche Marktforschung hat die Datenschutzgesetze zu beachten“

Die wichtigsten gesetzlichen Regelungen zum Datenschutz finden sich heute im *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) sowie in den einzelnen Landesdatenschutzgesetzen (LDSG). Das BDSG schützt grundsätzlich den Einzelnen vor Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch die missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten, also etwa Name, Wohnort, Familienstand oder Vermögens- und Einkommensverhältnisse. Das BDSG regelt, ob und wie mit solchen personenbezogenen Daten umgegangen werden darf. Es erfasst dabei insbesondere deren Erhebung, Speicherung, Veränderung, Übermittlung oder Nutzung.

Grundsätzlich gilt ein *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*, das heißt, dass grundsätzlich die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten sind, es sei denn, der Betroffene stimmt dem zu oder eine gesetzliche Regelung erlaubt es oder ordnet es an. Weiterhin regelt es die Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Sperrung und Schadensersatz bei (missbräuchlicher) Verwendung von, zu ihrer Person gespeicherten Daten sowie die Pflichten der verantwortlichen Stelle im Hinblick auf Transparenz und Übersicht der gespeicherten Informationen, die vollständige Benachrichtigung der betroffenen Personen sowie die Sicherung rechtmäßig gespeicherter und verarbeiteter Daten vor

# MARKETINGPLANUNG

unbefugtem Zugriff und unbefugter Nutzung. Zudem bestimmt es die notwendigen Kontrollinstanzen beim Einsatz personenbezogener Datenverarbeitung, enthält Handlungsanweisungen zu Kontrollmaßnahmen und beschreibt schließlich die Folgen möglicher Gesetzesverstöße.

Im Bezug auf die Marktforschung regelt das BDSG die Voraussetzungen für die geschäftsmäßige Erhebung, Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten. So dürfen etwa personenbezogene Daten zum Zweck der Marktforschung verwendet werden, wenn *kein* schutzwürdiges Interesse der Betroffenen anzunehmen ist oder etwa die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, zum Beispiel also etwa aus Telefonbücher, stammen.

Weitreichender, gleichzeitig aber auch spezieller, ist der *Internationale Kodex für die Markt- und Sozialforschung* (ICC/ESOMAR). Dieser ist das Standesrecht der Marktforscher. Die Abkürzung *ESOMAR* steht dabei für European Society for Opinion and Market Research. Sie ist die weltweit führende Organisation von berufsmäßigen Marktforschern, hat ihren Sitz in den Niederlanden und hat erstmals im Jahre 1977, in Kooperation mit der Internationalen Handelskammer (**I**nternational **C**hamber of **C**ommerce) in Paris, diesen (gemeinsamen) Kodex publiziert, um allen Marktforschern ein gewisses Verhalten während der Ausübung ihrer Tätigkeit als Leitbild zu vermitteln.

Dieser Kodex wurde bislang in regelmäßigen Abständen überarbeitet und aktualisiert. Er wurde in erster Linie als ein Rahmen für die Selbstregulierung entwickelt und sieht über die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinausgehende Pflichten vor, denen sich die angeschlossenen Marktforschungsunternehmen freiwillig unterwerfen. Eine Missachtung dieser Regeln kann einen

Ausschluss aus der Organisation zur Folge haben. Eine Mitgliedschaft bedeutet somit ein gewisses Qualitätssiegel und wird daher heute auch von einer Vielzahl von Auftraggebern gefordert.

Durch das Internet sind in den letzten Jahren weitere erhebliche Gefahren aus datenschutzrechtlicher Sicht aufgetreten. Anbieter von Leistungen haben umfangreiche Möglichkeiten, persönliche Daten über das Internet-Nutzverhalten von Kunden oder potenziellen Kunden zu sammeln, ohne dass die Betroffenen hiervon Kenntnis erlangen. Die Betreiber von Internet-Angeboten können für ihre Marktforschung, zum Beispiel durch eine speziell entwickelte Software, genaue Angaben über jeden Nutzer, also seinen Namen, seine E-Mail Anschrift und sein Kaufverhalten erlangen, das heißt etwa, wie häufig dieser einzelne Angebote bis hin zur tatsächlichen Bestellung frequentiert hat. Dadurch erhalten die Unternehmen genaue Informationen über die Interessen potenzieller Kunden, um diesen dann etwa per E-Mail individuelle Angebote übermitteln zu können. Mit diesen Daten lassen sich zudem über die betreffenden Internetnutzer Persönlichkeitsprofile erstellen.

Für die spezifische Gefährdungslage im Internet sind die allgemeinen Regelungen im BDSG nicht mehr ausreichend. Ausgangspunkt des im BDSG heute geregelten Datenschutzrechts war es primär, die staatliche Informationserhebung, -speicherung und -verarbeitung rechtlichen Regelungen zu unterwerfen, lediglich sekundär Anforderungen für den privaten Sektor aufzustellen.

Zu den neueren Gesetzen zählen das *Telekommunikationsgesetz* (TKG), das datenschutzrechtliche Regelungen für den Bereich der Telekommunikation enthält, sowie das, von Bund und Ländern in einem konzertierten Gesetzgebungsverfahren geschaffene und 2007 in Kraft getretene *Telemediengesetz* (TMG). In der Praxis kann im

Einzelfall die Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser beiden Gesetze allerdings durchaus problematisch sein. Abgrenzungsprobleme bestehen darüber hinaus auch im Verhältnis zum Bereich Rundfunk (Radio und Fernsehen) für den der *Rundfunkstaatsvertrag* Anwendung findet.

Die datenschutzrechtlichen Regelungen in diesen Gesetzen beruhen ebenfalls auf dem Konzept eines *Verbots mit Erlaubnisvorbehalt*, das heißt, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten ist, sofern kein gesetzlicher Erlaubnistatbestand oder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegen.

## RECHTSFORM

Für ein Unternehmen werden vom Gesetzgeber verschiedene Rechtsformen zur Verfügung gestellt. Dabei wird grundsätzlich zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden. Zu den typischen *Personengesellschaften* zählen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die Offene Handelsgesellschaft (OHG), die Kommanditgesellschaft (KG) und die Stille Gesellschaft (StG). Zu den *Kapitalgesellschaften* zählen dagegen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Aktiengesellschaft (AG) und die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Eine bekannte Mischform ist des Weiteren die GmbH & Co. KG.

Die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform hängt von mehreren Faktoren ab, die sowohl im Rahmen von Neugründungen als auch bei Umwandlungen bereits bestehender Gesellschaften zu berücksichtigen sind.

Die *Grundform* der Personengesellschaft stellt zunächst die *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR) dar, die im BGB geregelt ist. Sie dient der Erreichung eines gemeinsamen

Zieles ihrer Gesellschafter, wobei jedes beliebige, erlaubte Ziel möglich ist, gleich ob wirtschaftlicher, kultureller, ideeller oder sonstiger Art.

Grundsätzlich haften für die Verbindlichkeiten der GbR sowohl die Gesellschaft als Ganzes als auch jeder einzelne Gesellschafter. Jeder Gesellschafter hat das Recht und die Pflicht, an der Geschäftsführung der Gesellschaft und an ihrer Vertretung nach außen hin mitzuwirken. Die meisten Regelungen des Gesetzes können durch einen Gesellschaftsvertrag geändert werden.

Nach dem Handelsrecht geregelte Formen der Personengesellschaft sind vor allem die

- Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die
- Kommanditgesellschaft (KG).

Die Rechtsform der *OHG* wird zumeist von kleineren und mittelständischen Unternehmen gewählt. Sie ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Bei keinem der Gesellschafter ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt; sie haften auch mit ihrem Privatvermögen. Die Haftung kann nicht ausgeschlossen werden, ein Grund dafür, dass das Interesse an der Rechtsform der OHG in den letzten Jahrzehnten stark gesunken ist, denn die unbeschränkte Haftung begründet zwar eine bessere Kreditwürdigkeit, birgt aber auch erhebliche Risiken in sich. Die OHG kann unter ihrem Namen Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden. Sie muss im Handelsregister eingetragen sein. Jeder Gesellschafter ist alleine zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft nach außen hin berechtigt, soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt.

# MARKETINGPLANUNG

Die KG unterscheidet sich von der OHG insbesondere dadurch, dass bei einem Teil ihrer Gesellschafter, den Kommanditisten, die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft auf deren Einlage auf das Gesellschaftskapital beschränkt ist. Daneben stehen die Komplementäre, die persönlich haftenden Gesellschafter, die, wie ein Gesellschafter der OHG, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem gesamten Vermögen einstehen müssen. Die Kommanditisten sind nach dem Gesetz von der Geschäftsführung und der Vertretung der KG ausgeschlossen. Sie besitzen allerdings Kontroll- und Widerspruchsrechte bei außergewöhnlichen Geschäften. Durch den Gesellschaftervertrag können den Kommanditisten auch Befugnisse der Geschäftsführung übertragen werden. Die Vertretung nach außen ist nur über eine gesonderte Vollmacht, eine Prokura oder eine Handlungsvollmacht, möglich. Der Kommanditist hat Anspruch auf Gewinn, dessen Höhe sich dabei nach der Höhe seines Kapitalanteils bestimmt.

Bei der *Stillen Gesellschaft*, die der Kommanditgesellschaft verwandt ist, vereinbart ein Gesellschafter mit mindestens einem anderen, dass dieser andere sich an dem gemeinsamen Unternehmen beteiligt, ohne dass dieses offen gelegt wird.

Zu den Kapitalgesellschaften zählt man bspw. die

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die
- Aktiengesellschaft (AG).

Die Rechtsform der GmbH findet man heute bei etwa einer Millionen Unternehmen in Deutschland. Sie gehört damit zu den häufigsten Rechtsformen. Eine GmbH kann zu jedem beliebigen, gesetzlich erlaubten Zweck gegründet werden. Ihr Stammkapital muss mindestens 25.000 Euro betragen.

Für oftmals kapitalschwächere Existenzgründer hat der Gesetzgeber im Rahmen der GmbH-Reform als Einstiegsvariante zur GmbH die *Unternehmergesellschaft* geschaffen. Die Gesellschafter können mit dieser Rechtsformvariante individueller über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen und sie dadurch besser den eigenen Bedürfnissen und finanziellen Möglichkeiten anpassen; zu beachten ist, dass Sacheinlagen ausgeschlossen sind und zwingend eine Firmierung mit dem Zusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ erfolgen muss.

Eine GmbH hat selbstständig Rechte und Pflichten; so kann sie etwa Eigentum erwerben. Außerdem kann sie vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihre Gesellschafter, die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften, haben relativ große Freiheit in der Ausgestaltung der internen Gesellschaftsverhältnisse. Die GmbH wird von einem oder mehreren Geschäftsführern geleitet und gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Sie werden von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen. Die Geschäftsführer dürfen der Gesellschaft grundsätzlich keine Konkurrenz machen.

Die *Gesellschafterversammlung* ist das oberste Organ der GmbH. Sie kann mit einfacher Mehrheit Beschlüsse zur Geschäftsführung fassen, die für die Geschäftsführer bindend sind.

Eine sehr beliebte Kombination von verschiedenen Gesellschaftsformen ist in diesem Zusammenhang die *GmbH & Co. KG*. Sie ist eine Kommanditgesellschaft mit einer GmbH als, regelmäßig einzigem, persönlich haftendem Gesellschafter (Komplementär). Die GmbH haftet dann zwar persönlich, weil sie Komplementär ist. Als juristische Person haftet sie aber nur bis zur Höhe des Eigenkapitals. Der Kommanditist haftet ebenfalls nur bis zur Höhe seiner Einlage. Auf diese Weise wird praktisch

eine Haftungsbeschränkung auch der Kommanditgesellschaft bewirkt und die gefährliche persönliche Haftung des Geschäftsführers und Gesellschafters vermieden.

Eine, speziell bei großen Unternehmen weit verbreitete Gesellschaftsform ist die AG. Das ihr vornehmlich zugrunde liegende *Aktiengesetz* (AktG) ist zwingend. Die Rechtsform der AG eignet sich insbesondere für Unternehmen mit großem Kapitalbedarf, aber auch für solche mit sehr großem Risiko, weil der Aktionär höchstens den Wert seiner Aktien verlieren kann, darüber hinaus aber nicht haftet.

Gründer einer AG übernehmen die Aktien gegen Einlagen und beschließen die Satzung in notariell beurkundeter Verhandlung. Sie verpflichten sich, bei der Gründung ein bestimmtes Kapital, das so genannte Grundkapital, aufzubringen. Dieses beträgt mindestens 50.000 Euro, das in Aktien im Nennwert von mindestens einem Euro aufgeteilt wird.

Aktien sind leicht übertragbar. Sie begründen zudem in der Regel das Recht auf eine Dividende, dem Teil des Gewinns pro Aktie, der ausgeschüttet wird. Die AG eignet sich zur Teilnahme am Kapitalmarkt und damit zur Beschaffung großer Kapitalbeträge von einer Vielzahl an Anlegern. Derzeit sind etwa 15.000 AG's eingetragen, von denen ca. 1/10 börsennotiert sind. Der Kurs der Aktie repräsentiert die wirtschaftliche Wertschätzung, die der AG in der Öffentlichkeit entgegengebracht wird.

Eine AG besitzt drei *Organe*,

- Vorstand,
- Aufsichtsrat und
- Hauptversammlung.

Der *Vorstand* leitet und vertritt die Gesellschaft. Er ist an Weisungen des Aufsichtsrates oder der Hauptversammlung nicht gebunden. Aufgrund der personalpolitischen Befugnisse des Aufsichtsrates ist der Vorstand aber faktisch oft auch in Einzelfragen vom Aufsichtsrat abhängig. Der Vorstand besteht meistens aus mehreren Personen. Sie werden auf die Dauer von höchstens fünf Jahren vom Aufsichtsrat bestellt; eine Wiederbestellung ist zulässig. Aus wichtigem Grund können sie auch abberufen werden. Für bestimmte Geschäfte, wie etwa Grundstücks- und Beteiligungsgeschäfte, bedarf der Vorstand regelmäßig der Zustimmung des Aufsichtsrates.

Der *Aufsichtsrat* hat die Verpflichtung, den Vorstand zu überwachen und zu beraten. Er ist somit das zentrale Organ zur Kontrolle der AG. Ein Mitglied des Aufsichtsrates kann nicht gleichzeitig Mitglied des Vorstandes oder Angestellter der Gesellschaft sein. Der Vorstand unterrichtet den Aufsichtsrat. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates ist in großen Unternehmen vom Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer abhängig, gesetzlich geregelt in speziellen Gesetzen, insbesondere im Mitbestimmungsgesetz, im Montanmitbestimmungsgesetz sowie im Drittelbeteiligungsgesetz.

In der *Hauptversammlung* kommen die Anteilseigner zusammen. Jeder Aktionär kann teilnehmen oder sich vertreten lassen. Der Vertreter, zum Beispiel eine Depotbank, ist dabei an die Weisungen des jeweiligen Aktionärs gebunden. Die Aktionäre besitzen ein Stimmrecht und ein Auskunftsrecht, die allerdings bei bestimmten Arten von Aktien ausgeschlossen sein können. Fehlerhafte Beschlüsse der Hauptversammlung kann der Aktionär vor Gericht anfechten oder für nichtig erklären lassen. Die Hauptversammlung beschließt über Satzungsänderungen, Kapitaländerungen, die Besetzung des Aufsichtsrates mit Aktionärsvertretern, über die Auflösung der Gesellschaft, über den Abschluss von Un-

ternehmensverträgen, um einen Konzern zu bilden und über die Verwendung des Bilanzgewinnes der Gesellschaft sowie über die Entlassung des Vorstandes und der Aufsichtsratsmitglieder.

Die *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KGaA) ist nach dem AktG eine, der AG nahe stehende Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet und die übrigen lediglich an dem, in Aktien aufgeteilten Grundkapital beteiligt sind, ohne allerdings persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre).

Neben der Rechtsform der GmbH und der Aktiengesellschaft ist die *Genossenschaft* eine weitere Rechtsform mit Marketingrelevanz. Das *Genossenschaftsgesetz* regelt die Gesellschaftsform einer Genossenschaft, die die Förderung des wirtschaftlichen Wohls ihrer Mitglieder zum Geschäftsgegenstand hat. Dabei bleiben die einzelnen Mitglieder weitgehend selbstständig. In der Generalversammlung wählen diese einen Vorstand und einen Aufsichtsrat. Wirtschaftlich bedeutsam sind vor allem Einkaufs- und Verkaufsgenossenschaften von Landwirten, Einzelhandelsgenossenschaften sowie Kreditgenossenschaften, wie etwa Raiffeisen- und Volksbanken.

## „Entscheidungskriterien für die Wahl einer Rechtsform sind zum Beispiel Haftung und Mitbestimmung“

Im Folgenden sollen die wesentlichen Entscheidungskriterien bei der Wahl einer Rechtsform aufgezeigt werden, um im Anschluss daran dann diejenigen mit besonderer Marketingrelevanz zu identifizieren und entsprechende Konsequenzen aufzeigen zu können. Zu den grundsätzlichen *entscheidungserheblichen Kriterien* zählen dabei vor allem:

- Organisation und Leitung,
- Haftung,
- Vermögensordnung,
- Kontrollmöglichkeiten,
- Mitbestimmung,
- Publizitätspflichten,
- Finanzierungsmöglichkeiten und
- Steuerabgaben.

Bei den Personengesellschaften, also der GbR, OHG oder der KG, gilt der Grundsatz der *Selbstorganshaft*, das heißt, es besteht eine untrennbare Verbindung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mit der Person der Gesellschafter. Angestellten Managern und nicht persönlich haftenden Kommanditisten kann jedoch Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt werden. Bei den Kapitalgesellschaften, vor allem der GmbH und der AG, kann auch ein Nichtgesellschafter zum gesetzlichen Vertreter (Geschäftsführer, Vorstand) bestellt werden; man spricht hier vom Prinzip der *Fremdorganshaft*.

In Bezug auf die *Haftung* ist zu beachten, dass bei den Personengesellschaften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaften grundsätzlich persönlich mit ihrem Privatvermögen haften. Bei der KG ist die persönliche Haftung des Kommanditisten ausgeschlossen, wenn er seine „Einlage“, das heißt der Betrag, der im Handelsregister als „Haftsumme“ eingetragen ist, geleistet hat. Bei Kapitalgesellschaften ist die Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (als juristischer Person) beschränkt. Die Gesellschafter der GmbH beziehungsweise die Aktionäre einer AG haften daher für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.

Hinsichtlich der *Vermögenszuordnung* ist zu beachten, dass bei den Personengesellschaften das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern insgesamt gehört, während die Kapitalgesellschaften selbst Inhaber

des Vermögens sind. Die Gesellschafter einer AG und einer GmbH haben also nur ein Anteilsrecht am Grundbeziehungsweise Stammkapital.

Bei Aktiengesellschaften besteht zwingend ein Aufsichtsrat als Kontrollorgan, während die *Kontrollbefugnis* bei der GmbH und den Personengesellschaften in der Regel den Gesellschaftern obliegt.

Die *unternehmerische Mitbestimmung* der Arbeitnehmer (im Aufsichtsrat) spielt eine Rolle bei den großen Kapitalgesellschaften, wenn diese mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen.

Kapitalgesellschaften haben, je nach Größe, unterschiedliche *Publizitätspflichten* (hinsichtlich ihrer Jahresabschlüsse). Diese Pflichten ergeben sich dabei im Einzelnen aus dem Handelsgesetzbuch.

Nicht zu unterschätzen sind die Auswirkungen der Rechtsformwahl auf eine mögliche *Fremdfinanzierung*. So ist die Tatsache, dass Personengesellschaften aufgrund der persönlichen Verantwortlichkeit der Gesellschafter bei Banken höheres Ansehen genießen als die GmbH, ein wichtiger Aspekt. Einer, lediglich mit dem Mindeststammkapital ausgestatteten GmbH (ohne nennenswertes Vermögen) wird nur dann ein Kredit gewährt, wenn die Gesellschafter zusätzliche (Kredit-) Sicherheiten übernehmen, zum Beispiel in Form einer Bürgschaft. Bei der AG steht den Gläubigern der Gesellschaft ebenfalls nur das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung. Der Vorteil der Rechtsform der AG besteht allerdings darin, dass sie unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zum Kapitalmarkt hat und so durch Kapitalerhöhungen ihre Eigenkapitalausstattung zu verbessern vermag.

In der Praxis sind bei allen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen auch *steuerrechtliche Auswirkungen* zu bedenken.

Es handelt sich um eine sehr komplexe und komplizierte Materie, nicht zuletzt deshalb, weil das Steuerrecht ständigen Änderungen unterworfen ist. Der prinzipielle Unterschied besteht in der unterschiedlichen Ausgestaltung der Einkommens- und Körperschaftssteuer. Personengesellschaften als solche sind nicht steuerpflichtig; Gewinn oder Verlust werden steuerlich den einzelnen Gesellschaftern unmittelbar im Verhältnis ihrer Beteiligung zugerechnet. Diese haben daher den auf sie entfallenden Anteil am Geschäftsgewinn als eigenes Einkommen zu versteuern, gleichgültig ob er ausgeschüttet wird oder nicht. Die einheitliche Gewinnfeststellung durch das Betriebsfinanzamt dient nur als Grundlage für die Zurechnung. Dagegen unterliegt die Kapitalgesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt mit ihrem Einkommen der Körperschaftssteuer. Außerdem müssen die, an die Gesellschafter ausgeschütteten Gewinnanteile von diesen als Einkommen versteuert werden. Allerdings wird durch ein (kompliziertes) Anrechnungsverfahren eine Doppelbelastung vermieden. Im Ergebnis kann man festhalten, dass es in Bezug auf die steuerrechtlichen Vor- und Nachteile zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften stets auf den Einzelfall ankommt.

Eine Analyse der Entscheidungsparameter zur Wahl einer Rechtsform für ein Unternehmen lässt erkennen, dass es aufgrund der Interdependenzen zwischen den verschiedenen Kriterien sowohl allgemein wie auch marketingspezifisch *keine* ideale Rechtsform gibt. Betrachtet man speziell die *Marketingrelevanz* der einzelnen Entscheidungskriterien, so zeigt sich, dass vor allem den Fragen der Kapitalbeschaffung und der Leitung eine besondere Bedeutung beizumessen ist. Unternehmen, die etwa ein ausgeprägtes Innovationsmarketing betreiben, haben einen in der Regel hohen Kapitalbedarf. Als Rechtsform ist hier die AG mit ihrer Zugangsmöglichkeit zum Kapitalmarkt zu bevorzugen. Für (konzernfreie) Vertriebsgesellschaften, die eine relativ geringe Kapital-

ausstattung benötigen, andererseits aber schnell und flexibel am Markt reagieren müssen, sind dagegen die OHG beziehungsweise die KG mit ihren entsprechenden Leitungsstrukturen eine empfehlenswerte Option, für konzerngebundene eher die GmbH.

## WETTBEWERBSORIENTIERUNG

In Deutschland tätige Unternehmen haben das deutsche und das europäische Kartellrecht zu beachten. Das deutsche Kartellrecht ist im Wesentlichen im Gesetz gegen *Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) geregelt. Der Schutzzweck des GWB besteht darin, die Freiheit des Wettbewerbs gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen zu sichern. Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit enthält das GWB Regelungen zur Zulässigkeit beziehungsweise Unzulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen. Gegenstände des Kartellrechts sind insbesondere das grundsätzliche Verbot von Kartellen, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

Das ebenfalls zum Wettbewerbsrecht zählende Gesetz *gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) schützt demgegenüber Konkurrenten und Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, vornehmlich Werbemaßnahmen.

Im Falle von *Kooperationen* sind die Regeln des GWB zur *Zusammenschlusskontrolle* zu beachten, nach denen durch derartige Zusammenschlüsse keine unerwünschte Marktmacht entstehen darf. Es handelt sich dabei um eine präventive Kontrolle. Unternehmenszusammenschlüsse sind, im Unterschied zu Kartellen, grundsätzlich erlaubt. Solche *Zusammenschlusstatbestände* sind nach dem GWB:

- Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil,
- Erwerb der Kontrolle durch Rechte, Verträge, zum Beispiel durch Gewinnabführungs- und/oder Beherrschungsverträge, oder andere Mittel, die die Möglichkeit gewähren, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens auszuüben,
- Erwerb von Anteilen an einer Kapital- oder Personengesellschaft, sobald diese einen bestimmten Prozentsatz des Kapitals oder der Stimmrechte erreichen sowie
- jede sonstige Verbindung, auf Grund derer ein Unternehmen einen wettbewerbsmäßig erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben vermag.

Das Bundeskartellamt hat Unternehmenszusammenschlüsse dann zu untersagen, wenn durch diese eine marktbeherrschende Stellung nach dem GWB begründet oder verstärkt wird, es sei denn, dass die beteiligten Unternehmen nachweisen können, dass durch den Zusammenschluss Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese die Nachteile der Marktbeherrschung ausgleichen. Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen mit gemeinschaftsweiter Bedeutung obliegt allein der Europäischen Kommission. Diese ist in der (Europäischen) *Fusionskontrollverordnung* (FKVO) geregelt. Während das deutsche Kartellrecht grundsätzlich, neben dem *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV) geregelten grundsätzlichen Kartellverbot und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, Anwendung findet, besteht bei der Fusionskontrolle ein Anwendungsvorrang des europäischen Rechts. Innerhalb der Europäischen Union soll es keine parallel bestehende Fusionskontrolle geben.





*Marketinginstrumente* sind absatzmarktbeeinflussende Aktivitäten zur Förderung der betrieblichen Zielerfüllung. Sowohl in der Marketingtheorie wie auch in der Unternehmenspraxis findet man am häufigsten einen Kanon, der vier Hauptinstrumente umfasst,

- Leistung,
- Preise und Konditionen,
- Distribution sowie
- Kommunikation.

Wir wollen Ihnen, einer leichteren Zuordnung wegen, den gesetzlichen Rahmen auch anhand dieses Kanons vorstellen.

## LEISTUNG

*Leistungspolitik* bezieht sich allgemein auf die marktgerechte Gestaltung der Produkte oder der Produktgruppen beziehungsweise des gesamten Programms oder Sortiments.

### *„Der Mittelstand gilt als Treiber von Innovationen in Deutschland. Ihrem Schutz dient das Patentgesetz.“*

Im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen gilt es dabei, neben der Innovation, zwei weiteren Aspekten der Leistungspolitik besonderes Augenmerk zu schenken, Marke und Qualität.

#### **Innovation**

Der Mittelstand gilt heute, vor allem aufgrund seines großenbedingten Flexibilitätsvorteiles, allgemein als der Innovationstreiber der deutschen Wirtschaft. In diesem

Sinne können Innovationen als die Umsetzung einer Idee von ihrer Entstehung bis zur erfolgreichen praktischen Anwendung auf dem Markt verstanden werden. Derartige Ideen müssen sich nicht nur auf Produktinnovationen beziehen, sondern können auch Verfahrens-, Service- und Sozialinnovationen betreffen. Gerade Letztere erlangen heute auch durch eine tendenzielle Stärkung des tertiären Wirtschaftsbereiches einen größeren Stellenwert. Aus diesen Gründen müssen sich Unternehmen ihrer Stärken in Bezug auf ihre Forschungs- und Entwicklungspotenziale besinnen. Innovationen sind hier der Schlüssel zur Qualitätsführerschaft und ein unabdingbarer permanenter Überlebensfaktor im Wettbewerb. „Wer nicht innoviert, verliert.“

Jede Innovation und ihre anschließende Vermarktung sollte gegen Nachahmer geschützt werden. Einem derartigen Schutz dienen in rechtlicher Hinsicht die *gewerblichen Schutzrechte* vor allem das Patent- und Gebrauchsmusterrecht. Diese Schutzrechte dürfen wir Ihnen im Nachhinein daher nun vorstellen.

Das Patent ist ein technisches Schutzrecht. Rechtliche Grundlage ist das *Patentgesetz* (PatG).

Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. Eine solide Erfindung kann sich dabei auf ein Erzeugnis oder auch ein Verfahren beziehen, die dann entsprechend zu Erzeugnis- oder Verfahrenspatenten führen. Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil diese einen verschiedenen Schutzzumfang aufweisen. Erzeugnispatente beziehen sich auf Sachen, zum Beispiel Maschinen, Maschinenteile oder Werkzeuge, Vorrichtungen, zum Beispiel Oberlichtöffner mit Schiebe- und Schwenkgestänge, oder Stoffe. Stoffpatente werden insbesondere auf chemischem, häufig pharmazeutischem Gebiet erteilt, zum Beispiel

# MARKETINGINSTRUMENTE

für Arzneimittel. Zu den Verfahrenspatenten gehören die Patente für Herstellungsverfahren, zum Beispiel ein Verfahren zur Gewinnung chemischer Stoffe, und für Arbeitsverfahren, zum Beispiel ein Verfahren zur Temperierung und Entstaubung von Arbeitsräumen.

Traditionell umfasste der Patentschutz Erfindungen auf rein ingenieurwissenschaftlichen Gebieten, wie etwa Maschinen- und Anlagenbau. Es folgte die Erweiterung auf chemische und pharmazeutische Industrieprodukte. In jüngerer Zeit finden wesentliche Innovationen auf biotechnologischem Gebiet und auf dem Gebiet der Informationstechnologie statt. Computerimplementierte Erfindungen werden dann geschützt, sofern sie auf technischen Überlegungen beruhen und ein technisches Problem lösen, zum Beispiel im Falle des Schutzes von Software für das ABS-Bremssystem bei Kraftfahrzeugen.

Das PatG nimmt bestimmte Gegenstände vom Patentschutz aus. Keine Erfindungen sind Entdeckungen, wissenschaftliche Theorien, mathematische Methoden, Geschäftsmethoden und ästhetische Formschöpfungen sowie grundsätzlich sämtliche Computerprogramme. Ausdrücklich ausgeschlossen ist ebenfalls die Patentierbarkeit von Pflanzensorten oder Tierrassen sowie im Wesentlichen biologische Verfahren zur Züchtung von Pflanzen und Tieren. Ausdrücklich ausgenommen hat der Gesetzgeber auch chirurgische und therapeutische Methoden von Ärzten, Zahnärzten und Tierärzten.

Das Patent ist in der Praxis von sehr großer Bedeutung. Die zahlreichen Patentanmeldungen beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA), heute über 70.000 jährlich, sowie der große Bestand dort von etwa 500.000 Patenten ist ein deutliches Indiz dafür.

Wichtigstes Motiv für eine Patentanmeldung ist der Schutz vor Nachahmung und damit die Sicherung ei-

nes Marktvorsprunges. Das Patentrecht verleiht seinem Inhaber eine Monopolstellung. Es beinhaltet, dass nur dieser befugt ist, das Patent zu benutzen und anderen die Nutzung verbieten kann. Durch ein Patent hat der Patentinhaber die Gewissheit, dass seine „Erfindung“ nicht wirtschaftlich sinnlos wird, indem etwa ein anderer diese „kopiert“ und ihm damit Konkurrenz macht. Nicht garantiert ist dabei selbstverständlich der tatsächliche wirtschaftliche Erfolg. Der Patentinhaber kann ein Patent nicht nur dadurch wirtschaftlich verwerten, dass er selbst von der geschützten Erfindung Gebrauch macht. Er kann es stattdessen auch veräußern oder, in der Praxis häufiger, Lizenzverträge abschließen. Mit einem Lizenzvertrag räumt der Patentinhaber als Lizenzgeber dem Lizenznehmer also Nutzungsrechte aus dem Patent ein. Dabei gewähren ausschließliche (exklusive) Lizenzen das alleinige Recht zur Erfindungsverwertung, während es bei einfachen Lizenzen mehrere Berechtigte gibt. So ist das Patent auch als Kooperationsinstrument auf Auslandsmärkten, als Basis für Lizenzstrategien sowie als Mittel zur Verkaufsförderung von Bedeutung.

Das Patent entsteht in mehreren Stufen. Der Patenterteilung geht ein gründliches Prüfungsverfahren voraus. Für die Anmeldung ist wegen des formalisierten Charakters der Anmeldung regelmäßig die Inanspruchnahme von Fachleuten, sogenannte Patentanwälte, erforderlich. Diese sind ursprünglich keine Juristen, sondern „Fachleute“, also Ingenieure oder Naturwissenschaftler, die nach mindestens einjähriger beruflicher Tätigkeit zusätzlich eine mindestens dreijährige juristische Ausbildung absolviert haben. Der Patentanwalt besitzt eine Art „Dolmetscherfunktion“ zwischen Juristen auf der einen und Technikern auf der anderen Seite. Die Bereiche Recht und Technik sind aufgrund ihrer speziellen Ausdrucks- und Denkweisen für sich genommen relativ schwer zugänglich. Neben den formalen Anforderungen ist es im Interesse des Anmeldenden wichtig, die Paten-

tansprüche genau zu bezeichnen, das heißt, was genau unter Patentschutz gestellt werden soll. Die Prüfung der Patentfähigkeit erfolgt nur aufgrund eines speziellen Prüfungsantrages, der spätestens innerhalb von sieben Jahren nach der Anmeldung gestellt sein muss.

Ein Patent entsteht mit der Veröffentlichung seiner Erteilung im Patentblatt, in der Regel nach zwei bis drei Jahren. Spätestens 18 Monate nach dem Anmelde- und Prioritätstag wird jedoch die Patentanmeldung veröffentlicht. Mit der Offenlegung der Anmeldung wird die Öffentlichkeit über die Erfindung und das beantragte Schutzrecht informiert. Ab diesem Zeitpunkt kann der Anmelder unter bestimmten Voraussetzungen vom Nachahmer eine, den Umständen entsprechend angemessene Entschädigung verlangen, sobald zu einem späteren Zeitpunkt das Patent dann erteilt worden ist. Innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung der Patenterteilung haben Dritte die Möglichkeit, wenn sie der Meinung sind, dass das Patent zu Unrecht erteilt wurde, Einspruch einzulegen. Danach kann nur noch eine Nichtigkeitsklage vor dem Bundespatentgericht erhoben werden.

Maßgebend für die Erlangung des Patents ist nicht die Person des Erfinders, sondern die Person, die die Anmeldung und Registrierung beim DPMA vornimmt. In der Praxis wird etwa ein forschendes Unternehmen die Patente, die durch die (Dienst)Erfindungen seiner Mitarbeiter entstehen, auf sich selbst eintragen lassen. Mindestrechte der erfinderisch tätigen Arbeitnehmer werden dabei durch das *Arbeitnehmererfindungsgesetz* gewährt, insbesondere durch die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs.

**„Ein Patent hat eine Schutzdauer von maximal 20 Jahren“**

Das Patent hat eine Schutzdauer von *maximal 20 Jahren* ab dem Anmeldetag. Eine Verlängerung ist, anders als beim später zu betrachtenden Markenrecht, grundsätzlich nicht vorgesehen; Ausnahmen gibt es für Arznei- und Pflanzenschutzmittel. Es wird dabei davon ausgegangen, dass eine Erfindung spätestens nach dieser Frist zum Stand der Technik gehört und der Patentinhaber bis dahin auch ausreichend Zeit zur Verwertung hatte. Zur Aufrechterhaltung ist vom vierten bis zum 20. Jahr jährlich eine relativ geringe Gebühr zu entrichten.

Der Patentinhaber hat mit der Erteilung ein *Benutzungsrecht*. Er alleine ist befugt, die patentierte Erfindung zu nutzen. Damit verbunden ist ein *Verbotungsrecht*. Er kann gegen Patentverletzungen mit einer Unterlassungs- oder Schadensersatzklage vorgehen. Im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch hat der Verletzte die Wahl zwischen dem Ersatz des reinen Vermögensschadens oder der Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns (Abschöpfungsgedanke) oder im Wege der Lizenzanalogie dasjenige zu verlangen, was bei ordnungsgemäßer Nutzungsrechtseinräumung an Lizenzgebühren hätte erzielt werden können (fiktive Lizenzgebühren). Patentrechtsverletzungen begründen einen Anspruch auf Unterlassung, Schadensersatz oder Gewinnherausgabe. Um welche Beträge es sich hier handeln kann, mag das einige Jahre zurückliegende Beispiel des „Procter and Gamble“-Konzerns dienen, dem 125 Mio. Dollar Schadensersatz wegen unerlaubt kopierter Keksrezepturen durch einen japanischen Konkurrenten zugesprochen worden waren.

Weitere Ansprüche, neben Unterlassung und Schadensersatz, sind bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen unter anderem Ansprüche auf Vernichtung des patentverletzenden Erzeugnisses, auf Rückruf der, das Patent verletzenden Gegenstände, auf Auskunft oder auf Vorlage von Urkunden oder Besichtigung der Sache.

Zuständig für derartige Ansprüche sind die Zivilgerichte. Für die Anspruchsstellung ist zu beachten, dass es grundsätzlich keinen rückwirkenden Patentschutz gibt. Hinzu kommt, dass die 20-jährige Schutzfrist bereits mit der Anmeldung zu laufen beginnt.

Für den Zeitraum vor Erteilung stellt das Gesetz dem Anmelder als *vorläufigen Schutz* zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Diesem wird ab dem Tag, an dem das Patentamt auf die Einsichtsmöglichkeit in die Patentanmeldung hinweist, im Zweifel also nach etwas mehr als 18 Monaten, ein Entschädigungsanspruch gegen einen (unberechtigten) Benutzer der Erfindung gewährt.

Eine Alternative zum Patent kann das *Gebrauchsmuster* sein. Schutzgegenstand beim Gebrauchsmuster ist, wie beim Patent, eine *technische Erfindung*. Maßgebende Rechtsgrundlage ist das *Gebrauchsmustergesetz*. Die Schutzvoraussetzungen sind grundsätzlich mit denen des Patents identisch. Es wird allerdings nur für Gegenstände, nicht für Verfahren erteilt. Das Gebrauchsmuster ist ein sogenanntes ungeprüftes Schutzrecht, das heißt, das DPMA prüft nach der Anmeldung *nicht* die materiellen Schutzvoraussetzungen. Eine eingehende umfassende Prüfung findet erst dann statt, wenn ein Dritter die Löschung des Gebrauchsmusters beantragt. Daher ist es zwar wesentlich schneller und kostengünstiger zu erlangen als das Patent, wegen der fehlenden Sachprüfung ist jedoch die Schutzfunktion des Gebrauchsmusters oftmals schwächer als die des geprüften Patents; man bezeichnet das Gebrauchsmuster deshalb mitunter auch als das „kleine Patent“. Allerdings ist es grundsätzlich zu empfehlen, für eine Erfindung das Gebrauchsmuster zusammen mit dem Patent zu beantragen, da das erteilte Gebrauchsmuster regelmäßig einen effektiveren Schutz bietet als der Entschädigungsanspruch gegen Benutzer der Erfindung nach Veröffentlichung der Anmeldung des Patentes. Das Gebrauchsmuster

besteht zunächst für drei Jahre; die *Höchstdauer* des Schutzes ist auf *zehn Jahre* begrenzt. Der Wechsel von der Gebrauchsmusteranmeldung zur Patentanmeldung ist möglich, ebenso grundsätzlich umgekehrt. Eine europäische oder darüber hinaus weitere internationale Anmeldung gibt es beim Gebrauchsmuster nicht.

## „Patente haben eine Schutz- und eine Informationsfunktion“

Innerhalb des Innovationsmarketing kommen Patenten zwei grundlegende Funktionen zu. Dabei steht zunächst die Schutzfunktion von Patenten im Vordergrund. Dem Erfinder wird ein zeitlich begrenztes Recht der ausschließlichen Verwendbarkeit zugestanden. Durch dieses „Monopol auf Zeit“ soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, Investitionsausgaben zur Innovationsgenerierung zu amortisieren. Dies ist der eigentliche Anreiz erfinderischer Tätigkeit. Daneben haben Patentanmeldungen auch eine Informationswirkung, die nicht unterschätzt werden sollte. Vielfach sind die Datenbanken der Patentämter Basis von Patentanalysen durch Mitbewerber, die daraufhin über fremde Investitionsziele informiert, zu eigenen Substitutsleistungen inspiriert oder zu Gegenstrategien ermutigt werden.

Bereits vor einer Patentanmeldung, teilweise bereits sogar schon vor dem Beginn entsprechender Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, kann es für ein Unternehmen interessant sein, mit Hilfe von Datenbankrecherchen eine *strategische Patentanalyse* durchzuführen. Eine laufende Beobachtung der technischen Neuerungen und Veränderungen im Bereich von Schlüssel- und Zukunftstechnologien erlaubt dabei oftmals ein frühes Erkennen von Technologiesprüngen. Zurzeit gibt es weltweit mehr als 100 Datenbanken. Diese enthalten ausschließlich oder teilweise gewerbliche Schutzrech-

te und die damit im Zusammenhang stehenden Informationen, zum Beispiel Titel, Abstract, Hauptanspruch, sonstige Ansprüche, bibliographische Daten sowie Graphiken. Grundsätzlich können sie unterteilt werden in nationale oder internationale Patentdatenbanken, fachgebietsbezogene Patentdatenbanken sowie Spezialdatenbanken. Der Zugang erfolgt heute im Wesentlichen online. Eine Patentrecherche kann so etwa über die kostenlose Patentdatenbank DEPATISNET und das Patentregister DPINFO durchgeführt werden.

In Bezug auf Innovationen stehen einem Unternehmer grundsätzlich drei Verhaltensweisen offen: Er kann für die betreffende Innovation ein Patent anmelden, er kann sie freigeben, das heißt, er kann Nachahmungen gestatten, oder er kann schließlich die Innovation geheim halten.

Eine frühzeitige *Patentanmeldung* weist auf der einen Seite den oben schon angesprochenen möglichen Nachteil einer umfangreichen Informationsaußenwirkung für potenzielle Mitbewerber auf. Auf der anderen Seite wird durch eine frühzeitige Anmeldung das Risiko einer Doppelerfindung minimiert und schafft Rechtssicherheit, da durch sie ein Produkt 20 Jahre lang gegen Nachahmung geschützt wird. Innerhalb der 20-jährigen Patentschutzfrist sollte ein Unternehmen versuchen, eine starke Kundenbindung an die betreffenden Produkte zu erreichen, weil durch diese „Brand-Loyalty“, wie etwa auf dem Arzneimittelmarkt zu beobachten, eine nicht zu unterschätzende Marktbarriere für Konkurrenzentwicklungen errichtet werden kann. Im Rahmen einer Optimierung ihrer betrieblichen Steuerpolitik versuchen Unternehmen häufig, Gewinne in steuerlich günstigere Länder zu verlagern. Eine Voraussetzung dafür sind Tochtergesellschaften im Ausland; diesen können dann für Patentgebühren unterbewertete Transferpreise berechnet werden.

Die Anmeldegebühr beim DPMA beträgt derzeit, je nach Zahl der Patentansprüche, mindestens 40 Euro. Mit der Anmeldung ist allerdings noch keine Prüfung der Erfindung verbunden. Für diese Prüfung sind 350 Euro zu bezahlen. Ab dem dritten Jahr nach der Anmeldung werden zudem Jahresgebühren fällig, die bei 70 Euro beginnen und sich nach und nach bis zu einer Summe von 1940 Euro für das 20. Jahr steigern. Der Inhaber des Schutzrechts sollte sich daher Gedanken machen, ob sich das Schutzrecht für ihn noch wirtschaftlich lohnt. Zu den anmeldestrategischen Entscheidungen zählt auch die Frage nach der territorialen Ausdehnung des Patentschutzes. Zu beachten ist, dass bei einer Ablehnung einer Patentanmeldung durch das Europäische Patentamt eine nationale Anmeldung nicht mehr möglich ist; daher empfehlen Patentanwälte immer erst die Anmeldung beim DPMA.

Auch eine *Freigabe von Innovationen* kann eine mögliche Strategie darstellen. Selbst wenn ein Wettbewerber später Schutzrechte an der gleichen Erfindung erwirbt, so steht dem betreffenden Unternehmen zur Wahrung „seines wirtschaftlichen Besitzstandes“ ein Vor- oder Mitbenutzungsrecht zu. Das Risiko einer Patentierung durch einen Wettbewerber lässt sich durch entsprechende Publikationen über die betreffenden Innovationen verringern.

Eine *Geheimhaltung von Innovationen* wird in nur sehr seltenen Fällen als Alternative zur Anmeldung gewählt. Eine derartige Geheimhaltung eignet sich vor allem bei Verfahrensinnovationen und bei einer kurzen Nutzungsdauer einer Erfindung. Vorteile sind ein Schutz ohne zeitliche Verzögerung, geringere Kosten sowie keine Informationsaußenwirkung für Mitbewerber. Nachteile sind dagegen die Gefahren einer (möglichen) Patentanmeldung durch die Mitbewerber und der (möglichen) Weitergabe von Informationen bei Personalfluktuat.

# MARKETINGINSTRUMENTE

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass oftmals auch mit Patenten gehandelt wird; so werden Lizenzen zur Nutzung von Patenten, zum Beispiel für bestimmte Gebiete, erteilt oder es erfolgt auch ein gegenseitiger Austausch von Patenten, „cross licencing“.

Man spricht davon, dass heute zwischen den großen Unternehmen ein „technologischer Dschungelkampf“ mit Hilfe der eigenen Patentabteilungen, vor allem aber spezialisierter Patentanwälte betrieben wird. So kommt es nicht nur bei Bekanntgabe eines Patents zu Kontaktaufnahmen, beispielsweise hinsichtlich einer Lizenzerteilung, sondern es wird häufig ein schriftlicher Einspruch eingelegt. Dies ist innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung im Patentblatt möglich. Ein solcher wird zwar regelmäßig zurückgewiesen, führt jedoch zu einer Verzögerung des Verfahrens.

Schließlich besteht noch während der gesamten Patentdauer die Möglichkeit einer *Nichtigkeitsklage*. Diese wird häufig von finanzstärkeren Unternehmen genutzt, um kleinere „Newcomer“ einzuschüchtern. Die angesprochene Informationsaußenwirkung von Patenten kann zur Imitation anregen, einer Strategie, der im Wettbewerb, wie das Beispiel südostasiatischer Unternehmen zeigt, großer Erfolg beschieden sein kann.

## Design

Zu beachten ist, dass auch das Design eines Produkts rechtlich geschützt werden kann. Durch ein eingetragenes Design kann die Gestaltung einer Fläche, zum Beispiel eines Stoffes oder einer Tapete, oder die Gestaltung eines dreidimensionalen Gegenstandes geschützt werden, zum Beispiel eines Schmuckstückes oder einer Fahrzeugkarosserie. Hier spielen die Linien, Konturen, Farben, die Gestalt, die Oberflächenstruktur oder die Werkstoffe des Erzeugnisses eine Rolle. Das

Design muss zum Zeitpunkt der Anmeldung neu sein, das heißt, vor dem Anmeldetag darf kein identisches oder nur in unwesentlichen Merkmalen abweichendes Design veröffentlicht, ausgestellt oder sonst auf den Markt gebracht worden sein. Zudem muss es eine Eigenart aufweisen. Sein Gesamteindruck muss sich dafür von dem bereits bestehender Designs unterscheiden. Maßgebend ist der bei einem sogenannten informierten Benutzer hervorgerufene Gesamteindruck. Neuheit und Eigenart werden im Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) jedoch nicht geprüft, ebenso wenig das Bestehen von Rechten Dritter. Die Schutzvoraussetzungen werden erst im Nichtigkeitsverfahren vor dem DPMA oder in einem Verletzungsverfahren vor Gericht geprüft. Liegen die Voraussetzungen im Zeitpunkt der Anmeldung nicht vor, entsteht, trotz Eintragung, kein Schutzrecht, aus dem Rechte hergeleitet werden können.

## Marke

Einen immer wichtigeren Bereich im Rahmen der Leistungspolitik stellt, gerade auch im Mittelstand, das *Markenmanagement* dar. Aus Sicht eines Unternehmens eröffnet dabei eine Marke die Möglichkeit, sich von den Wettbewerbern zu differenzieren; zudem kann ein Unternehmen ein bestimmtes Qualitätssignal über eine Marke aussenden.

## „Marken gilt es zu schützen“

Diesem wichtigen Kapital des Unternehmens sollte entsprechender Schutz zuteilwerden. Einem derartigen Schutz dienen vor allem das deutsche Markengesetz (MarkenG) sowie die europäischen und internationalen Regelungen zum Markenschutz. Diese Schutzrechte dürfen wir Ihnen daher im nächsten Abschnitt näherbringen.

**Marken** sind nach dem Markengesetz alle (nur denkbaren) Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, zum Beispiel der Tagesschau Jingle, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware, zum Beispiel die Form der Toblerone Schokolade, oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen, zum Beispiel das Blau/Weiß des Mineralölkonzerns ARAL, das magenta/grau der Deutschen Telekom oder das „Milka-Lila“, sowie Werbeslogans, zum Beispiel „Du darfst“ für Halbfettmagarine, „Bitte ein Bit“ für eine Biersorte, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Die häufigsten Markenformen sind dabei Wort- und Bildmarken oder die Wort-Bild-Marke als Verbindung von Wörtern mit Abbildungen. Wortmarken sind etwa Persil, Nivea oder Golf. Beispiele für, als Bildmarken geschützte Logos sind zum Beispiel der „Stern“ von Mercedes Benz oder das Logo der Deutschen Bank. Häufig werden diese auch miteinander verbunden, zum Beispiel bei McDonalds, T-Online, AOL oder WELLA. Sie werden nur geschützt, wenn der Produktbezug gegeben ist. Das schließt nicht aus, dass die Kennzeichnung gleichzeitig für das gesamte Unternehmen stehen kann.

Das MarkenG schützt darüber hinaus auch „*geschäftliche Bezeichnungen*“. Dieser Begriff beinhaltet die Unternehmenskennzeichen und Werktitel. **Unternehmenskennzeichen** kennzeichnen, im Gegensatz zur Firma, nicht den Unternehmensträger, sondern ein bestimmtes Unternehmen oder ausnahmsweise einen abgrenzbaren Teil eines Unternehmens. Sie werden auch Unternehmenskennzeichen, Handelsname oder, im Falle eines Unternehmensteils, Geschäftsabzeichen oder Etablissementbezeichnung genannt; besondere Geschäftsbe-

zeichnungen mit begrenztem territorialen Schutzbereich sind zum Beispiel „Parkhotel“ oder „Löwenapotheke“. Unternehmenskennzeichen dienen der Individualisierung eines Unternehmens und damit der Unterscheidung von anderen Unternehmen. Mitunter kann es zu Überschneidungen kommen, wenn ein Kennzeichen zum einen als Hinweis auf ein bestimmtes Produkt, zum anderen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen eingesetzt wird.

**Werktitel** sind nach dem MarkenG die Namen oder besonderen Bezeichnungen von Druckschriften, zum Beispiel „Focus“, Filmwerken, zum Beispiel „Fuck you Goethe“, Bühnenwerken, zum Beispiel „Cats“ oder sonstigen vergleichbaren Werken, zum Beispiel Computerprogrammen, wie Power-Point.

Im MarkenG sind auch Regelungen enthalten, die den Schutz geographischer Herkunftsangaben, das heißt Namen von Orten, Gegenden oder Ländern vorsehen. Ein Unterschied zu den Marken besteht im Wesentlichen darin, dass es hier um Angaben über die *geographische Herkunft* von Waren oder Dienstleistungen geht und nicht um deren betriebliche Herkunft.

### „Für Bezeichnungen, die zu Gattungsbezeichnungen geworden sind, besteht kein Schutz“

Kein Schutz besteht dagegen mehr für solche Bezeichnungen, die zu *Gattungsbezeichnungen* geworden sind. Die angesprochenen Verkehrskreise verbinden damit nicht die Erwartung einer betrieblichen Herkunft, sondern bestimmte Eigenschaften oder Merkmale von Waren oder Dienstleistungen.

# MARKETINGINSTRUMENTE

Im Hinblick auf die *Entstehung von Markenschutz* lassen sich drei Kategorien von Marken unterscheiden:

- Marken durch Eintragung,
- Marken durch Benutzung mit Verkehrsgeltung und
- Marken durch notorische Bekanntheit.

Markenschutz wird regelmäßig durch Anmeldung und *Eintragung* in das beim DPMA geführte *Markenregister* erlangt. Mit der Einreichung des Anmeldeformulars, das die im MarkenG genannten Angaben enthalten muss, vor allem die Identität des Anmelders, die Wiedergabe der einzutragenden Marke sowie die Klassen, für die Markenschutz begehrt wird, wird das Prüfungsverfahren in Gang gesetzt.

Zu den materiellen Voraussetzungen zählen dabei

- das Vorliegen allgemeiner Merkmale,
- das Fehlen von „absoluten“ Eintragungshindernissen und
- dass kein Plagiat einer notorisch bekannten Marke vorliegt.

Schwerpunktmäßig geht es im Rahmen der Prüfung um die *absoluten Eintragungshindernisse*. Hierzu zählen nach dem MarkenG die Zeichen, für die Freihaltebedürfnis besteht (mit Ausnahme für den Fall der „Verkehrsdurchsetzung“). Hierzu zählen Zeichen mit täuschendem Charakter, etwa irreführende Beschaffenheitsangaben, zum Beispiel Bienenbild für Sirup, Staatswappen, amtliche Prüf- oder Gewährzeichen sowie eine Identität oder Ähnlichkeit des angemeldeten Zeichens mit einer im Inland im Sinne des PVÜ notorisch bekannten Marke, wie zum Beispiel bei Coca Cola oder Mercedes. Ein absolutes Schutzhindernis ist weiterhin die fehlende (konkrete) Unterscheidungskraft, wenn das angemeldete Zeichen ausschließlich aus Begriffen besteht, die dem

allgemeinen Sprachgebrauch entnommen wurden oder ausschließlich zur Beschreibung der betreffenden Waren in der jeweiligen Branche üblich sind. So wurde die Bezeichnung „today“ für Haushaltswäsche, Zahnputzbecher und so weiter als Marke abgelehnt, weil sie in der Werbesprache als Hinweis auf Aktualität der Ware verstanden werden kann und nicht als betrieblichen Herkunftshinweis. Auch den Bezeichnungen „Urlaub direkt“ (für Dienstreisen), „Cityservice“ (für Dienstleistungen allgemein), „Power Energy“ (für Zuckerwaren, insbesondere Traubenzucker), „Jogging“ für Bekleidung oder auch „Antiaging“ für Kosmetika fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft, weil sie die Waren entweder beschreiben oder jedenfalls einen so starken Sachbezug aufweisen, dass die Eigenschaft als individuelles Herkunftszeichen zu verneinen ist. Würde man ein ausschließlich beschreibendes Wort im Rechtsverkehr als geschützte Marken anerkennen, so hätte dies für andere Unternehmen eine unzumutbare Behinderung zur Folge, weil sie diese Worte in ihrer Werbung benötigen, zum Beispiel „hautactiv“ für Hautcreme. Zulässig und in der Praxis beliebt ist die Abwandlung beschreibender Angaben, zum Beispiel bei Arzneimitteln („Omeprazol“ in Anlehnung an die Wirkstoffbezeichnung „Omeprazol“); phantasievoller gewählt ist zum Beispiel die Bezeichnung „Vileda“ für Reinigungstücher aus Kunststoff, die aber „wie Leder“ sind.

Kommt die Markenstelle zu dem Ergebnis, dass das angemeldete Zeichen nicht markenfähig ist oder dass der Anmeldung ein absolutes Schutzhindernis entgegensteht, so gibt sie dem Anmeldenden in Form eines Beanstandungsbescheides Gelegenheit zur Stellungnahme. Können die Bedenken nicht ausgeräumt werden, ergeht grundsätzlich ein Zurückweisungsbeschluss.

Im Anmeldeverfahren wird das Bestehen *relativer Schutzhindernisse*, das heißt eine Identität oder Ähnlichkeit mit prioritätsälteren Marken, nicht geprüft.

Der Anmelder der Marke ist alleine dafür verantwortlich, dass er ältere Markenrechte nicht verletzt, was er durch Rückgriff auf professionelle Recherchen in den Markenregistern verhindern kann. Auch der Inhaber einer „älteren“ Marke sollte die Markenregister kontinuierlich auf Neueintragungen hin überwachen, um frühzeitig gegen die Eintragung identischer und verwechslungsfähiger Marken vorgehen zu können.

Ein Markenschutz entsteht nicht nur durch Eintragung, sondern auch durch *Benutzung* eines „Zeichens“ im geschäftlichen Verkehr, soweit es innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke „*Verkehrsgeltung*“, das heißt einen bestimmten Bekanntheitsgrad, erreicht hat. Die Rechtsprechung sieht als Durchsetzung den Bekanntheitsgrad bei einem beachtlichen, nicht unerheblichen Teil der potenziellen Abnehmer an. Je nach Einzelfall fordert sie einen Bekanntheitsgrad von 20 - 60 Prozent.

Markenschutz entsteht schließlich nach dem MarkenG durch die in der Pariser Verbandsübereinkommen normierte *notorische Bekanntheit* einer Marke. Notorietät ist Allbekanntheit der Marke im Verkehr, wie sie zum Beispiel den Weltmarken Coca Cola oder Mercedes zukommt.

Im Falle der Markenverletzung stehen dem Markeninhaber gegenüber demjenigen, der unbefugt eine Marke (oder eine geschäftliche Bezeichnung) verwendet, etwa bei Verwechslungsgefahr wegen Zeichenähnlichkeit, zum Beispiel bei Verwendung des Wortes „Battex“ für einen Klebestift gegenüber dem verletzten Zeichen „Pattex“, ein verschuldensunabhängiger *Unterlassungsanspruch* zu.

Bei Verschulden des Verletzers, das heißt bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit, steht dem Rechtsinhaber zusätzlich ein Schadensersatzanspruch zu. Ferner kann der Ver-

letzte die *Vernichtung* (und Rückruf) der widerrechtlich gekennzeichneten Gegenstände verlangen.

Die Schutzdauer ist, im Gegensatz zum Patent, zeitlich nicht begrenzt. Diese ist zwar zunächst zehn Jahre, kann aber zeitlich unbegrenzt verlängert werden.

Ein Markeninhaber hat ebenfalls das Recht, einem Dritten im Wege der Erteilung einer *Lizenz* Nutzungsrechte bezüglich der Marke einzuräumen.

## „Für Marken gilt der Grundsatz der Territorialität“

Für Marken gilt, wie für alle anderen gewerblichen Schutzrechte auch, der *Grundsatz der Territorialität*. Aufgrund deutschen Rechts genießen Kennzeichen nur in Deutschland Schutz.

Zum Schutz der Markenrechte, wie auch anderer gewerblicher Schutzrechte, wurde das Konzept eines *Schutzrechtsmanagements* entwickelt, in dem nach einer präventiven, defensiven und offensiven Schutzrechtspolitik differenziert wird. Inhalt einer *präventiven Schutzrechtspolitik* sind dabei Entscheidungen, die den Erwerb und den Gebrauch des Markenrechts ermöglichen. Ziel ist die Antizipation von Beeinträchtigungen kommender Marketingaktivitäten, die entstehen können, wenn der Erwerb des eigenen Markenrechts beziehungsweise der Nutzungserlaubnis an fremden Markenrechten zu spät oder gar nicht erfolgt. Daraus ergeben sich für eine präventive *Schutzrechtspolitik* folgende spezielle Aufgaben:

- Beobachtung der relevanten Rechtsgrundlagen, also des Markenrechts in Deutschland und in der Europäischen Union,

# MARKETINGINSTRUMENTE

- interne Kommunikation zur frühzeitigen Feststellung von schutzwerten Ideen,
- Prüfung der im Einzelfall geforderten Voraussetzungen zur Erlangung des Schutzes der Marke,
- Anmeldung des gewünschten Markenrechts und schließlich
- Überwachung der Laufzeiten der bestehenden Markenrechte.

Eine *defensive Schutzrechtspolitik* beschäftigt sich dagegen mit den Angriffen Dritter auf entstandene oder in Entstehung befindliche Markenrechte. Formen solcher rechtlichen Angriffe sind:

- Widersprüche gegen Markenmeldungen und
- Löschanträge gegen bestehende Marken.

Für das betreffende Unternehmen stellt sich nun die Frage, ob es gegen diese Angriffe auf das eigene Markenrecht informell (durch Verhandlungen) oder formell (durch gerichtliche beziehungsweise amtliche Verfahren) reagieren soll. Das informelle Vorgehen ermöglicht eher die Lenkung der Konflikte und damit ein, an die rechtlichen und ökonomischen Risiken des Falles speziell angepasstes Verhalten. Durch einen möglichen Teilverzicht kann so ein möglicher Totalverlust des umstrittenen Markenrechtes verhindert werden.

Rechtliche Ansatzpunkte für eine *offensive Schutzrechtspolitik* liegen in den eigenen Markenrechten und den damit erworbenen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen gegenüber Dritten sowie in den gesetzlich geregelten weiteren Möglichkeiten, gegen Markenrechte Dritter aktiv zu werden. Danach bilden folgende drohende oder tatsächliche Handlungen Dritter Ansatzpunkte für eine offensive Schutzrechtspolitik:

- Die widerrechtliche Markierung von Waren oder deren Verpackung mit geschützten Zeichen,
- die Verwendung von geschützten Zeichen auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Rechnungen oder dergleichen sowie
- das Inverkehrsetzen oder der Verkauf widerrechtlich gekennzeichneten Waren.

Aus der Tatsache, dass alle Maßnahmen in der Schutzrechtspolitik selbst durchzuführen beziehungsweise in Gang zu bringen sind, ergeben sich nach *Ahlert/Schröder* für den offensiven Schutz von Markenrechten folgende Aufgaben:

- Genaue Beobachtung der relevanten Märkte zur Aufdeckung eventueller Verletzungen eigener Schutzrechte,
- Beobachtung des Markenregisters,
- Sammlung und Sicherung von Beweismitteln, wie Plagiaten und unbefugt gekennzeichneten Waren,
- Feststellung der Erfolgsaussichten Dritter bei deren Angriff auf eigene Markenrechte sowie schließlich
- Vorbereitung und Begleitung von Widerspruchsverfahren gegen die Zulassung fremder Markenrechte.

Das Markenrecht hat sich vor allem mit der Entwicklung und der steigenden Bedeutung des Markenartikels im modernen Marketing und der Internationalisierung des Handels zu einem komplexen und umfassenden Rechtsgebiet entwickelt. Neben deutschen, sind dabei auch europäische und internationale Bestimmungen zu berücksichtigen. Entscheidungen mit markenrechtlichen Parametern sind heute weder „nebenbei“ von Marketing-Experten zu treffen, noch von einem Wirtschaftsjuristen allein, dem in den meisten Fällen das Marketingwissen fehlt. Eine erfolgversprechende Imple-

mentierung fundierter Markenartikelkonzepte sowie der Schutz der Marke setzen also eine konstruktive Zusammenarbeit von Marketing- und Rechtsexperten eines Unternehmens voraus.

## Qualität

Lange Jahre wurde *Qualität* eher technisch-orientiert und vornehmlich statisch interpretiert. Die traditionellen „Qualitätsoffensiven“ bezogen sich im Allgemeinen auf die technisch-funktionalen Eigenschaften eines Produktes. Eine gute Qualität drückte sich in diesem Zusammenhang vor allem in einer einwandfreien Funktionsfähigkeit aus. Die Sicherung einer derartigen Qualität war Aufgabe der betreffenden Techniker und Ingenieure in der Produktion, aber auch in der Produktentwicklung und im Kundendienst. Instrumente waren Eingangs-, Fertigungs- und Endkontrollen. Erst die gravierenden Veränderungen in den globalen Marktbedingungen haben seit Beginn der 80er Jahre in Wissenschaft und Praxis zu einer verstärkten Auseinandersetzung mit dem Qualitätsbegriff und der *Bedeutung der Qualität* für den Unternehmenserfolg geführt. Die zunehmende Bedeutung der Qualität von Produkten und Dienstleistungen als strategischer Erfolgsfaktor führte dazu, dass heute in vielen Unternehmen im In- und Ausland die Erbringung von Qualität nicht mehr nur als funktionale Teilverantwortung, sondern als zentrale Managementaufgabe verstanden wird.

Häufig schränken mangelhafte Produkte nicht nur den Gebrauch ein; vielmehr können durch sie auch weiterer Schaden verursacht werden. Dies wird meistens dann bei demjenigen der Fall sein, der diese verwendet, also beim Endabnehmer. Angenommen, Sie kaufen bei einem Händler neue Reifen für einen Geschäftswagen. Bei der (ersten) Fahrt mit hoher Geschwindigkeit platzt ein Reifen infolge eines Materialfehlers. Hier stehen

nicht die Gewährleistungsansprüche, sondern vielmehr Schadensersatzansprüche im Vordergrund. Der Endabnehmer muss im Übrigen nicht zwangsläufig der sogenannte Verbraucher sein. Als potenzielle Anspruchsteller können auch andere Unternehmen in Betracht kommen, wenn diese etwa eine Maschine für ihre Produktion gekauft haben und dann aufgrund der Gefährlichkeit dieser Maschine weitergehende Schäden entstehen.

## *„Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Produkthaftungsgesetz regeln die Folgen von Qualitätsmängeln im betrieblichen Leistungsangebot“*

Das rechtliche Problem besteht nun vor allem darin, dass der Geschädigte gegen den Händler, als seinen Vertragspartner, lediglich (*Gewährleistungs-*)*Rechte* auf Nacherfüllung und, falls diese nicht zum Erfolg führen, Rückgängigmachung des Kaufvertrages oder Kaufpreisminderung geltend machen kann. Diese Ansprüche nutzen diesem allerdings nicht viel, da sie nur den eigentlichen Kaufgegenstand betreffen, nicht aber einen Ersatz weitergehender Folgeschäden begründen. Eine Schadensersatzpflicht des Händlers für Folgeschäden besteht nur dann, wenn er eine spezielle Garantie gegeben oder vertragliche Pflichten schuldhaft verletzt hat, zum Beispiel also wenn der betreffende Händler Reifen nicht fachgemäß montiert hätte. Beides wird in der Praxis *nicht* der Fall sein.

Es verbleibt damit nur der Weg, den jeweiligen Hersteller in Anspruch zu nehmen. Das Problem besteht nun darin, dass zwischen dem geschädigten Endabnehmer und dem Hersteller keine vertraglichen Beziehungen bestehen, aus denen dieser Rechte herleiten könnte. Ga-

# MARKETINGINSTRUMENTE

rantieverträge, die hier eine Rolle spielen könnten, beschränken sich in der Regel nur auf Nachbesserungen. Werbeaussagen des Herstellers finden in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung. Regressmöglichkeiten nach dem BGB stellen keine Haftungsgrundlage für einen geschädigten Käufer beziehungsweise Konsumenten dar. Sie führen allerdings zu einer (vertraglichen) Haftungsverschärfung des Herstellers gegenüber dem Händler. Verkauft der Letztverkäufer, in der Regel der (Einzel)Händler, an einen Verbraucher, handelt es sich um einen *Verbrauchsgüterkauf* gemäß BGB.

Die Vorschrift des BGB soll sicherstellen, dass der Letztverkäufer die Möglichkeit eines Rückgriffs gegen seinen Vertragspartner, das heißt den Vorlieferanten beziehungsweise den Hersteller für den Fall hat, dass er von dem Verbraucher erfolgreich auf Gewährleistung in Anspruch genommen worden ist. Dieser erscheint schutzwürdig, weil der Mangel im Allgemeinen nicht aus seiner „Sphäre“ stammt und weil er im Verhältnis zum Lieferanten oder Hersteller typischerweise als die schwächere Vertragspartei gilt. Das BGB ermöglicht allerdings keinen Rückgriff des geschädigten Verbrauchers bzw. Endabnehmers auf den Hersteller, sondern nur auf den unmittelbaren Vertragspartner; dieser kann sich dann seinerseits wieder an seinen Vertragspartner wenden. Verwirklicht wird der Schutz des Letztverkäufers dadurch, dass ihm im Verhältnis zu seinem Lieferanten die gleichen Rechte wie einem Verbraucher gegenüber einem Unternehmer zustehen. Als Rechtsgrundlage für den Ersatz von Folgeschäden bleiben damit nur deliktsrechtliche Ansprüche, wobei hier die Rechtsprechung schon frühzeitig eingegriffen und durch (methodisch zulässige) Gesetzesanwendung die Position des Geschädigten erheblich verbessert hat.

Mangels vertraglicher oder vertragsähnlicher Ansprüche bleibt dem geschädigten Verbraucher lediglich der

Weg über das *Deliktsrecht* (unerlaubte Handlung). Zentrale Vorschrift ist hier der § 823 BGB; es handelt sich also um eine außervertragliche Schadenshaftung. Diese Vorschrift kann dabei als Grundlage für das heutige Produkthaftungsrecht bezeichnet werden: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“. Für eine erfolgreiche Durchsetzung des Anspruches aus § 823 BGB ist es erforderlich, dass der Geschädigte nachweist, dass sein Schaden durch eine *Sorgfaltspflichtverletzung des Schädigers* verursacht worden ist und dass den Schädiger dabei ein *Verschulden* trifft. Dies entspricht dem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass jede Partei grundsätzlich für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnormen die Beweislast trägt. Ein geschädigter Endverbraucher hat nun in der Regel jedoch *keinen* Einblick in die internen Abläufe eines Unternehmens, so dass es für ihn erfahrungsgemäß außerordentlich schwierig beziehungsweise sogar unmöglich sein wird, die Ursache des schadenstiftenden Mangels ausfindig machen und benennen zu können.

Diese Problematik hat dazu geführt, dass der Bundesgerichtshof in einem Urteil zu dem berühmt gewordenen „Hühnerpest“-Fall bereits im Jahre 1968 die Beweislastpflicht hinsichtlich des Verschuldens umgekehrt hat. Ein Tierarzt hatte auf einer Hühnerfarm die Tiere gegen Hühnerpest geimpft, die jedoch kurz darauf an dieser Krankheit verendeten. Der Tierarzt haftete mangels Verschuldens nicht, da er die eigentliche Impfung ordnungsgemäß durchgeführt hatte. Der Impfstoff war verunreinigt gewesen. Die Inhaberin der Farm wandte sich daraufhin an den Hersteller des Impfstoffes und verklagte diesen schließlich, als dieser sich weigerte, Schadensersatz zu leisten. Obwohl sie auch diesem kein

schuldhaftes Verhalten nachweisen konnte, wurde der Hersteller doch vom Bundesgerichtshof, der die Beweislast mit der Begründung „umdrehte“, er sei „näher am Produktionsgeschehen“, zum Schadensersatz verurteilt. Werden danach bei einer bestimmungsgemäßen Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, dass das Produkt fehlerhaft hergestellt war, so muss der Hersteller beweisen, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft. Nicht der geschädigte Kunde muss also mehr nachweisen, dass der Produzent den Fehler schuldhaft verursacht hat; vielmehr muss sich der Produzent entlasten. Der Kunde muss lediglich den Nachweis führen, dass es zu einer Schädigung gekommen ist und dass diese durch die Verwendung des fehlerhaften Produktes eingetreten ist (*Beweislastumkehr*). Der Hersteller hat demnach zu seiner Entlastung im Einzelnen darzulegen, dass er unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die ihm in Bezug auf die Herstellung des Produktes obliegenden, nachfolgend zu behandelnden Verkehrssicherungspflichten erfüllt hat. Als Hersteller gilt dabei derjenige, der das schadensstiftende Endprodukt hergestellt hat. Dieses bleibt er auch dann, wenn er (ausschließlich) nur zugelieferte Teile verwendet („Assembler“).

## „Im Sinne der Produkthaftung nach dem BGB ist auch der Zulieferer ein Hersteller“

Auch der Zulieferer ist Hersteller im Sinne der Produkthaftung nach dem BGB, jedenfalls für das von ihm hergestellte Zulieferteil, wenn dessen Fehlerhaftigkeit in Verbindung mit dem Endprodukt Ursache des entstandenen Schadens wird. Grundgedanke der Produkthaftung aus unerlaubter Handlung ist, dass denjenigen, der Produkte herstellt und in die Öffentlichkeit bringt, eine

„allgemeine Verkehrssicherungspflicht“ dafür trifft, dass nur ordnungsgemäß hergestellte, fehlerfreie Produkte auf den Markt gelangen. Ein Hersteller hat die Pflicht, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, damit Dritte durch diese Produkte keine Rechts- beziehungsweise Rechtsgutverletzungen erleiden. Es wird dabei auf die Nichtbeachtung bestimmter Pflichten abgestellt. Der Tatbestand des BGB entsteht hier also durch ein „Unterlassen“.

Die Rechtsprechung hat *spezifische Verkehrssicherungspflichten des Herstellers* entwickelt und unterscheidet im Rahmen der Gefahrenabwehr nach Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Produktbeobachtungsfehlern.

Ein *Konstruktionsfehler* liegt dann vor, wenn das Produkt nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen eines durchschnittlichen Benutzers entspricht. So mag der Benutzer aufgrund der Bauweise oder der verwendeten Materialien Gefahren ausgesetzt sein, die bei pflichtgemäßem Verhalten vermeidbar wären. Der Hersteller ist grundsätzlich auch zur Qualitätskontrolle der Produkte von Vorlieferanten verpflichtet. Diese Fehler betreffen typischerweise nicht nur einzelne Stücke, sondern die ganze Serie, zum Beispiel ein Kraftfahrzeug mit fehlerhafter Bremsanlage, eine Motorsäge ohne ausreichende Schutzvorrichtung, fehlerhafte Expandergriffe oder scharfkantiges beziehungsweise giftiges Kinderspielzeug. Liegt ein Konstruktionsfehler vor, so werden die objektive Pflichtwidrigkeit und das Verschulden des Herstellers vermutet. Ist ein Produkt zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nach dem „Stand der Technik“ konstruiert, jedoch aufgrund neuerer wissenschaftlicher oder technischer Erkenntnisse im Laufe der Zeit veraltet, dann entfällt mangels Verschulden eine Haftung. Für derartige *Entwicklungsfehler*, die nicht voraussehbar waren, wird nicht gehaftet. So zählten beispielsweise

# MARKETINGINSTRUMENTE

Sicherheitsgurte jahrzehntelang nicht zur sicherheitstechnischen Standardausrüstung eines Kraftfahrzeuges. Die zu dieser Zeit in Verkehr gebrachten Kraftfahrzeuge waren in dieser Beziehung „fehlerfrei“, denn sie entsprachen den allgemeinen Sicherheitserwartungen jener Zeit. Abgemildert wird dieser Grundsatz durch die später zu behandelnde Produktbeobachtungspflicht. Zu beachten ist, dass in diesen Fällen auch eine Haftung nach dem, ebenfalls im Folgenden zu behandelnden Produkthaftungsgesetz (PHG) nicht in Betracht kommt. In bestimmten Bereichen haftet ein Hersteller aber auch für Entwicklungsrisiken. Der Gesetzgeber hat, ausgelöst durch den Contergan-Fall, durch die Verabschiedung des *Arzneimittelgesetzes* (AMG) die Arzneimittelhersteller in die Pflicht genommen, auch für derartige „Entwicklungsrisiken“ einzustehen. So waren zum Beispiel in den 60er Jahren die ersten kindlichen Missbildungen als Folge der Einnahme des Beruhigungsmittels „Contergan“ in den ersten Monaten der Schwangerschaft auf Entwicklungsfehler zurückzuführen. Die üblichen Tierversuche hatten zunächst keinen Hinweis auf die Möglichkeit von Missbildungen ergeben. Erst als im zeitlichen Zusammenhang mit dem Inverkehrbringen des Beruhigungsmittels schlagartig eine größere Anzahl missgebildeter Kinder geboren wurde, kam der Verdacht eines ursächlichen Zusammenhangs auf, der dann durch weitere Forschungen bestätigt werden konnte. Das AMG legt eine Gefährdungshaftung des pharmazeutischen Unternehmens für den Fall fest, dass infolge der Anwendung eines Arzneimittels Schäden an Leben, Körper oder Gesundheit entstehen. Anknüpfungspunkt der verschuldensabhängigen Haftung ist das Inverkehrbringen des Arzneimittels durch einen pharmazeutischen Unternehmer. Die Haftung nach dem AMG wurde in der Zwischenzeit zu Lasten der Hersteller von Arzneimitteln weiter verschärft.

Im Bereich Fabrikation und Kontrolle ist der gesamte Betriebsablauf vom Rohstoffeingang bis hin zur Warenausgangskontrolle so zu organisieren, dass Fehler nach menschlichem Ermessen vermieden werden. Ein *Fabrikationsfehler* ist dabei gekennzeichnet, dass es bei der Herstellung einzelner Stücke zu einer Abweichung von der, bei der Konzeption des Produkts zugrunde gelegten Beschaffenheit kommt, die im Rahmen einer Qualitätskontrolle hätte entdeckt werden müssen, zum Beispiel eine falsche Montage einer Lenkvorrichtung bei einem Motorroller, einer Materialschwäche einer Fahrradgabel oder ein klemmender Gaszug im Auto. Für Fabrikationsfehler haftet der Produzent dann nicht, wenn er nachweisen kann, was allerdings in der Praxis praktisch nicht vorkommt, dass er alle erforderlichen Sicherungsmaßnahmen getroffen hat und dennoch infolge eines einmaligen Fehlverhaltens eines Arbeitnehmers beziehungsweise einer einmaligen Fehlleistung einer Maschine, einzelne Stücke (*Ausreißer*) in den Verkehr gebracht worden sind. Mangels Pflichtverletzung und Verschulden entfällt hier die deliktische Haftung des Herstellers.

Besonders große Bedeutung hat in der jüngeren Vergangenheit die Haftung für Fehler bei der Instruktion der Produktbenutzer erlangt (*Instruktionsfehler*). Die Rechtsprechung ist hier sehr streng. Danach hat der Hersteller die Benutzer nicht nur auf die, mit dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Produkts verbundenen Risiken hinzuweisen; eine Instruktionspflicht bezieht sich auch auf solche Gefahren, die sich aus dem naheliegenden, aber nicht vorsätzlichen Fehlgebrauch oder dem allzu sorglosen Umgang mit dem Produkt ergeben. So ist etwa der Hersteller eines Reinigungsmittels dagegen nicht verpflichtet, auf Gesundheitsschädigungen im Falle eines vorsätzlichen Fehlgebrauchs zu warnen, zum Beispiel wenn seine Dämpfe eingeatmet werden, um sich zu berauschen. Die Reichweite der Instruktionspflichten richtet sich nach dem Maß der drohenden Gefahren und

dem Gewicht der gefährdeten Rechtsgüter, das heißt, je schwerwiegender die Folgen für den Benutzer sein können, desto höher sind die Anforderungen an die Instruktionspflicht des Herstellers. Zu berücksichtigen ist zudem, ob das Produkt allein für den gewerblichen Gebrauch bestimmt ist oder auch von Verbrauchern verwendet werden soll; steht fest, dass Produkte nur von Fachpersonal benutzt werden, so sind die Warn- und Instruktionspflichten entsprechend herabgesetzt. Als Maßstab hat der BGH in der Vergangenheit die risikolose Benutzung durch einen „durchschnittlichen“ Verbraucher beziehungsweise Kunden angenommen. Danach ist etwa ein Hinweis erforderlich hinsichtlich der Feuergefährlichkeit eines Klebemittels oder bezüglich der Unverträglichkeit gleichzeitiger Anwendung zweier Pflanzenschutzmittel. Nach der Rechtsprechung hat auch etwa ein Hersteller von Babyflaschen und gesüßtem Kindertee deutlich auf die Gefahr von Kariesbildung durch „Dauernuckeln“ hinzuweisen, wenn er erkennen kann, dass seine Produkte als Einschlafhilfe verwendet werden (Milupa-Kindertee-Entscheidung“). In den USA ist ein Fall berühmt geworden, in dem jemand Schadensersatz von einem Mikrowellenhersteller zugesprochen worden war, der seine Katze zum Trocknen in diesen Herd gesetzt hatte. Der Hersteller hätte, so das Gericht, vor diesem „Fehlgebrauch“ warnen müssen. Obwohl die amerikanische Produkthaftung weitaus schärfer ist als in Deutschland, so stellt allerdings selbst für dortige Verhältnisse dieses Beispiel einen Extremfall dar.

Nach dem Inverkehrbringen hat der Hersteller seine Produkte zu beobachten, um festzustellen, ob sich Anhaltspunkte für bis dahin nicht bedachte Produktgefahren ergeben, die eine Warnung oder sogar einen Rückruf erforderlich machen. Versäumt er dies, so spricht man von einem *Produktbeobachtungsfehler*. Diese Produktbeobachtungspflicht ist insbesondere bei Entwicklungsfehlern bedeutsam. Die Anforderungen an den Herstel-

ler sind dabei unter anderem davon abhängig, wie lange sich ein Produkt schon auf dem Markt befindet. Handelt es sich um ein lang auf dem Markt befindliches und bewährtes Produkt, dann sind die Anforderungen an die Beobachtungspflicht geringer als an Neuproduktentwicklungen. Ein Hersteller hat sowohl in seinem Betrieb die Möglichkeit zu schaffen, auf bekannt gewordene Fehler reagieren zu können („passive Beobachtung“), als auch systematisch Informationen über seine Produkte zusammenzutragen und auszuwerten („aktive Beobachtung“). Die Produktbeobachtungspflicht erstreckt sich auch auf ergänzendes Zubehör, selbst dann, wenn es von anderen Herstellern stammt. So ist der Fall eines Motorradfahrers bekannt geworden, der ein, nicht vom Hersteller gefertigtes Zubehörteil, eine Lenkradverkleidung, nachträglich an seiner Maschine angebracht hat. Die dadurch hervorgerufene extreme Instabilität führte zu einem Unfall mit schwerwiegenden Folgen. Da sich dieses Zubehörteil schon lange in größerem Umfang auf dem Markt befand und dem Motorradhersteller bekannt war, dass es vermehrt Unfälle seiner Motorräder mit diesen Lenkradverkleidungen gegeben hatte, wäre er verpflichtet gewesen, diese Zubehörteile und deren Einfluss auf das Fahrverhalten seiner Motorräder zu kontrollieren und die Kunden entsprechend zu warnen. Ergibt eine derartige Produktbeobachtung Hinweise auf mögliche Gefahren, so muss der Hersteller, um mögliche Schadensersatzpflichten zu begrenzen, entsprechend aktiv werden. Welche Maßnahmen konkret zu treffen sind, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Sie können von zusätzlichen Warnhinweisen bis hin zu Rückrufaktionen reichen. Die Anforderungen an den Hersteller, die sich aus der deliktischen Haftung ergeben, sind heute so hoch, dass eigentlich nur noch der Einwand möglich ist, dass ein Konstruktionsfehler, ein Entwicklungsfehler oder ein Fabrikationsfehler vorliegen, um einer Haftungsverpflichtung zu entgehen; bei einem Fabrikationsfehler muss allerdings der Nachweis erfolgen, dass

# MARKETINGINSTRUMENTE

es sich um einen „Ausreißer“ handelt, der trotz aller Sicherheitsvorkehrungen unvermeidbar war. Aus der ursprünglichen „Verschuldenshaftung“ ist quasi eine „Gefährdungshaftung“ geworden.

Abschließend sei noch hervorzuheben, dass sich aus der Produkthaftung auch *strafrechtliche Folgen* ergeben können. So wurden die Geschäftsführer eines bekannten Lederspray-Herstellers wegen Körperverletzung zu Haft- und Geldstrafen verurteilt, weil sie ein Erzeugnis ihres Unternehmens, von dem sie wussten, dass lebensbedrohende Gefahren für den Verwender bestehen, nicht aus dem Verkehr gezogen haben.

Die Produzentenhaftung stellt für den haftenden Unternehmer einen nicht unerheblichen Kostenfaktor dar. Nationale Unterschiede können daher den Wettbewerb verfälschen. Aus diesem Grund wurde auf europäischer Ebene 1985 eine EG-Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte erlassen. Durch ein sogenanntes Transformationsgesetz, dem *Produkthaftungsgesetz* (PHG), 1990 in Kraft getreten, setzte Deutschland diese EG-Richtlinie in nationales Recht um. Dieses Gesetz trat neben die bisherigen rechtlichen Vorschriften und bis dahin entwickelten Grundsätze zur Produkthaftung. Es modifiziert und ergänzt diese in Bezug auf den Verbraucherschutz. Voraussetzung für eine Haftung dabei ist, dass eine Rechtsgutverletzung vorliegt. Geschützt werden Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum. Erforderlich ist weiterhin, dass die Sache ihrer Art nach für den gewöhnlichen privaten Ge- oder Verbrauch gewesen ist.

Die im gewerblichen Bereich entstandenen Produktionsschäden werden vom PHG nicht erfasst. Im Hühnerpest-Fall wäre der Ersatzanspruch daher an der Gewerbsmäßigkeit der Hühnerzucht gescheitert. Unter

einem Produkt im Sinne des PHG versteht man jede bewegliche Sache, auch wenn sie Teil einer anderen beweglichen Sache ist. Ein Fehler bedeutet, dass das Produkt nicht die Sicherheitsansprüche erfüllt, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden können. Der Begriff des Produktfehlers bestimmt sich somit nach den gleichen Grundsätzen wie bei der deliktischen Haftung.

Die bereits bestehende Haftung nach dem Deliktsrecht geht oftmals über das PHG hinaus, zum Beispiel in Bezug auf die Begrenzung der Haftungssumme oder die Produktbeobachtungspflicht. Eine Verletzung dieser Pflicht greift nach dem PHG nicht für die bereits in Verkehr gebrachten Produkte ein, weil es für die Feststellung des Fehlers allein auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens ankommt. Das Produkthaftungsgesetz bedeutet jedoch auch eine gewisse Verschärfung in der Herstellerhaftung. Dies gilt insbesondere für Fabrikationsfehler. Hier kann der Hersteller den „Ausreißer“-Einwand nicht mehr geltend machen. Aus rechtldogmatischer Sicht handelt es sich um eine Gefährdungshaftung.

Außerdem ist der Kreis derjenigen Unternehmer, der nach dem Gesetz als „Hersteller“ gilt, erheblich erweitert worden. Hersteller ist dabei, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Dem tatsächlichen Hersteller gleichgestellt sind der „Quasi-Hersteller“, der durch Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines unterscheidungskräftigen Zeichens den Eindruck erweckt, Hersteller zu sein sowie auch der Importeur. Lässt sich ein Hersteller nicht feststellen, so kann ersatzweise auf jeden Lieferanten des Produktes zurückgegriffen werden, es sei denn, dass dieser innerhalb eines Monats den Hersteller oder seinen Vorlieferanten benennt. Ziel dieser so genannten Auffanghaftung ist es, eine Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse zu fördern, vor allem aber den diesbezüglichen Gefahren,

die aus dem Vertrieb von anonymen „no-name“ Produkten erwachsen können, entgegen zu wirken.

Die Haftung für Produktbeobachtungsfehler wird ergänzt durch das *Produktsicherheitsgesetz* (PSG). Dieses dient der Umsetzung mehrerer EU-Richtlinien. Es enthält eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Pflichten des Herstellers, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen. Aufgrund dieses Gesetzes kann eine (hierfür zuständige) Behörde, wenn sie die Gefährlichkeit eines Produktes feststellt, dessen Rückruf anordnen. Mit dem im Dezember 2011 in Kraft getretenen PSG soll vor allem die Zusammenarbeit zwischen Marktüberwachung (in der Zuständigkeit der Länder) und Zoll intensiviert werden, um gefährliche Produkte möglichst frühzeitig aufspüren zu können. Haftungsrechtliche Relevanz erlangt das PSG im Rahmen der Konkretisierung der Verkehrspflichten des Herstellers nach dem BGB. Darüber hinaus können einzelne Vorschriften des PSG als Schutzgesetz zum BGB Bedeutung erlangen.

In engem Zusammenhang mit der Haftung für fehlerhafte Produkte nach dem PHG steht die Haftung für fehlerhafte Arzneimittel nach dem Arzneimittelgesetz (AMG), das im Verhältnis zum PHG die spezielleren (und damit vorrangig anzuwendenden) Regelungen enthält.

Grundsätzlich stehen einem Hersteller verschiedene Strategien offen, das ihm aus der Produkthaftung erwachsene Risiko zu mindern. Zunächst kann er, soweit möglich, das Risiko auf Versicherungsträger übertragen. Hier ist die bestehende *Betriebshaftpflichtversicherung* zu nennen; außergewöhnliche, produktspezifische Risiken können eine Deckungssummenerhöhung oder auch individuelle Zusatzvereinbarungen notwendig machen. Vor allem aber kann ein Hersteller Maßnahmen ins Auge fassen, um das Produkthaftungsrisiko zu minimieren. In erster Linie fällt hierunter eine effiziente Qualitäts-

sicherungspolitik. Betriebliche *Qualitätssicherungspolitik* beinhaltet eine umfassende Wareneingangs- und -ausgangskontrolle sowie eine permanente Produktionsüberwachung. Eine begleitende Dokumentation vermag in diesem Zusammenhang bei Rechtsstreitigkeiten wichtige Entlastungsbeweise zu liefern. Moderne Qualitätssicherungssysteme müssen dabei stets den Aufgaben und dem Risikoprofil des betreffenden Unternehmens entsprechen.

Die richtige Auswahl, vor allem die richtige Kombination von Qualitätssicherungssystemen mit dem Ziel eines „Total Quality Management“ ist entscheidend. Wichtige Systeme sind hier zum Beispiel die FMEA (Fehlermöglichkeiten und Einflussanalyse), die mögliche Fehler bei der Entwicklung eines Produktes und Planung eines Prozesses frühzeitig entdecken und vermeiden helfen soll sowie das SPC (Statistical Process Control), das dem Nachweis produzierter Qualitätsleistung, der geregelten Prozessführung und einer frühzeitigen Diagnosevorhersage im Produktionsablauf dienen soll, um „Out of Control“-Situationen zu verhindern.

Qualitätssicherungssysteme sind Managementsysteme, die an der Spitze beginnen und alle Mitarbeiter umfassen müssen. Führen heißt in diesem Zusammenhang vor allem auch vorleben. Eine das gesamte Unternehmen betreffende Verpflichtung zur Qualität macht eine Festlegung entsprechender Grundsätze durch die Unternehmensleitung in Form einer konkreten Qualitätspolitik notwendig. Es gilt, die unmittelbare Verantwortung jedes einzelnen Mitarbeiters für die Produkt- und Dienstleistungsqualität herauszustellen. Vor dem Hintergrund einer zwangsläufigen Verknüpfung der einzelnen Arbeitsvorgänge mit vor- und nach gelagerten Prozessen sollte sich jeder Mitarbeiter dabei sowohl als „firmeninterner“ Kunde wie auch als „firmeninterner“ Lieferant in einem derartigen Arbeitsprozess betrachten.

# MARKETINGINSTRUMENTE

Ein weiteres wichtiges Instrument, das Haftungsrisiko zu mindern, darüber hinaus aber auch allgemeine Marketingziele zu fördern, sind *Bedienungsanleitungen*. Empirische Untersuchungen haben ergeben, dass 90 Prozent der Kunden ein Gerät erst ausprobieren, bevor sie einen Blick in die Bedienungsanleitung werfen; aber auch die restlichen zehn Prozent erhalten oft nicht die gewünschten Informationen. Eine gute Bedienungsanleitung sollte heute folgenden Aspekten gerecht werden. Sie muss die Bedürfnisse der unterschiedlichen Zielgruppen berücksichtigen, ein einheitliches Konzept besitzen, einen didaktischen Aufbau zur Ermöglichung von Lernschritten aufweisen und schließlich eine klare verständliche Ausdrucksweise und Darstellung, auch im Hinblick auf eine spätere Übersetzung, haben.

Aufgrund der Rückgriffsmöglichkeit des Letztverkäufers hat der Hersteller schließlich auch verstärkt auf die Richtigkeit seiner Werbeaussage zu achten; entsprechendes gilt in dem Zusammenhang auch für die, eben erwähnten Bedienungsanleitungen. Im Rahmen der Werbung sind daher nicht nur die Regeln des Wettbewerbsrechts, sondern verstärkt auch vertragsrechtliche Risiken zu beachten.





Medical, Social Factors —  
Over 65 Years Old, Up from 5% in 1930

Total Population 310MM  
1970 13%  
2010

USA Student Achievement Rankings\* in Mathematics

Have Fallen vs. Other OECD Countries

Mathematics Ranking 2009

USA	28
Japan	27
Finland	26
South Korea	25
Canada	24
France	23
UK	22
Australia	21
Spain	20
Italy	19
Denmark	18
Sweden	17
Netherlands	16
Belgium	15
Switzerland	14
Germany	13
Austria	12
Portugal	11
Poland	10
Chile	9
Colombia	8
Peru	7
USA	6
France	5
UK	4
Spain	3
Italy	2
Denmark	1
Sweden	0
Netherlands	-1
Belgium	-2
Switzerland	-3
Germany	-4
Austria	-5
Portugal	-6
Poland	-7
Chile	-8
Colombia	-9
Peru	-10

Brazil	100
Turkey	95
Czech Republic	90
Chile	85
Italy	80
Austria	75
Mexico	70
Portugal	65
Hungary	60
Germany	55
Greece	50
Poland	45
Slovenia	40
Iceland	35
Average	30

## PREISE- UND KUNDENKONDITIONEN

Die Preispolitik umfasst alle von den Zielen der Organisation geleiteten Aktivitäten zur Suche, Auswahl und Durchsetzung von Preis-Leistungs-Relationen.<sup>[2]</sup>

### Preis

Grundsätzlich besteht hinsichtlich der Preisgestaltung *Vertragsfreiheit*. Es sind allerdings diverse rechtliche Vorgaben und damit Restriktionen zu beachten. Im allgemeinen Zivilrecht sind insbesondere das BGB zu nennen, der Vertragspartner zur Beachtung der Gebote von Treu und Glauben verpflichtet sowie der Wuchertatbestand des BGB. Dieser erklärt ein Rechtsgeschäft für nichtig, durch das jemand unter Ausnutzung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen Vermögensvorteile erhält, die in einem auffälligen Missverhältnis zur eigenen Leistung stehen, etwa der Preis im Verhältnis zum tatsächlichen Wert der Ware.

*„Bei der Festlegung von Preisen und Konditionen ist vor allem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und das Bürgerliche Gesetzbuch zu berücksichtigen“*

Auch in besonderen Verwaltungsgesetzen des Bundes und der Länder finden sich rechtliche Schranken in Bezug auf die Preisgestaltung, zum Beispiel im Energiewirtschaftsgesetz für Energieversorgungsunternehmen, im Personenbeförderungsgesetz für Personenbeförderungsunternehmen oder im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG); so sieht dieses zum Beispiel eine Genehmigung der Tarife vor.

Die *Preisangabenverordnung* (PrAngVO) bestimmt, in welcher Form Verbrauchern gegenüber die Preise zu kommunizieren sind. Anzugeben sind zum Beispiel der Endpreis inklusive Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile, wenn ein Unternehmer Waren anbietet. Die PrAngVO regelt auch die Art und Weise der Preisangabe, zum Beispiel das Erfordernis der Sichtbarkeit innerhalb der Verkaufsräume.

Besondere Bedeutung in Bezug auf die Preisgestaltung kommen auch dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu. Während das im *GWB* geregelte Kartellrecht marktweite Gefährdungstatbestände bekämpft, regelt das UWG individuelle Verstöße einzelner Anbieter. Beide Gesetze werden aus Gründen des Sachzusammenhangs schwerpunktmäßig hier bei der Preispolitik behandelt, so dass bei der anschließend zu betrachtenden Konditionensetzung im Wesentlichen nur noch eine Bezugnahme erfolgt.

Die Preispolitik hat vor allem kartellrechtliche Regelungen zu berücksichtigen. Das im *GWB* geregelte *Kartellverbot* untersagt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Dieses Verbot bezieht sich sowohl auf horizontale als auch auf vertikale Vereinbarungen.

Zu den typischen *horizontalen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen* gehören dabei insbesondere Preis-, Kunden-, Mengen- und Gebietsabsprachen. Jedoch kann sich die Bindung auf jeden möglichen Wettbewerbsparameter, so zum Beispiel auch auf Forschung und Entwicklung, beziehen. Verboten sind danach Festlegungen

# MARKETINGINSTRUMENTE

von Preisen zwischen Wettbewerbern, also etwa spezielle Absprachen über Höchst- oder Mindestpreise, über Rabatte oder über den Zeitpunkt von Preisänderungen. Grundsätzlich verboten sind auch Absprachen über preisbegleitende Maßnahmen, wie zum Beispiel über Zahlungsbedingungen, Kreditziele, Verzugszinsen oder den Umfang von Garantien.

Zu den klassischen *vertikalen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen* gehören die Preis- und Konditionenbindungen von Vertragspartnern nachgeordneter Handelsstufen und die sogenannten Ausschließlichkeitsbindungen. So besteht nach wie vor das *Verbot der Preisbindung der zweiten Hand*, das heißt, Hersteller dürfen ihren abnehmenden Handelspartnern keine verbindlichen Preise vorschreiben.

Ausnahmen bestehen aus kulturpolitischen Gründen für alle Handelsstufen für Zeitungen und Zeitschriften. Preisbindungsvereinbarungen zwischen Verlegern und Abnehmern müssen schriftlich abgefasst werden, soweit sie Preise und Preisbestandteile betreffen. Die Preisbindung für Bücher, einschließlich ihrer Reproduktions- und Substitutionsprodukte, zum Beispiel in Form einer CD-ROM, ist im *Buchpreisbindungsgesetz* geregelt.

Die Reichweite des Kartellverbots ist insoweit eingeschränkt, als dass es sich um Maßnahmen handeln muss, die sich *spürbar* auf den Wettbewerb auswirken. Ob spürbare Außenwirkungen auf dem relevanten Markt, der jeweils in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen ist, vorliegen, entscheidet sich nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Wichtige Kriterien sind dabei die Zahl der Marktbeteiligten und die Marktanteile der Mitglieder des Kartells. Je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung ist, zum Beispiel durch Gebiets- oder Preisabsprachen, desto eher ist sie spürbar. Bei Verbotshandlungen, die in irgendeiner Form den

Binnenmarkt beeinflussen können, sind daneben die (grundsätzlich identischen) kartellrechtlichen Bestimmungen des europäischen Kartellrechts, geregelt im AEUV, zu beachten.

Das GWB (und der AEUV) sieht bestimmte *Freistellungen* vom grundsätzlichen Kartellverbot vor. Dies gilt für Mittelstandskartelle.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen werden grundsätzlich immer dann freigestellt, wenn sich durch diese auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb und für die Verbraucher ergeben und so für einen wesentlichen Teil der betroffenen Waren der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden kann. Bei der Konkretisierung dieser Voraussetzungen kommt den, von der Europäischen Kommission erlassenen *Gruppenfreistellungsverordnungen* (GVO) eine zentrale Bedeutung zu.

Beispiele für mögliche Freistellungen sind etwa bestimmte Einkaufskooperationen, Spezialisierungskartelle oder Entwicklungs- und Forschungsk Kooperationen. So führt zum Beispiel der gemeinsame Einkauf von Unternehmen zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs gegenüber den Anbietern entsprechender Produkte. Die durch den gemeinsamen Einkauf mehrerer kleiner oder mittlerer Unternehmen erzielten Preisnachlässe können jedoch bewirken, dass die gemeinsam einkaufenden Unternehmen erst dadurch gegenüber großen Mitbewerbern konkurrieren können. Das GWB sieht eine Freistellung für derartige Mittelstandskartelle vor, wenn sie der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit dienen und dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und die Vereinbarung dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern, zum Beispiel eine Ge-

meinschaftswerbung. Eine Freistellung gilt automatisch kraft Gesetzes bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen. Es bedarf keiner speziellen Erlaubnis der Kartellbehörde. Die Unternehmen müssen daher selbst einschätzen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung gegeben sind.

Kartellrechtliche Verstöße können gravierende *Rechtsfolgen* nach sich ziehen. Die wichtigste zivilrechtliche Rechtsfolge ist die *Nichtigkeit* des betreffenden Vertrags, Beschlusses oder abgestimmten Verhaltens wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. Aus dem GWB ergeben danach sich *Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadensersatzansprüche* gegen Unternehmen, die gegen kartellrechtliche Vorschriften oder Verfügungen der Kartellbehörde verstoßen haben. Sanktioniert werden Verstöße zudem in verwaltungsrechtlicher Hinsicht, zum Beispiel durch *Untersagungs- oder Gebotsverfügungen* sowie neuerdings auch durch Einholung einer Verpflichtungszusage.

Im Rahmen der Preis- und Konditionenpolitik ist weiterhin das *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG) zu beachten, dass grundsätzlich den Zweck verfolgt, unlautere geschäftliche Handlungen zu sanktionieren. Es enthält eine Reihe von Tatbeständen, die sich auf den Preis, die Preiswerbung und die Preisgestaltung beziehen.

Unlauter sind so danach etwa *irreführende Angaben* in Bezug auf den Preis und die Berechnung des Preises, wenn mit herabgesetzten Preisen geworben wird, tatsächlich aber keine Herabsetzung durchgeführt wurde. Unlauter sind ebenso unzutreffende Preisvergleiche. Sowohl bei Eigenpreisvergleichen als auch bei Preisvergleichen mit Konkurrenzprodukten gilt das Prinzip der Preiswahrheit und Preisklarheit.

Unlauter ist ebenfalls eine Behinderung durch *Preis-kampf*. Eine Preisunterbietung ist dabei grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig und entspricht sogar dem Prinzip des Leistungswettbewerbs. Der Grundsatz der freien Preisgestaltung findet allerdings dort seine Grenze, wo Preisunterbietungen auf die Eliminierung von Mitbewerbern ausgerichtet sind, das heißt auf eine nachgewiesene planmäßige und systematische Preisunterbietung.

Solche Verstöße gegen die einzelnen Verbotstatbestände des UWG können *Beseitigungs-, Unterlassungs-, Schadensersatz-* sowie *Gewinnabschöpfungsansprüche* zur Folge haben. Anspruchsberechtigt sind dabei, neben den betroffenen Unternehmern, vor allem die Wirtschafts- und Verbraucherverbände. Einzelne Verbraucher sind nach dem UWG allerdings nicht anspruchsberechtigt und klagebefugt, sondern müssen sich auf zivilrechtliche Ansprüche gegen den Verletzer beschränken.

## Konditionen

Inhalt der *Konditionenpolitik* ist die Gestaltung der *Absatzbedingungen*; ihr Ziel ist es, beim Abnehmer, vor allem durch Rabatte, Präferenzen hervorzurufen.

Konditionen werden in einem Vertrag vereinbart. Regelmäßig erfolgt ein Vertragsabschluss durch ein Unternehmen mit seinen Kunden unter Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen, sog. AGB). Der Gesetzgeber hat dafür die zahlreichen, zunächst lediglich von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze im Bürgerlichen Gesetzbuch, normiert. AGB werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie wirksam einbezogen worden sind. Erforderlich sind dabei nach dem BGB ein ausdrücklicher Hinweis bei Vertragsabschluss, die zumutbare Verschaffung der Kenntnisnahme sowie das Einverständnis des anderen Vertragsteils.



## DISTRIBUTION

Die Distributionspolitik bezieht sich auf die Gesamtheit aller Entscheidungen und Handlungen, welche die Verteilung von materiellen und/oder immateriellen Leistungen vom Hersteller zum Endkäufer und damit von der Produktion zur Konsumtion bzw. gewerblichen Verwendung betreffen. <sup>[3]</sup>

### Absatzwege

Ein Unternehmen kann für den Verkauf seiner Produkte eigene oder fremde Verkaufsorgane einsetzen.

Zu den *eigenen Verkaufsorganen* gehört vor allem der „Reisende“, der als Angestellter der Firma im Namen und für Rechnung der Firma verkauft. Ein *Reisender* wird aufgrund eines Dienstvertrages tätig. Ihm wird, um mit Dritten im Namen des Unternehmens tätig werden zu können, eine *Vollmacht* erteilt. Diese ist dabei rechtlich vom Dienstvertrag zu unterscheiden. Ihre Erteilung erfolgt zunächst nach den Vorschriften des BGB, doch gibt es darüber hinaus im Handelsrecht, den besonderen Interessen des Handelsverkehrs nach zügiger Abwicklung der Geschäfte sowie dem Vertrauensschutz Rechnung tragend, spezielle Sonderformen, die Handlungsvollmacht.

### „Rechtsrahmen des Vertriebs ist vor allem das Handelsgesetzbuch“

Bei der *Prokura* handelt es sich um eine rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht mit gesetzlich festgelegtem Umfang. Diese ist sehr weitreichend, da er für alle Rechtsgeschäfte gilt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Ausgeschlossen sind grundsätzlich Grundstücksgeschäfte sowie sogenannte Grundla

gengeschäfte, zum Beispiel Unterzeichnung der Bilanz, Erteilung von Prokura, Änderung der Firma oder die Einstellung des Geschäftsbetriebs. Zu beachten ist, dass die Prokura in das Handelsregister einzutragen ist und ihr Umfang im Außenverhältnis, das heißt gegenüber Dritten, nicht beschränkt werden kann. Reisende verfügen in der Regel dagegen über eine Handlungsvollmacht.

Eine *Handlungsvollmacht* ist jede von einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes erteilte Vollmacht. Ihr Umfang wird durch den Vollmachtgeber, also nicht durch das Gesetz bestimmt.

Neben eigenen, findet man in der Praxis auch *fremde Absatzorgane*. Zu diesen zählt dabei in erster Linie der Handelsvertreter.

Der *Handelsvertreter* ist als selbständiger Gewerbetreibender damit betraut, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Diese Selbstständigkeit unterscheidet ihn vornehmlich vom angestellten Reisenden. Er unterliegt keinen Weisungen, besitzt eigene Geschäftsräume, führt Handelsbücher, kann für mehrere Unternehmen tätig werden, erhält eine Provision statt einer festen Vergütung und ist in das Handelsregister eingetragen. Während auf den angestellten Reisenden arbeitsrechtliche Vorschriften Anwendung finden, gelten für den Handelsvertreter die speziellen Regeln des HGB. Der Handelsvertreter erhält eine erfolgsabhängige Provision. Nach Beendigung des Handelsvertretervertrages sind nur diejenigen Geschäfte provisionspflichtig, die der Handelsvertreter vermittelt oder so eingeleitet und vorbereitet hat, dass der Abschluss überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist; hinzu kommt ein, häufig streitiger, Ausgleichsanspruch. Oftmals unterliegt ein

# MARKETINGINSTRUMENTE

Handelsvertreter, vor allem wenn er ausscheidet, einem Wettbewerbsverbot; dieses bedarf der Schriftform und darf höchstens auf zwei Jahre festgelegt werden. Als Gegenleistung steht dem Handelsvertreter eine entsprechende Entschädigung (Karenzentschädigung) zu.

Ein *Handelsmakler* ist, wer gewerbsmäßig für Andere, ohne von ihnen ständig damit betraut zu sein, die Vermittlung von Geschäften über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. Er ist stets Kaufmann. Seine Tätigkeit kann sich zum Beispiel auf die Vermittlung von Krediten, Versicherungen oder Wertpapieren beziehen.

## Logistik

Die physische Distribution oder auch *Marketinglogistik* ist durch Entscheidungen gekennzeichnet,

- das richtige Produkt,
- in richtiger Menge,
- am richtigen Ort,
- zur richtigen Zeit und
- mit möglichst geringen Kosten

unter Berücksichtigung der übergeordneten Unternehmensziele Gewinn, Umsatz, Marktanteil und Kundenzufriedenheit bereitzustellen.

## „Das deutsche Transportrecht ist im Wesentlichen im Handelsgesetzbuch (HGB) geregelt“

Bei der physischen Distribution, der Marketinglogistik, geht es also vornehmlich um Fragen des Transports, des Versands und der Lagerung. Den rechtlichen Rahmen bildet das *Transportrecht*. Hierzu zählen sämtliche Rechtsnormen, die den Transport von Gütern betreffen,

unabhängig von der Art der Beförderung sowie aller damit zusammenhängender Vorgänge, wie zum Beispiel der Zwischenlagerung. Das deutsche Transportrecht ist im Wesentlichen im Handelsgesetzbuch (HGB) geregelt und betrifft das Frachtgeschäft, das Speditionsgeschäft sowie das Lagergeschäft. Es wird dabei nicht zwischen den verschiedenen Transportarten beziehungsweise Verkehrsträgern differenziert, sondern es gilt gleichermaßen für den Straßentransport, den Eisenbahntransport, den nationalen Luftverkehr und den Transport mit dem Binnenschiff. Gesetzliches Leitbild ist das Frachtgeschäft, das für jede Form des Transports Anwendung findet. Man unterscheidet in diesem Zusammenhang Frachtführer, Spediteur und Lagerhalter.

Ein *Frachtführer* übernimmt gewerbsmäßig die Beförderung von Gütern. Sein Vertragspartner kann der Absender des Gutes oder auch ein Spediteur sein. Speziell geregelt ist der Umzugsvertrag.

Ein *Spediteur* hat grundsätzlich die Aufgabe, für den Transport einer Ware vom Hersteller oder Händler bis hin zum Abnehmer Sorge zu tragen. Hierunter fällt vor allem ein Vorbereiten des Gutes für den Transport, die Entscheidung für einen bestimmten Transportweg und eine bestimmte Beförderungsart sowie die Auswahl eines entsprechenden Frachtführers, der den eigentlichen Transport durchführt.

Rechtlich betrachtet steht also nur der Spediteur in einer vertraglichen Beziehung zum Versender. Zwischen dem Versender und dem Frachtführer bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Der Speditionsvertrag stellt einen Werkvertrag mit „Geschäftsbesorgungscharakter“ dar. Sein Inhalt wird maßgeblich durch die Vorschriften des HGB, ergänzt durch die *Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen* (ADSp), bestimmt. Es handelt sich bei den ADSp um spezielle Allgemeine Geschäftsbe-

dingungen, die in der Regel bei Verträgen mit Kaufleuten und juristischen Personen des öffentlichen Rechts vereinbart werden. Für eine Vereinbarung der ADSp genügt eine stillschweigende Unterwerfung, wenn der Geschäftspartner des Spediteurs weiß oder wissen muss, dass dieser seinen Geschäften regelmäßig die ADSp zugrundelegt.

Größere Spediteur- und Frachtführerunternehmen betreiben häufig auch, in der Regel aufgrund kombinierter Verträge, das Geschäft eines *Lagerhalters*, das heißt zugleich auch die Aufbewahrung von Produkten. Der Lagerhalter dient dem Wirtschaftsverkehr, indem er vor allem an den Umschlagplätzen des See- und Binnenhandels Lagerräume zur Verfügung stellt. Dadurch vermeiden Hersteller und Händler die Kosten für eigene Lagerräume. Sie können mittels eines Lagerscheines über die eingelagerten Güter verfügen. Da ein Lagerhalter wie ein Verkaufskommissionär den Besitz an dem betreffenden Gut erhält, finden hinsichtlich der Empfangnahme, der Aufbewahrung und der Versicherung die Vorschriften zum Kommissionsgeschäft entsprechend Anwendung. Ergänzend gelten die zivilrechtlichen Vorschriften zum Verwahrungsvertrag.

Im Transportrecht ist die Differenzierung zwischen nationalem und internationalem Recht von großer Bedeutung, denn eine Vielzahl an Güterbewegungen überschreiten nationale Grenzen.

*International* ist bei der Regelung des Transportrechts, im Gegensatz zum nationalen Recht, zwischen den unterschiedlichen Transportarten zu differenzieren, so dass es grundsätzlich für jede Transportart mindestens eine spezifische internationale Regelung gibt. So gelten etwa für den LKW-Verkehr die CMR, für den Luftverkehr das Montrealer Abkommen beziehungsweise das Warschauer Abkommen, für den Eisenbahnverkehr die

CIM, für den Binnenschiffverkehrsverkehr das Budapester Übereinkommen oder für den Seeverkehr die Haager-, Haag-Visby- oder Hamburger Regeln.

Im Rahmen der Vertragsgestaltung sind bei internationalen Kaufverträgen auch die sog. Incoterms (International Commercial Terms) zu beachten. Es handelt sich rechtlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Diese werden von der Internationalen Handelskammer in Paris herausgegeben und immer wieder an sich ständig ändernde Handelsbräuche angepasst. In insgesamt 11 Klauseln findet sich jeweils eine detaillierte Regelung, insbesondere über den Lieferort, die Gefahr- und Kostentragung, Fragen der Import- und Exportabfertigung sowie der Transport-Dokumentationen und gegenseitige Mitteilungspflichten, jedoch jeweils mit unterschiedlicher Pflichtenintensität für Käufer und Verkäufer. Diese sind in vier Gruppen eingeteilt mit einer E-Klausel, drei F-, vier C- und drei D-Klauseln. Diese Gliederung entspricht der gesamten Skala zwischen bloßer Abholklausel (hier greift das schmalste Programm der Verkäuferpflichten) und Ankunfts-klausel (hier sind die Verkäuferpflichten besonders stark ausgeprägt).

Zu den anderen wichtigen Fragen, wie etwa Eigentumsübergang, Gewährleistung oder Haftungsausschlüssen, enthalten die Klauseln keine Regelung.

Insoweit kommt es in internationalen Kaufverträgen auf die individuelle vertragliche Vereinbarung an, in der diese Fragen sowie auch die Frage des anwendbaren Rechts und die Zuständigkeit des Gerichts (im Streitfall) geregelt werden sollten, soweit keine zwingenden rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.

## **Retrodistribution**

Im Rahmen der *Retrodistribution* spielen, neben dem Aspekt der Rückgabemöglichkeit von nicht mehr funktions-

# MARKETINGINSTRUMENTE

fähigen Produkten, vor allem Aspekte der Verpackung eine Rolle. Die ursprüngliche Schutz- und Qualitätssicherungsfunktion einer Verpackung fand im Laufe der Zeit Ergänzung durch eine Vielzahl zusätzlicher Funktionen. Hierzu gehören, neben einer Verkaufsförderungs-, einer Beratungs-, Informations- und einer Logistikfunktion, heute vor allem auch eine Recyclingfähigkeit. Veränderte Kaufgewohnheiten, wie der Trend zur Selbstbedienung und eine wachsende Popularität von Einwegverpackungen haben den Verpackungsmüllberg in den letzten Jahren enorm wachsen lassen. Neue Umweltgesetze, wie etwa die Verpackungsverordnung, stellen die Verpackungspolitik des Handels, der Konsumgüterindustrie sowie der Packmittelhersteller in diesem Zusammenhang vor große Herausforderungen.

Die Konzeption eines *ökologieorientierten Marketing* hat heute, neben einem ständig wachsenden Umweltbewusstsein der Verbraucher, vor allem die diesbezüglichen rechtlichen Rahmenbedingungen, das *Umweltrecht*, zu berücksichtigen. Mit diesem werden mehrere verschiedene Ziele, die sich teilweise überschneiden beziehungsweise wechselseitig ergänzen, verfolgt.

## „Zunehmende Bedeutung des Umweltrechts für fast alle betrieblichen Funktionsbereiche“

Das *Umweltrecht* umfasst insbesondere

- das *Umweltverfassungsrecht* mit den entsprechenden Normen des Grundgesetzes sowie des EU-Vertrages und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union;
- das *Allgemeine Umweltverwaltungsrecht*, dieses enthält Gesetze zur Errichtung eines Umweltbundesamtes, zur Errichtung

einer Stiftung „Deutsche Bundesstiftung Umwelt“, zu Umweltstatistiken sowie zu Umweltverträglichkeitsprüfungen und die strategische Umweltprüfung; letztere sind gesetzlich geregelt im Gesetz über die Umweltprüfung (UVPG);

- das *Umweltprivatrecht* mit den entsprechenden Normen des BGB und dem Umwelthaftungsrecht;
- das Umweltstrafrecht mit den entsprechenden Normen des Strafgesetzbuches und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten;
- das *Besondere Umweltverwaltungsrecht*, dieses bezieht sich im einzelnen auf
  - die Naturpflege; hier ist das *Bundesnaturschutzgesetz* und im weiteren Sinne das *Tierschutzgesetz* zu nennen;
  - den Gewässerschutz; diesem dienen die Vorschriften des *Wasserhaushaltsgesetzes* und des *Wasch- und Reinigungsmittelgesetzes*;
  - die Abfälle; das hier eingreifende *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz* soll den, von den Abfällen ausgehenden Gefahren für Mensch und Tier begegnen;
  - die Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung; hier ist in erster Linie das *Bundes-Immissionsschutzgesetz* und das *Benzinbleigesetz*, das den Gehalt von Bleiverbindungen in Otto-Kraftstoffen begrenzt, zu nennen. Das Bundes-Immissionsschutzgesetz konkretisiert sich wiederum in einer Vielzahl von Verordnungen; diese betreffen unter anderem Groß- und Kleinf Feuerungsanlagen, den Schwefelgehalt von leichtem Heizöl sowie den Verkehrs- und Baumaschinenlärm;
  - die Kernenergie; einer friedlichen Nutzung der Kernenergie und einem Schutz vor, sich aus ihr möglicherweise ergebender Gefahren dient das

## *Atomgesetz;*

- die Energieeinsparung; diesbezügliche gesetzliche Grundlagen sind das *Energieeinsparungsgesetz* und das *Stromeinspeisungsgesetz;*
- gefährliche Stoffe; im Mittelpunkt steht hier das *Chemikaliengesetz* mit einer Vielzahl von Verordnungen, das *Pflanzenschutzgesetz*, das *Düngemittelgesetz* und das *Gentechnikgesetz*.

Der vorstehende Überblick macht deutlich, dass heute eine Vielzahl rechtlicher, den Umweltschutz betreffender Normen in betrieblichen Entscheidungsprozessen Berücksichtigung finden muss. Ob diese unter dem Primat eines ökologieorientierten Marketing stehen sollen oder nicht, steht oftmals gar nicht mehr zur Diskussion, sondern lediglich die Art und Weise einer Realisierung. So sind die Hersteller von Wasch- und Reinigungsmitteln durch Gesetz zwingend an bestimmte Zusammensetzungen ihrer Produkte, etwa in Bezug auf Phosphatverbindungen, gebunden; darüber hinaus schreibt der Gesetzgeber für die Verpackungspolitik zwingend vor, dass zum Beispiel auf den Verpackungen bestimmte Angaben zu machen sind, die etwa die Inhaltsstoffe oder umweltschonende Dosierempfehlungen betreffen. Besondere Marketingrelevanz kommt den entsprechenden Verordnungen zu, die auf Grundlage des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes erlassen worden sind, insbesondere die Abfallverbringungsverordnung, die Gewerbeabfallverordnung, die Verordnung über die Entsorgung gebrauchter halogenierter Lösungsmittel, die PCB/PCT-Abfallverordnung, die Verordnung über die Verwertung von Bioabfällen auf landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich und gärtnerisch genutzten Böden, die Abfall- und Reststoffüberwachungsverordnung, die Altölverordnung, die Altfahrzeugverordnung, die Verordnung über die Rücknahme und Entsorgung gebrauchter Batterien, die Verordnung über die Rücknahme und Pfänderhe-

bung von Getränkeverpackungen aus Kunststoff und die im Folgenden näher zu betrachtende Verpackungsverordnung. Mit dem ebenfalls in der Marketingpraxis bedeutsamen Elektro- und Elektrogerätegesetz schließen die umweltrechtlichen Ausführungen.

Das *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz* (KrW-/AbfG) ist das zentrale Bundesgesetz des deutschen Abfallrechts. Damit soll den, von Abfällen ausgehenden Gefahren für Mensch und Tier begegnet werden. Es regelt grundlegend den Umgang mit Abfällen und die Sicherung von deren umweltverträglicher Beseitigung sowie die damit gekoppelte Förderung der Kreislaufwirtschaft. Ziel des KrW-/AbfG ist dabei eine grundsätzliche Umgestaltung der Abfallwirtschaft in eine Kreislaufwirtschaft. Hersteller, Bearbeiter und Vertreiber von Erzeugnissen tragen danach die „Produktverantwortung“ in Bezug auf deren mehrfache Verwendbarkeit und Langlebigkeit sowie deren umweltverträgliche Verwertung und Entsorgung. Es soll eine Reduzierung des Abfallaufkommens bewirken und so dazu beitragen, einen Entsorgungsnotstand zu verhindern und die Umwelt zu schonen. Durch Rücknahmepflichten sollen dabei die Kosten der Abfallverwertung und -entsorgung den Herstellern angelastet werden. Ein Anreiz soll geschaffen werden, verwertungsfreundliche Produkte zu entwickeln. Es ist damit nicht mehr ausschließlich Ordnungs- und Planungsrecht der Verwaltung, sondern hat auch eine wirtschaftsrechtliche Ausrichtung erhalten. Für die Umweltpolitik kann, in Anlehnung an KrW-/AbfG, folgende Zielhierarchie für den Umgang mit Abfällen gegeben werden:

- Vermeidung beziehungsweise Verminderung
  - vor Verwertung
  - vor Beseitigung

Dieses Gesetz konkretisiert sich in einer Reihe von Verordnungen, von denen hier die Verpackungsverordnung

# MARKETINGINSTRUMENTE

und das Elektro- und Elektronikgerätgesetz wegen ihrer besonderen Marketingrelevanz näher zu betrachten sein werden.

Die *Verordnung über die Vermeidung* von Verpackungsabfällen (Verpackungs-VO), erlassen auf der Grundlage des KrW-/AbfG, enthält Rücknahme- sowie Rückgabe- beziehungsweise Überlassungspflichten. Der Wandel vom personalintensiven Einzelhandel zu Selbstbedienungsläden und die zunehmende Verdrängung der Mehrweg- durch die Einwegverpackung hatten ein enormes Ansteigen der Verpackungen und damit auch des entsprechenden Verpackungsmülls in den letzten Jahrzehnten ausgelöst. Zielsetzung dieser Verordnung ist es, die Wirtschaft zu zwingen, sämtliche Verpackungen außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung zu erfassen und Abfälle aus Verpackungen zu vermeiden beziehungsweise zu verwerten. Der VerpackungsVO unterliegen alle Hersteller von Verpackungen und Erzeugnissen, aus denen Verpackungen hergestellt werden sowie alle, gleich auf welcher Handelsstufe, die Verpackungen und Waren in Verpackungen in Verkehr bringen. Die VerpackungsVO definiert verschiedene Verpackungsarten, die unterschiedliche Pflichten auslösen.

Danach besteht für Industrie und Handel, die *Verkaufsverpackungen* an private Endverbraucher in den Verkehr bringen, die Pflicht, sich an einem flächendeckenden Rücknahmesystem zu beteiligen. Diese müssen also bei einem *Dualen System* kostenpflichtig lizenziert sein, zum Beispiel der Dualen System Deutschland AG, deren Markenzeichen der „Grüne Punkt“ ist. Hierüber müssen diese bei der jeweiligen IHK eine Vollständigkeitserklärung abgeben. In die „gelbe Tonne“ beziehungsweise in den „gelben Sack“ dürfen inzwischen auch andere Abfälle als Verpackungen gegeben werden, wenn sie gleicher Materialart sind und eine entsprechende Vereinbarung mit dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger

geschlossen worden ist. Das Duale System Deutschland AG und andere Unternehmen mit haushaltsnahen Rücknahmesystemen gewährleisten eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher. Mit dem Geld werden das Abholen der Abfälle in den „gelben Tonnen“ beziehungsweise „gelben Säcken“ und deren anschließende Verwertung bezahlt. Diese Kosten werden regelmäßig auf die Produkte aufgeschlagen.

Für *Einweggetränkeverpackungen* wurde bereits 2004 ein Pflichtpfand eingeführt. Hier gelten besondere Pfand- und Rücknahmepflichten. Durch die VerpackungsVO stehen Industrie und Handel erstmals in kollektiver Produktverantwortung. Der primär zunächst betroffene Handel stellt aufgrund der Anforderungen, die an ihn gestellt sind, entsprechende Bedingungen an seine industriellen Lieferanten; diese wiederum leiten diese Anforderungen an ihre Verpackungsmittelhersteller weiter. Eine derartige Kettenreaktion findet ihr Ende dort, wo Verpackungsmaterialien erzeugt werden, also bei den chemischen oder organischen Rohstoffherstellern.

Seit 2005 besteht mit dem *Elektro- und Elektronikgerätgesetz* (ElektroG) ein Gesetz in Bezug auf eine höhere Produktverantwortung. Es betrifft die Verminderung von Elektro- und Elektronikabfall und die Beschränkung giftiger Bestandteile in Elektrogeräten. Das ElektroG differenziert dazu zehn Produktgruppen und bestimmt, dass derjenige, der solche Geräte herstellt, Produktionsvorgaben und Rücknahmepflichten beachten muss. Neben die zivilrechtliche Gewährleistung und Produktverantwortung ist damit eine öffentlich-rechtliche Einstandspflicht getreten, die erst dann erlischt, wenn das Produkt nicht mehr fortbesteht. Um die Einhaltung dieser Pflicht sicherzustellen und Produkte einem Hersteller zuzuordnen, müssen diese zum einen identifiziert werden und bei einer „Gemeinsamen Stelle“ registriert

werden, zum anderen als für den Hausmüll als ungeeignet gekennzeichnet werden. Diese „Gemeinsame Stelle“ hat eine, dem TÜV vergleichbare Funktion, die dieser bei der Kfz-Hauptuntersuchung von Fahrzeugen innehat. Als private Einrichtungen werden „als Beliehene“ im eigenen Namen öffentliche Überwachungs- und Organisationsaufgaben wahrgenommen. Aber auch für einen Verbraucher entstehen Pflichten. Mit dem Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten (Elektro- und Elektronikgerätegesetz) von Ende 2015 wurden einige Modifikationen vorgenommen.





## KOMMUNIKATION

Die Kommunikationspolitik umfasst die systematische Planung, Ausgestaltung, Abstimmung und Kontrolle aller Kommunikationsmaßnahmen des Unternehmens bezüglich aller relevanten Zielgruppen, um definierte Ziele zu erreichen. <sup>[4]</sup>

### Indirekte Kommunikation

*Werbung* kann als eine, der Erreichung von Marketingzielen dienende, absichtliche und zwangsfreie Einwirkung auf Menschen mit Hilfe spezieller Kommunikationsmittel verstanden werden. Sie stellt die indirekte, also unpersönliche und in räumlicher Distanz vom Verkaufsort durchgeführte Form der Marktkommunikation dar und verfolgt über kommunikative Ziele, wie etwa eine Steigerung des Bekanntheitsgrades oder eine Beeinflussung des Images, in letzter Konsequenz ökonomische *Zielsetzungen*, also etwa Umsatz- oder Gewinnsteigerungen, das heißt eine Stärkung der eigenen Position im Wettbewerb.

Ein solcher Wettbewerb fördert die Leistungsbereitschaft des Einzelnen, darüber hinaus die Leistungsbereitschaft ganzer Unternehmen und dient so, auch im Hinblick auf das Wohl der Verbraucher, dem Fortschritt. Die Effizienz eines derartigen Wettbewerbs gilt es daher, grundsätzlich zu gewährleisten beziehungsweise zu steigern. Wie jeder Wettbewerb, sei es im sportlichen, wissenschaftlichen oder auch kulturellen Bereich, so bedarf auch der wirtschaftliche Wettbewerb zu seiner Aufrechterhaltung bestimmter rechtlicher Regeln, um vor allem auch Missbräuche zu verhindern. Wettbewerb in diesem Sinne ist auch ein Grundelement des Marketing. Die ihn betreffenden rechtlichen Vorschriften sind deshalb von zentraler Bedeutung für Entscheidungsprozesse im Marketing. Diesem Ziel dient das Wettbewerbsrecht, das durch vielfältige gesetzliche Vorschriften entsprechend in den Wirtschaftskreislauf eingreift.

Zum *Wettbewerbsrecht* zählt im Wesentlichen das *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), einschließlich der Nebengesetze, zum Beispiel die oben schon erwähnte Preisangabenverordnung (PrAngVO), das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) oder das *EG-Verbraucher-schutzdurchsetzungsgesetz* (VSchDG).

*„Unternehmenskommunikation fördert den Wettbewerb. Damit dieser auch funktioniert, gilt in Deutschland das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“*

Das Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne umfasst darüber hinaus auch das Kartellrecht, geregelt im *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), auf das oben schon ausführlich eingegangen worden ist. Während das GWB die „Existenz“ eines grundsätzlich freien Wettbewerbs sichern soll, zum Beispiel durch das Verbot von bestimmten Monopolstellungen oder Kartellbildungen, dient das UWG dazu, die „Qualität“ des Wettbewerbs zu sichern, vor allem durch Schutzvorschriften gegen unfaire beziehungsweise unlautere Wettbewerbspraktiken, zum Beispiel bei vergleichender oder irreführender Werbung. Auf ein Fußballspiel übertragen, wäre eine vorherige Abrede über den Ausgang eines Spiels eine Wettbewerbsbeschränkung, ein Foul dagegen unlauterer Wettbewerb. Zwischen dem UWG und dem GWB gibt es aber nicht nur inhaltliche, sondern auch strukturelle Unterschiede. Beim GWB überwachen Behörden die Einhaltung des Gesetzes, vor allem das Bundeskartellamt, die Wirtschaftsministerien der Länder und, bezüglich europäischer Kartellbestimmungen, die Europäische Kommission. Im Anwendungsbereich des UWG gibt es dagegen keine Überwachungsbehörde. Einzige Sanktionsmöglichkeit ist lediglich die Klage eines Konkurrenten

# MARKETINGINSTRUMENTE

und von, im Gesetz näher bestimmten Verbänden gegen unlautere Wettbewerbshandlungen.

Der *Zweck* des UWG besteht im

- Schutz der Mitbewerber vor unlauteren Wettbewerbshandlungen,
- Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, und
- Schutz der sonstigen Marktteilnehmer.

Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Das UWG erklärt in seinem Grundtatbestand geschäftliche Handlungen für unzulässig. Geschäftliche Handlungen erfassen dabei alle Verhaltensweisen, die der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dienen. Darüber hinaus werden auch solche Aktivitäten erfasst, die lediglich darauf gerichtet sind, die geschäftlichen Entscheidungen von Vertragspartnern bei Abschluss und Durchführung eines Vertrages zu beeinflussen.

Im UWG sind eine Reihe an Tatbeständen enthalten, die eine Unlauterkeit begründen. Eine unlautere Verlockung der Kunden durch eine mit Sachwerten verbundene Werbung, also Zugaben, Werbegeschenke, Warenproben oder Kopplungsangebote, sind in weitem Umfang erlaubt.

Nach dem UWG sind geschäftliche Handlungen dagegen unlauter, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen. Die speziell in einem Anhang aufgeführten 30 geschäftlichen Handlungen („Schwarze Liste“) sind stets unlauter im Sinne des Gesetzes.

Grundsätzlich gilt, dass in der Presse, im Rundfunk sowie in den Medien- und Internetdiensten die Werbung als solche klar erkennbar und getrennt von den übrigen Inhalten sein muss (*Trennungsgrundsatz*), insbesondere durch Kennzeichnung oder durch sonstige optische und akustische Mittel.

Etwas anders ist die Rechtslage beim sogenannten Product Placement. Product Placement ist eine besondere Erscheinungsform der getarnten Werbung. Es geht dabei um die Erwähnung und Darstellung von Produkten, Unternehmenskennzeichen, Marken oder Tätigkeiten eines Unternehmens in einem redaktionell oder künstlerisch gestalteten Beitrag gegen Entgelt oder eine andere Gegenleistung, wenn der für den Beitrag Verantwortliche die Absicht hat, für das Unternehmen zu werben und die Allgemeinheit über den eigentlichen Zweck der Erwähnung oder Darstellung irreführt wird. Im Kino sind die Prinzipien der Objektivität, der Neutralität und der Trennung von Werbung und Programm seit jeher weniger streng. Product Placement ist hier grundsätzlich erlaubt. Produzent und Regisseur sind frei zu entscheiden, in welchem Rahmen sie mit Vertretern der werbetreibenden Industrie zusammenarbeiten. Mangels spezialgesetzlicher Regelung bestimmt sich auch hier die Zulässigkeit der getarnten Werbung ausschließlich nach dem UWG.

Eine praktisch bedeutsame Regelung sieht vor, dass eine Unlauterkeit auch durch einen Rechtsbruch verursacht werden kann. In Betracht kommen vor allem Verstöße gegen (öffentlich-rechtliche) Marktverhaltensregeln.

Eine Unlauterkeit begründen auch irreführende geschäftliche Handlungen. Irreführend sind danach insbesondere

- unwahre Angaben über die Verfügbarkeit, Beispiel: Die Bezeichnung „Restposten“ bei

noch umfangreichen Lagerbeständen oder bei besonders in der Werbung herausgestellten „Sonderangeboten“, wenn nur ganz wenige verfügbare Waren vorrätig waren („Lockvogelwerbung“),

- unwahre Angaben über die Bezugsquelle, Beispiel: Irrführende Angaben über die Art des Bezugs beziehungsweise der Bezugsquelle, etwa die Bezeichnung „Ab Werk“ für Handelsware bei unterschiedlichen Preisen,
- unwahre Angaben zur Herstellungsart, Beispiel: „Bäckernudeln“ für Industrieerzeugnisse oder „Handarbeit“ für ein fabrikmäßig hergestelltes Produkt,
- unwahre Angabe über die Beschaffenheit, Beispiel: Anpreisung einer Maschine mit falschen Leistungsangaben oder die Bezeichnung Markenartikelqualität für ein no-name-Produkt,
- unwahre Angaben über die geographische oder betriebliche Herkunft, Beispiel: Es ist irreführend, wenn Lübecker Marzipan nicht in Lübeck hergestellt wird; auch die Bezeichnung „Warsteiner“ wird üblicherweise als Herkunftshinweis verstanden (Paderborn); „Solinger Stahlwaren“ und „Bielefelder Wäsche“ müssen ebenso aus dem jeweiligen Raum stammen; dagegen handelt es sich heute bei „Wiener Würstchen“ oder „Dresdner Stollen“ um entlokalisierte Begriffe, die zu Gattungsbezeichnungen geworden sind.
- unwahre Angaben über den Anlass des Verkaufs, Beispiel: Die Angabe „Verkauf von Insolvenzwaren“ oder „Notverkauf“, wenn dies nicht stimmt,
- unwahre Angaben über den Preis oder die Berechnung des Preises, sowie
- unwahre Angaben über die Qualifikation des Werbenden.

Ist die Angabe wahr, kann die Werbung trotzdem als missverständlich und damit als irreführend zu beurteilen sein. Eine Irreführung kann auch durch ein „Unterlassen“ begangen werden, zum Beispiel, wenn ein Unternehmen in seiner Prospektwerbung nicht seine Identität und seine Anschrift preisgibt.

Gerade Werbung mit der *Umweltfreundlichkeit* von Produkten hat in den letzten Jahren eine zunehmende Bedeutung erlangt. Bei der Beurteilung dieser Art der Werbung sind vor allem zwei Aspekte von Bedeutung. Zum einen hat sich mit der allgemeinen Anerkennung der Umwelt als ein wertvolles und schutzbedürftiges Gut zunehmend ein Umweltbewusstsein entwickelt, das dazu geführt hat, dass der Verbraucher vielfach Produkte beziehungsweise Leistungen bevorzugt, auf deren besondere Umweltverträglichkeit werblich hingewiesen wird. Gefördert wird ein solches Kaufverhalten durch den Umstand, dass sich Werbemaßnahmen, die an den Umweltschutz anknüpfen, als besonders geeignet erweisen, emotionale Bereiche im Menschen anzusprechen, die von einer Besorgnis um die eigene Gesundheit bis hin zum Verantwortungsgefühl für spätere Generationen reichen; zum anderen bestehen noch weitgehende Unklarheiten, insbesondere über Bedeutung und Inhalt der verwendeten Begriffe, etwa „umweltfreundlich“, „umweltverträglich“ oder „umweltschonend“ sowie der hierauf hindeutenden Zeichen, zum Beispiel des „Blauen Engels“. Aus diesem Grund besteht hier ein noch größeres Aufklärungsbedürfnis. Zur Vermeidung einer Irreführung sind daher aufklärende Hinweise über Bedeutung und Inhalt der verwendeten Begriffe und Zeichen erforderlich. Pauschal verwendete produktbezogene Aussagen, wie etwa die Verwendung der Vorsilbe „Bio“ oder „Öko“ sind unzulässig. Um einer Irreführungsgefahr vorzubeugen, müssen diese stets konkretisiert werden.

# MARKETINGINSTRUMENTE

Grundsätzlich gehört zum Wesen eines funktionierenden Wettbewerbs, dass man die Mitbewerber durch Qualität und Preis der eigenen Leistung zu überflügeln versucht. Eine wettbewerbswidrige Behinderung liegt erst dann vor, wenn besondere Umstände hinzutreten, zum Beispiel wenn eine Maßnahme ausschließlich bezweckt, den Mitbewerber an seiner wettbewerblichen Entfaltung zu hindern oder sogar zu vernichten. Die wichtigsten Fälle der Behinderung sind dabei der Boykott und die Diskriminierung, etwa im Rahmen einer *vergleichenden Werbung*. Vergleichende kritisierende Werbung ist danach unter bestimmten (engen) Voraussetzungen zulässig. Verglichen werden dürfen nach dem UWG dabei nur Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung.

## Direkte Kommunikation

Zur *Direktkommunikation* zählt man heute vor allem den Vertreterbesuch sowie das Telefon- und das Onlinemarketing.

Der *Vertreterbesuch*, also der persönliche Verkauf am Ort des Abnehmers, ist ein Instrument, das sowohl distributive als auch kommunikative Elemente in sich vereinigt. Die rechtliche Zulässigkeit eines Vertreterbesuchs bestimmt sich nach § 7 UWG, nach dem geschäftliche Handlungen, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig sind.

Aus Marketingsicht ist dabei zunächst grundsätzlich festzuhalten, dass die Rechtsprechung das Instrument des Vertreterbesuches in seiner Wirkung und Bedeutung kaum einschränkt. Der *bestellte Vertreterbesuch* ist so stets *zulässig*. Nicht vollkommen unumstritten ist dagegen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des *unbestellten Vertreterbesuchs*. In der Literatur wird hier vereinzelt zur Begründung einer Wettbewerbswidrigkeit vorgebracht, dass die Belästigung des Wohnungs-

inhabers bei unerbetenen Hausbesuchen wegen des Überraschungseffektes und des persönlichen Kontaktes massiver sei als bei der (unzulässigen) unverlangten Telefonwerbung. Nach einhelliger Rechtsprechung ist aber auch der unbestellte Vertreterbesuch *wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig*. Unlauter sind Besuche von Außendienstmitarbeitern allerdings dann, wenn sich der Vertreter selbst unlauter verhält, zum Beispiel wenn er die Ablehnung des Umworbenen missachtet oder der Hausbesuch nur durch den Einsatz von Instrumenten, wie etwa einer Gewinnübermittlung nach Preisausschreiben, provoziert oder durch Ausnutzung von persönlichen Beziehungen („Laienwerbung“) erreicht werden kann. Die unzumutbare Belästigung besteht darin, dass hier über die eigentliche Zielsetzung des Besuches getäuscht wird. Aus Marketingsicht ist dieser Weg, selbst wenn er rechtlich zulässig wäre, nicht erfolgversprechend. Es ist davon auszugehen, dass zum Beispiel eine Teilnahme an einem Preisausschreiben nur wegen eines möglichen Gewinns erfolgt und nicht aufgrund eines übermäßigen Interesses an den Leistungen des betreffenden Unternehmens. Daher bedarf es auf dem Vorwege einer Analyse darüber, wie stark das Interesse an der Ware oder abzusetzenden Dienstleistung beim potenziellen Kunden tatsächlich ist, bevor ein Vertreterereinsatz geplant wird. Aufgrund der hohen damit verbundenen Kosten wird in den meisten Fällen der Besuch eines Außendienstmitarbeiters hier nicht zu empfehlen sein. Das Direktmarketing beinhaltet diesbezüglich günstigere Instrumente, wie etwa das Telefonmarketing, das ebenfalls vom UWG erfasst wird.

Im Rahmen einer Direktkommunikation findet das *Telefon*, sowohl im „Business“- wie auch im „Consumer“-Bereich, weitreichende Einsatzmöglichkeiten. Man unterscheidet dabei zwischen internem und externem *Telefonmarketing*. *Internes* Telefonmarketing bedeutet, dass alle diesbezüglichen Aktionen vom betreffenden

Unternehmen selbst durchgeführt werden; dies bedingt die Schaffung von entsprechenden personellen und organisatorischen Voraussetzungen. Von *externem* Telefonmarketing wird immer dann gesprochen, wenn derartige Aktivitäten auf spezielle Agenturen übertragen werden; dabei handelt es sich in der Regel um aktionsbezogene Maßnahmen, zum Beispiel zeitlich befristete Verkaufsaktionen.

Des Weiteren kann man aktives und passives Telefonmarketing unterscheiden. Beim *aktiven* Telefonmarketing geht die Initiative zum Telefonanruf vom Produkt- oder Dienstleistungsanbieter aus, das heißt, der potentielle, aktive oder passive Kunde wird von diesem direkt kontaktiert. Beim *passiven* Telefonmarketing wird der potenzielle Kunde dagegen selbst aktiv und initiiert einen Anruf. Für das Telefon als erfolgversprechendes Direktmarketinginstrument gibt es eine Reihe von Gründen. Zunächst ist hier seine weite Verbreitung zu nennen. Die Werbung per Telefon, die ihren Ursprung in den Vereinigten Staaten von Amerika hat, erfährt in Deutschland, trotz der von Anfang an restriktiven Haltung der Rechtsprechung, einen geringen, aber im Ergebnis beachtlichen und ständig wachsenden Umfang. Dies zeigt sich an den zahlreichen, hierfür speziell eingerichteten Call-Centern, die in der Regel in strukturschwachen Gebieten, heute oftmals sogar im Ausland, mit niedrigen Lohnkosten betrieben werden. Der Nutzen dieser Werbemethode besteht darin, dass der Verkäufer den Kunden direkt ansprechen beziehungsweise sich individuell auf den Angerufenen abstimmen kann; zum Beispiel werden Kunden nach einer, von diesen ausgesprochenen Kündigung angerufen, um sie zu einem neuen Vertragsabschluss zu bewegen, vornehmlich gerade in der Bank- oder Versicherungsbranche. Hinzu kommt, dass die Werbemethode zugleich verhältnismäßig einfach durchführbar und dabei, auf Grund der geringen Telefonkosten, vergleichsweise günstig ist. Die sich aus

fixen, vor allem dem Gehalt des, die Telefongespräche durchführenden Mitarbeiters, und variablen, vor allem den Gebühren für die Tarifeinheiten, Bestandteilen zusammensetzenden Kosten betragen heute so im Durchschnitt in Deutschland etwa 10 Euro pro Telefonkontakt.

Nach § 7 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Unter einer *Belästigung* versteht man die Beeinträchtigung der privaten oder geschäftlichen Sphäre durch die *Art und Weise der Kontaktaufnahme* mit dem jeweiligen Marktteilnehmer. Es geht dabei nicht um den belästigenden Inhalt einer Werbebotschaft. Dabei geht es vor allem um folgende Fallgruppen:

- gezieltes Ansprechen von Personen in der Öffentlichkeit,
- Zusenden unbestellter Waren sowie
- Haustürwerbung, in der Regel also Vertreterbesuche.

Nicht jede Belästigung führt zu einer Unlauterkeit im Sinne des UWG. Erforderlich ist stets eine *Interessenabwägung* zwischen dem Interesse des Einzelnen, keine unerwünschte Werbung zu erhalten und dem Interesse des Werbenden an einer wirksamen Werbung. Eine unzumutbare Belästigung liegt dabei dann vor, wenn das Interesse des Einzelnen, vor unerwünschter Werbung geschützt zu werden, überwiegt, wobei als Maßstab wieder die Auffassung eines durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Adressaten anzunehmen ist.

Das *Ansprechen in der Öffentlichkeit*, zum Beispiel auf Straßen, in Geschäftspassagen oder Bahnhöfen, um Verbraucher zu einem Geschäftsabschluss zu bewegen, stellt dann eine unzumutbare Belästigung dar, wenn der Werber sich nicht als solcher zu erkennen gibt. Anders

# MARKETINGINSTRUMENTE

ist dagegen das Ansprechen auf einem Wochenmarkt zu bewerten, auf dem derartige Verkaufsmethoden üblich sind und wegen der Erkennbarkeit des Verkäufers, zum Beispiel durch besondere Kleidung oder spezielle Ansprache, auch einfacher abgewehrt werden können. Eine unzumutbare Belästigung ist hier nur dann anzunehmen, wenn dieser weitere unlautere Mittel verwendet, zum Beispiel Nötigung, oder den erkennbaren Willen des Beworbenen, nicht angesprochen zu werden, missachtet.

Eine unzumutbare Belästigung nach dem UWG stellt auch das *Zusenden unbestellter Waren* mit der Aufforderung, entweder den Kaufpreis für die Sache zu bezahlen oder diese wieder zurückzuschicken, dar. Diese Fälle werden heute im Verbraucherbereich auch von dem ausdrücklichen Verbot erfasst. Entsprechendes gilt für das Erbringen unbestellter Dienstleistungen. An der Wettbewerbswidrigkeit des Zusendens unbestellter Waren ändert auch die zivilrechtliche Regelung des BGB nichts, nach der durch die Lieferung unbestellter Waren kein Anspruch des Absenders gegen den Verbraucher entsteht.

Im „Consumer“-Bereich war *aktives Telefonmarketing* vor der UWG-Reform 2009 zulässig, wenn zumindest eine vorherige stillschweigende beziehungsweise konkludente Einwilligung des Verbrauchers vorlag. Ein konkludentes Einverständnis wurde dabei angenommen, wenn sich der Verbraucher so verhalten hat, dass aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers mittelbar auf ein Einverständnis mit der Telefonwerbung geschlossen werden konnte. Heute ist unverlangte Telefonwerbung im „Consumer“-Bereich *ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung* der beworbenen Verbraucher *unzulässig*. Begründet wird die Unzulässigkeit mit der Störung der Privatsphäre, da man in seiner Privatsphäre mit persönlichen Anrufen und nicht mit Werbeanrufen

rechnen muss. Ein solches ausdrückliches Einverständnis liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Betreffende selbst um die Information gebeten hat oder sich bei einem Anruf seinerseits mit einer telefonischen Beratung einverstanden erklärt hat. Diese Einwilligung muss dabei nicht in schriftlicher Form vorliegen, ist jedoch aus Beweisgründen für den Werbenden empfehlenswert.

Zivilrechtlich können solche Verträge, die ausschließlich telefonisch (oder auch per E-Mail oder Fax) angebahnt und mit Verbrauchern abgeschlossen werden, innerhalb einer Frist von 14 Tagen widerrufen werden.

Strafrechtlich stellt nach dem UWG ein schuldhafter Verstoß gegen diese Grundsätze zudem eine, mit Geldstrafe bedrohte Ordnungswidrigkeit dar. Werbeanrufer dürfen auch nach nicht mehr mit Rufnummernunterdrückung arbeiten.

Ein aktives Telefonmarketing schließlich ist im „Business“-Bereich, also allgemein gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, dann wettbewerbsrechtlich zulässig, wenn zumindest eine *mutmaßliche* Einwilligung angenommen werden kann. Es geht hier nicht um den Schutz der Privatsphäre, sondern um den Schutz der geschäftlichen Betätigungsfreiheit des Angerufenen. Die Rechtsprechung verlangt für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses, dass „auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden“ am Anruf vermutet werden kann, das heißt, dass der Anruf in seinem konkreten Interessenbereich liegt. Ein allgemeiner Sachbezug, zum Beispiel das Benötigen von Büromaterial, reicht nicht aus, da dieser nahezu immer gegeben sein dürfte. Es muss vielmehr ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Angerufenen herzuleitender Grund vorhanden sein, das heißt, dieser muss sich auf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit beziehen. Handelt es sich zum Beispiel um eine Maschi-

nenfabrik, so wird eine mutmaßliche Einwilligung anzunehmen sein, wenn sich der Anruf auf Metallwaren oder Maschinenteile oder Gegenstände mit Bezug zum Maschinenbau bezieht. Im Ergebnis kommt es also darauf an, ob im Einzelfall die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Umworbene den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht. Zur Feststellung eines derartigen besonderen Grundes, das heißt regelmäßig eines potenziellen Kaufinteresses, ist letztlich der schriftliche Weg empfehlenswert.

Die Regelung des UWG bezieht sich auf die Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post (E-Mail, SMS, MMS). Derjenige, der in dieser Form wirbt, bedarf der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten. Anders als bei der Telefonwerbung reicht eine konkludente beziehungsweise eine mutmaßliche Einwilligung bei der Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern nicht (mehr) aus. Der Gesetzgeber sieht hier insbesondere wegen des stark belästigenden Charakters und der Gefahr der Übersteigerung ein höheres Schutzbedürfnis. Diese Regelung deckt sich darüber hinaus mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

Bei der Regelung geht es um das Verbot *anonymer elektronischer Werbung*. Der Zweck besteht darin, den Werbenden dazu zu veranlassen, sich zur Werbung zu bekennen und seine Identität nicht zu verschleiern.

Als Ausnahmetatbestand regelt das UWG die Zulässigkeit von Werbung mittels elektronischer Post ohne ausdrücklicher Einwilligung des Empfängers für diejenigen Fälle, in denen der Unternehmer die elektronische Adresse im Zusammenhang mit dem Kauf einer Ware beziehungsweise der Inanspruchnahme einer Dienstleistung erhalten hat oder der Kunde bei Erhebung der

Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, das er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. Besondere Sorgfalt ist bei der Einholung von Einwilligungen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geboten. Keine wirksame Einwilligung liegt bspw. vor, wenn auf einem vom Adressaten unterzeichneten Lieferschein der Textzusatz „Bitte informieren Sie mich auch über weitere Angebote und Gewinnmöglichkeiten per E-Mail (ggf. streichen)“ enthalten war und dieser von den Adressaten nicht gestrichen wurde. Denn für ein Opt-in in E-Mail-Werbung bedarf es einer aktiven Einwilligungshandlung bspw. durch ein Ankreuzkästchen oder eine separate Unterschrift. Ferner sind Einwilligungserklärungen nur dann wirksam, wenn sie verständlich und vor allen Dingen so bestimmt sind, dass die Adressaten wissen, wer ihnen in welcher Frequenz welche Art von E-Mail-Werbung zusenden wird.

Das UWG bezieht sich auf auch die Werbung mittels solcher Kommunikationsmittel. Praktisch geht es dabei um die sogenannte *Briefwerbung (Mailing)*, also Werbebriefe, Prospekte, Kataloge, Postwurfsendungen, Handzettel oder Anzeigenblätter. Direktmarketing per Anschreiben ist auch heute noch von Bedeutung, vor allem, da hier die Zielgruppen mit großer Präzision angesprochen werden können.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen unadressierten Werbesendungen, die in erster Linie im „Consumer“-Bereich vorkommen, und adressierten Werbesendungen. Die Verteilung von unadressierten Werbesendungen an „alle“ Haushalte, die zum Absatzmarkt des betreffenden Unternehmens gehören, oder auch an nur ausgewählte Haushalte, ist wettbewerbsrechtlich zunächst grundsätzlich zulässig, selbst dann, wenn kein ausdrückliches Einverständnis des Umworbene(n) vorliegt. Allerdings

# MARKETINGINSTRUMENTE

dürfen Unternehmen keine Werbematerialien auf diesem Wege verteilen, oder, durch ein privates Unternehmen oder die Deutsche Post AG, verteilen lassen, wenn die Adressaten dies ablehnen, zum Beispiel durch entsprechende Briefkastenaufkleber wie „Werbung? Nein, danke“, „Keine Werbung“ oder „Keine Reklame“. Entscheidend ist die konkrete, auf dem Briefkastenaufkleber geäußerte Willenserklärung. Von Bedeutung ist hier vor allem die Meldung zur sogenannten Robinson-Liste, ein Verzeichnis des Deutschen Direktmarketingverbandes in Wiesbaden, dessen Mitglieder verpflichtet sind, den Widerspruch des Verbrauchers zu beachten; auch für Nichtmitglieder des Verbandes steht dieser Weg offen. Der adressierte Werbebrief stellt ein relativ günstiges Direktmarketinginstrument dar und ist wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässig. Dabei ist zunächst zu beachten, dass ein solcher Brief spätestens nach seiner Öffnung als Werbebrief inhaltlich zu erkennen sein muss.

## *„Auch das Internet ist kein rechtsfreier Raum! Was offline gilt, gilt grundsätzlich auch online“*

Für ein Unternehmen ist heute ein Internetauftritt von großer Bedeutung. Es ist weitgehend unverzichtbar, im Internet als „Visitenkarte“ ein „Schaufenster“ des eigenen Leistungsangebots zu installieren. Unabhängig davon, ob man über den Internetauftritt verkaufen oder nur sein Unternehmen und seine Leistungen präsentieren will, beginnt der Internetauftritt mit der Einrichtung einer entsprechenden Webseite.

Deren Registrierung kann eigene Rechte begründen, aber auch fremde Rechte verletzen. In rechtlicher Hinsicht kann die Registrierung einer Domain dabei vor allem gegen Markenrechte Dritter verstoßen.

Weiterhin kann die Verwendung einer Domain Namens-, Firmen- oder Kennzeichenrechte Dritter verletzen. So wird der Name durch § 12 BGB geschützt, und zwar die *Namen* von natürlichen Personen, Städten und Gemeinden sowie Vereinen. Die Firma wird durch handelsrechtliche Normen und die (Unternehmens-) Kennzeichen durch das Markengesetz geschützt.

Auf Webseiten wird mit Bildern, mit Musik und anderem geschütztem Material gearbeitet. Bei der Übernahme fremder Texte oder auch Bilder (zum Beispiel Fotos, Grafiken, Karten) ist das Urheberrecht, schwerpunktmäßig im Urheberrechtsgesetz (UrhG) enthalten, zu beachten, ebenso wie auch die oben schon angesprochenen Vorschriften des UWG. Bei Fotos können nicht nur die Rechte des Fotografen als Urheber der Fotos betroffen sein, sondern unter Umständen auch die Rechte der auf den Fotos abgebildeten Personen, deren Einwilligung grundsätzlich nach dem Kunsturhebergesetz dann erforderlich ist, wenn deren Abbildung verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden (was beim Abruf im Internet der Fall ist).

Nach dem Telemediengesetz (TMG) besteht eine Pflicht, auf Webseiten ein Impressum, das heißt eine Anbieterkennzeichnung, aufzunehmen. Welche Angaben zu machen sind, steht im Einzelnen in § 5 TMG. Sinn und Zweck der Impressumspflicht sind in erster Linie der Verbraucherschutz, aber auch der Schutz von Mitbewerbern, die sich so über den Inhaber einer Webseite informieren wollen. Bei Webseiten mit journalistisch-redaktionellem Inhalt sind zudem die Anforderungen des § 55 Rundfunkstaatsvertrages zu beachten.

Zu beachten ist, dass auch Nutzer von „Social Media“, wie etwa Facebook-Accounts, eine Anbieterkennung vorhalten müssen, wenn diese zu Marketingzwecken benutzt werden und nicht nur eine rein private Nutzung vorliegt.

Die durch Social Media-Plattformen, wie Foren, Blogs, Foto- und Videogalerien und Bewertungs-Communities auf der eigenen Corporate Webseite, eröffneten Kommunikations- und Interaktionsmöglichkeiten für und mit Interessenten, Kunden und anderen Internet-Nutzern erzeugen nicht nur Marketing-Mehrwerte, sondern bergen auch Rechtsrisiken.

Für jede Online-Kommunikation sind aus datenschutzrechtlicher Sicht stets die schon vorgestellten Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und das Telemediengesetz (TMG) zu beachten.

Neben datenschutzrechtlichen Fragen geht es dabei vor allem um die Haftung des Webseite-Betreibers für den sogenannten User-Generated-Content, also die Inhalte, die von Nutzern über Social Media ausgetauscht und auf der Corporate Webseite eingestellt werden. Verletzt dieser User-Generated-Content die Marken-, Urheber- oder Persönlichkeitsrechte Dritter, verstößt er gegen das Wettbewerbsrecht oder ist dieser Inhalt ansonsten rechtswidrig oder gar strafbar, dann stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betreiber der Webseite hierfür verantwortlich gemacht und insbesondere auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

Für die betroffenen Inhaber des verletzten Rechts, zum Beispiel im Falle einer Beleidigung durch einen anderen Nutzer oder wenn ohne Zustimmung des Fotografen oder der abgebildeten Person Fotos in einer Fotogalerie hochgeladen wurden, ist es oftmals der einzige Weg, gegen den Betreiber der Webseite Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche durchsetzen zu können, da sich häufig die Identität des Nutzers, der die Verletzungshandlung begangen hat, nicht ermitteln lässt.

Die aus dem TMG abgeleitete Grundregel der Haftung des Webseite-Betreibers für User-Generated-Content lautet, dass der Webseite-Betreiber für eigene Inhalte unbeschränkt und für fremde Inhalte nur beschränkt haftet.

Nach der Rechtsprechung gehören zu den eigenen Inhalten, für die der Webseite-Betreiber unbeschränkt haftet, neben den von diesem selbst erstellten Inhalten auch diejenigen fremden Webseite-Inhalte, die sich der Webseite-Betreiber zu eigen gemacht hat. Er haftet also dann unbeschränkt für User-Generated-Content, wenn er diesen aktiv zu seinem redaktionellen Angebot macht und/oder eigenständig wirtschaftlich verwertet, nicht aber wenn er die noch deutlich als solche erkennbaren fremden Inhalte lediglich passiv übernimmt, wie dies etwa typischerweise bei Nutzer-Beiträgen und -Kommentaren in Foren und Blogs der Fall ist.

## QUELLENVERZEICHNIS

---

[1] Institut für Mittelstandsforschung Bonn (2016): KMU-Definition des IfM Bonn. Zugriff: <http://www.ifm-bonn.org/definitionen/kmu-definition-des-ifm-bonn/>, Datum: 04.04.2016.

[2] Diller, H. (2008): Preispolitik, 4. Aufl., Kohlhammer Verlag, Stuttgart. S. 34.

[3] Meffert, H., Burmann, C., Kirchgeorg, M. (2015): Marketing, 12.Aufl., Springer Gabler Verlag, Wiesbaden. S. 512.

[4] Meffert, H., Burmann, C., Kirchgeorg, M. (2015): Marketing, 12.Aufl., Springer Gabler Verlag, Wiesbaden. S. 569.

# MITWIRKENDE HOCHSCHULEN

## **Hochschule Offenburg**

Die Hochschule für Angewandte Wissenschaften Offenburg wurde 1964 als Staatliche Ingenieurschule gegründet und 1978 durch den betriebswirtschaftlichen Standort in Gengenbach ergänzt. In den 1990er-Jahren entwickelte sie als Fachhochschule neue Studienangebote im Bereich Medien sowie Master-Studiengänge mit internationaler Ausrichtung. In den vergangenen zehn Jahren hat sich die Zahl der Studierenden mehr als verdoppelt. Heute studieren an den beiden Standorten Offenburg und Gengenbach mehr als 4.500 junge Menschen in den Bereichen Technik, Wirtschaft und Medien. Die vier Fakultäten bieten ein breites, interdisziplinäres und praxisorientiertes Fächerspektrum: Betriebswirtschaft und Wirtschaftsingenieurwesen, Elektrotechnik und Informationstechnik, Maschinenbau und Verfahrenstechnik sowie Medien und Informationswesen.

## **Hochschule Konstanz**

Die Hochschule Konstanz Technik, Wirtschaft und Gestaltung ist eine moderne Hochschule mit einem anwendungsorientierten Profil. Sie verfügt über ein breites Fächerspektrum und profitiert von der Interdisziplinarität sowie der Verbindung von Theorie und Praxis. Die Hochschule ist in Forschung und Entwicklung, Technologietransfer und Weiterbildung Partner für innovationsorientierte Unternehmen und leistungsbereite, kreative Menschen. Sie ist ein wesentlicher Teil der internationalen Wissenschafts- und Wirtschaftsregion Bodensee. Kernanliegen ist es, engagierten Talenten unterschiedlicher Vorbildung Berufs- und Lebenschancen zu eröffnen. Dabei ist es wichtig, Studierende persönlich zu beraten, individuell zu fördern und ihnen Wege ins Ausland zu eröffnen. Die HTWG will so zu einer nachhaltigen Entwicklung der Gesellschaft beitragen.

# IMPRESSUM

**Autoren:**

Prof. Dr. jur. habil. Thomas C. Zerres

Prof. Dr. Christopher Zerres

Kai Israel, M. Sc.

**© Copyright 2016**

Hochschule Offenburg

Badstraße 24

77652 Offenburg

Deutschland

Alle Rechte vorbehalten

**Verlag:**

Hochschulverlag, Hochschule Offenburg

Hochschule Offenburg

Badstraße 24

77652 Offenburg

Deutschland

**Bildnachweis:**

Cover: izzet ugutmen / Shutterstock | 254582680

Seite 2/3: © Michael Rasche

Seite 4: Lisa S. / Shutterstock | 384690610

Seite 6: Digital Genetics / Shutterstock | 154533638

Seite 15: MaximP / Shutterstock | 335526125

Seite 16: Pressmaster / Shutterstock | 97474436

Seite 35: sebra / Shutterstock | 283151966

Seite 36: Zadorozhnyi Viktor / Shutterstock | 124525963

Seite 40: wavebreakmedia / Shutterstock | 247106329

Seite 47: Sebastian Duda / Shutterstock | 217315261

Seite 48: Sergey Nivens / Shutterstock | 120539965

Seite 58/59: © Weinbrenner

**ISBN:**

978-3-943301-20-5

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [dnb.de](http://dnb.dnb.de) abrufbar.

[www.hs-offenburg.de](http://www.hs-offenburg.de)

**Hochschule Offenburg**

Badstraße 24

77652 Offenburg

[info@hs-offenburg.de](mailto:info@hs-offenburg.de)

[www.hs-offenburg.de](http://www.hs-offenburg.de)

© Copyright 2016

ISBN: 978-3-943301-20-5