

IAB Switzerland

**Leitfaden
Recht und Onlinewerbung**

Zürich, Oktober 2011

Vorwort

Onlinewerbung ist heute ein unverzichtbarer Bestandteil der ganzheitlichen Zielgruppenansprache. In Deutschland liegt der Anteil der Onlinewerbung (Display, Search und Affiliate Marketing) im Media-Mix bereits an 2. Stelle hinter TV-Werbung. In der Schweiz liegt die Onlinewerbung (gemäss MediaFocus im ersten Halbjahr 2011) an 4. Stelle nach Print, TV und Plakat. Online-Werbung als effektive und zielgerichtete Form der (Neu-)Kundenansprache ist darum für viele Unternehmen aus dem Marketing-Mix nicht mehr wegzudenken. Die rasante Entwicklung in der Onlinemarketing-Branche fordert aber von Dienstleistern und Agenturen immer mehr Know-how in allen Bereichen. Vor allem auch im Bereich der rechtlichen Aspekte rund um die Onlinewerbung. Dieser Leitfaden soll dem Leser eine erste Orientierung verschaffen. Er skizziert die für Onlinemarketing geltenden wesentlichen rechtlichen Anforderungen in kurzer Form.

Der Online-Verband IAB Switzerland hat sich zum Ziel gesetzt, alle Aktivitäten zu unterstützen, die dem Online-, Mobile- und Digitalenwerbemarkt in der Schweiz dienen. Aus diesem Grund freut es mich sehr, dass wir mit der Anwaltskanzlei VISCHER diesen Leitfaden lancieren konnten. Mein spezieller Dank geht an Frau Claudia Keller und Rolf Auf der Maur, die den Leitfaden erstellt haben.

Ich wünsche Ihnen viel Spass beim Lesen.

Ueli Weber
Präsident IAB Switzerland

IAB LEITFADEN ONLINE MARKETING

I. ZWECK UND INHALT

Der Anteil des Online Marketings an den gesamten Werbeinvestitionen wächst auch in der Schweiz kontinuierlich. Heute sind crossmediale Werbekampagnen an der Tagesordnung. Kaum eine innovative Werbekampagne, die nicht über einen QR Code vom Inserat oder Plakat zu weiterführenden Informationen, Videos oder Wettbewerben auf einer Online Plattform führt.

Während die technischen Möglichkeiten grenzenlos scheinen und beinahe täglich neue Online Werbeformen zu entdecken sind, verschieben sich die rechtlichen Grenzen nur langsam. Im Vergleich zu vielen anderen Rechtsordnungen ist die Schweiz von einem liberalen Wirtschaftssystem und dem Grundsatz der Werbefreiheit geprägt. Dennoch sind den technischen und kreativen Möglichkeiten der Werbung im Interesse des Schutzes der Konsumenten, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit sowie auch zum Zweck eines fairen und funktionierenden Wettbewerbs zahlreiche Schranken gesetzt. Nur wer mit den rechtlichen Anforderungen vertraut ist, kann das ganze Spektrum der Möglichkeiten ausschöpfen.

Im Online Bereich sind aber nicht nur rechtliche Anforderungen zu beachten. Zunehmend spielen auch die von den grossen Plattformen aufgestellten „Spielregeln“ eine wichtige Rolle. Was nützt es, wenn eine mit viel Aufwand erstellte Facebook Kampagne zwar den rechtlichen Anforderungen in der Schweiz genügt, von Facebook aber wegen einem Verstoß gegen ihre Werberichtlinien gesperrt wird?

Dieser Leitfaden soll dem Online Marketing Spezialisten eine erste Orientierung verschaffen. Er skizziert die für Online Marketing geltenden wesentlichen rechtlichen Anforderungen in kurzer Form. Kern des Leitfadens sind jedoch konkrete Antworten auf konkrete Fragen zu Werbemassnahmen, die über ein Online Q&A zugänglich sind und laufend aktualisiert werden.

II. BEWÄHRTE REGELN FÜR NEUE ANWENDUNGSBEREICHE

Online Marketing bietet sowohl für Unternehmen wie auch für Konsumenten klare Vorteile gegenüber herkömmlichen Werbemethoden. Die weltweite und tageszeitlich nicht limitierte Verfügbarkeit des Internet ermöglicht Unternehmen eine direkte und gezielte Kommunikation mit ihrem Zielpublikum. Online Werbebotschaften lassen sich zudem stärker visualisieren, interaktiv gestalten und damit ‚erlebbarer‘ machen. Ein weiterer Vorteil des Online Marketings liegt darin, dass sich durch den Einsatz entsprechender technischer Mittel (bspw. Cookies, Web-Controlling) die Wirksamkeit der Werbemittel sehr genau analysieren und optimieren lässt.

Diese Vorteile des Online Marketings haben jedoch auch besondere rechtliche Herausforderungen zur Folge. So steht etwa die Möglichkeit der Individualisierung von Online Werbemassnahmen in einem besonderen Spannungsverhältnis zu den Regeln des Datenschutzes.

Die Überprüfung der rechtlichen Anforderungen an eine geplante Werbemassnahme kann für den juristischen Laien schwierig sein. Die Aufgabe wird dadurch erschwert, dass nicht alle Regeln konsolidiert und systematisch geordnet in einem einzigen Gesetzesakt zu finden sind. Vielmehr handelt es sich beim Werberecht um ein typisches Querschnittsthema. Die relevanten Regelungen sind auf zahlreiche Gesetze und Verordnungen verteilt. Darüber hinaus existieren Anforderungen der

Selbstregulierung, welche die gesetzlichen Regeln ergänzen. Viele dieser Bestimmungen stammen aus einer Zeit, in der noch niemand an Online Werbemassnahmen dachte. Es braucht aber nicht für jede neue jede Frage ein neues Gesetz! Für die meisten neuen Sachverhalte existieren bereits heute brauchbare Regeln, wenn sie nur richtig angewendet werden.

Die wachsende Verbreitung und Nutzung von Online Marketingmassnahmen zeigt, dass diese auch auf Empfängerseite eine hohe Akzeptanz geniessen. Zumindest ist dies der Fall, wenn die Werbung in einer Art und Weise dargestellt und verbreitet wird, die das Publikum nicht als belästigend empfindet. Die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen bei der Ausgestaltung von Online Marketing Massnahmen kann wesentlich dazu beitragen, diese Akzeptanz zu stärken und zu wahren.

III. DIE WICHTIGSTEN REGELN IM ÜBERBLICK

1. Das Lauterkeitsrecht

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) bildet Kernstück des Werberechts. Das UWG will den fairen, lautereren Wettbewerb fördern oder anders ausgedrückt, unfaires, täuschendes Verhalten verhindern.

Der Adressatenkreis des UWG ist weit. Es richtet sich an jeden, dessen Verhalten das Verhältnis Anbieter - Abnehmer im Hinblick auf einen ökonomischen Vorteil beeinflussen kann (beispielsweise auch Medien oder Online Vergleichsdienste).

Das UWG umschreibt den unlauteren Wettbewerb als täuschendes oder gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Verhalten im Geschäftsverkehr. Dieser Grundtatbestand wird durch in Fallgruppen unterteilbare Spezialtatbestände konkretisiert. Das UWG kann sowohl in Bezug auf den Inhalt einer Werbebotschaft wie auch in Bezug auf deren Verbreitung relevant sein.

Im Zusammenhang mit dem Lauterkeitsrecht sind auch die Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission, dem Selbstregulierungsorgan der Werbebranche, zu nennen www.Lauterkeit.ch. Diese Grundsätze widerspiegeln die Bestimmungen des UWG, verfügen jedoch in Bezug auf die einzelnen Bestimmungen über einen höheren Detaillierungsgrad, da sie regelmässig anhand der im Zusammenhang mit dem UWG ergangenen Gerichtsentscheide angepasst werden.

a) Anforderungen an Werbeaussagen

Die in Online Marketingmassnahmen enthaltenen Botschaften unterliegen dem Wahrheitsgebot sowie dem Irreführungs- und Täuschungsverbot. Dies unabhängig davon, ob es sich um Werbung auf der eigenen Webseite, auf Webseiten Dritter (Banner, Pop-ups, etc.), in Social Networks oder um Direktmarketing handelt.

In diesen Grundsätzen enthalten ist auch das Transparenz- und Trennungsgebot. Dieses bedeutet, dass Werbung als solche erkennbar sein muss. In den klassischen Medien hat sich eine klare Praxis zur Abgrenzung von redaktionellen und kommerziellen Inhalten herausgebildet (Kennzeichnung von Werbeanzeigen in Printmedien). Für TV und Radio ist das Trennungsgebot gar gesetzlich verankert.

Im Online Bereich fehlen zwar gesetzliche Vorgaben, doch halten sich publizistisch ambitionierte Plattformen mit Vorteil an die im Bereich der Printmedien entwickelte Praxis. Auch andere Plattformen haben aber aufgrund der lauterkeitsrechtlichen Anforderungen sicher zu stellen, dass das Trennungs- und Transparenzgebot gewahrt ist. Online Werbebotschaften in Form von Banner, Pop-ups und dergleichen oder als Posts in Social Media (beispielsweise gesponserte Tweets) lassen sich derart in ein Umfeld einbetten, dass ihr Werbecharakter gegebenenfalls nicht erkennbar ist. Eine solche „Verschleierung“ würde das lauterkeitsrechtliche Transparenz- und Trennungsgebot verletzen.

Zentral sind ferner die Anforderungen an die Preisdeklaration, die bei dynamischen Preissetzungsmodellen (etwa bei Groupon, Dein Deal oder bei Online Shopping Clubs wie eboutic oder Fashion Friends) schwierig umzusetzen sind. Bei der Preiswerbung sind nebst den vorgenannten Anforderungen des Lauterkeitsrechts die Vorschriften der Preisbekanntgabeverordnung einzuhalten. Preise, Preisrahmen oder Preisgrenzen müssen den tatsächlich zu bezahlenden Preisen entsprechen. Ausserdem muss aus der Preiswerbung deutlich hervorgehen, worauf der Preis sich bezieht. Bei Preisvergleichen und Hinweisen auf Preisreduktionen sind weitere spezifische Bestimmungen einzuhalten. So müssen die Anbieter klar deklarieren, welche Originalpreise als Referenzpreise verwendet wurden und unter welchen konkreten Bedingungen der Rabatt gewährt wird.

b) Direktmarketing

Das UWG enthält eine spezifische Regelung bezüglich des Versands von Massenwerbung, die für Direktmarketingaktivitäten zu beachten ist. Als Massenwerbung gilt der massenweise elektronische Versand von Werbemitteilungen beispielsweise via E-Mail, SMS aber auch Direktmitteilungen in Social Networks.

Der Versand von Massenwerbung ist dann unlauter, wenn er ohne Zustimmung der Empfänger erfolgt (so genanntes „Spam“). Eine Zustellung von Massenwerbung ist ohne Einwilligung zulässig, wenn ein Kunde im Rahmen eines Erstkontaktes (bspw. Kauf eines Produktes) die Ablehnungsmöglichkeit von Werbemitteilungen nicht in Anspruch nimmt und das Unternehmen später an diesen Kunden Werbemitteilungen für eigene ähnliche Angebote versendet. Ebenfalls unlauter ist Massenwerbung, die ohne Angabe des korrekten Absenders versandt wird. Ferner muss in jeder Mitteilung eine kostenlose Ablehnungsmöglichkeit für künftige Mitteilungen enthalten sein, die überdies einfach in Anspruch zu nehmen sein muss.

Zusammengefasst gelten für den Massenversand von Werbemitteilungen folgende Grundsätze:

- (a) Die Empfänger müssen vor der Aufnahme in den Verteiler ihre Einwilligung gegeben haben, es sei denn es handelt sich um bestehende Kunden und die Werbung betrifft eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen.
- (b) Der Absender muss eindeutig erkennbar sein.
- (c) Die Mitteilung muss die Möglichkeit des Opt-out enthalten (bei E-Mail Marketing ist ein Link üblich, über welchen sich der Empfänger direkt vom Verteiler löschen kann).

Diese Anforderungen sind für die klassischen Direktmarketingmittel wie Fax und E-Mail konzipiert. Die Beurteilung von Werbemitteilungen über Social Networks hängt von den jeweiligen Möglichkeiten des genutzten Dienstes ab. Bei Twitter beispielsweise sind Direktmitteilungen (derzeit) nur an eigene Follower möglich. Das Folgen kann als entsprechende Einwilligung zum Erhalt solcher Mitteilung gewertet werden. Das Opt-out wiederum ist durch die Möglichkeit des Entfolgens gegeben. Selbst wenn Massenwerbung UWG-konform erfolgt, kann der Versand solcher Werbemitteilungen über Drittplattformen wie Social Networks gegen deren Nutzungsbedingungen verstossen. Auch Hosters stellen mitunter in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen besondere Anforderungen an den Versand von Massenwerbung. Die entsprechenden Nutzungs- und allgemeinen Geschäftsbedingungen sollten daher ebenfalls geprüft werden.

c) Suchmaschinenmarketing

Das Suchmaschinenmarketing hat eine optimale Platzierung des eigenen Angebots innerhalb organischer Suchergebnisse oder aber die Platzierung von Werbeanzeigen im Umfeld bestimmter organischer Suchergebnisse zum Ziel.

Die Verbesserung der Positionen des eigenen Angebotes bei generischen Suchergebnissen gelingt durch die Verwendung geeigneter Begriffe an für die Suchmaschinen relevanter Stelle (bspw. in Hauptseiten oder in Überschriften). Derselbe Effekt lässt sich durch die Verwendung solcher Begriffe im Quelltext (sogenannte Metatags) erreichen. Diese Massnahmen sind grundsätzlich zulässig und unproblematisch, solange zur Verbesserung des Suchmaschinenrankings eigene Kennzeichen oder Begriffe gemeinfreier, generischer Natur verwendet werden. Kritisch ist die Verwendung fremder Kennzeichen wie Namen, Unternehmensbezeichnungen, Domains und Marken (zur Kennzeichenrechtsverletzung siehe unten Ziffer 4) oder sachfremder Begriffe. Eine Verletzung des UWG wird dann bejaht werden, wenn durch den Einsatz solcher Massnahmen der falsche Eindruck einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbetreibenden und einem Dritten erweckt wird oder durch systematische Anlehnung an einen Dritten eine Rufausbeutung stattfindet.

Die Platzierung von Werbeanzeigen im Umfeld bestimmter organischer Suchergebnisse geschieht durch Keyword Advertising, sprich suchwortabhängige Werbung auf Websites von Suchmaschinen. Auch hier gilt: Solange eigene Kennzeichen oder Begriffe gemeinfreier, generischer Natur verwendet werden, sind solche Massnahmen unproblematisch. Die Verwendung fremder Kennzeichen als Keywords hingegen kann unter Umständen eine Rechtsverletzung darstellen (vgl. unten Ziffer 4).

2. Datenschutz

Der Datenschutz spielt immer dann eine Rolle, wenn Personendaten erhoben und bearbeitet werden. Als Personendaten gelten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Angaben zur Person, geografische Daten, Telefonnummern, E-Mail Adressen, IP Adressen etc.). Erfasst sind sowohl Daten von natürlichen wie juristischen Personen. Das Datenschutzrecht nimmt im Online Marketing einen zentralen Stellenwert ein, da die meisten Online Werbemassnahmen geradezu auf der Be- und Verarbeitung von (elektronischen) Personendaten basieren.

Wer Personendaten bearbeitet, benötigt entweder die Einwilligung der betroffenen Person oder eine gesetzliche Grundlage. Im Datenschutzrecht gilt sodann der Zweckbindungsgrundsatz, d.h. die Daten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder den die betroffene Person aus anderen Gründen erwarten konnte. Wer Daten zu administrativen Zwecken beschafft, darf diese nicht ohne Einwilligung des Betroffenen für Werbezwecke verwenden. Beim Erwerb von Adresssätzen von Dritten ist daher genau zu prüfen, ob die datenschutzrechtlichen Vorgaben für den beabsichtigten Nutzungszweck erfüllt sind.

Über Cookies, Logfiles und andere Trackingmassnahmen lassen sich Zusatzdaten erheben und das Verhalten eines Nutzers analysieren. Beim Einsatz von mobilem Internet lassen sich gar sein Aufenthaltsort und seine Bewegungen erfassen. Sobald sich die so erhobenen Daten einer Person zuordnen lassen, gelangen die datenschutzrechtlichen Anforderungen zur Anwendung. Das hat zur Folge, dass der Nutzer über die Art der erhobenen Daten sowie über deren Verwendung informiert sein muss. Gemäss den Vorgaben des EU Rechts ist dem Nutzer auch die Möglichkeit einzuräumen, Trackingmethoden auszuschalten. IAB Europe anerkennt die Wichtigkeit des Datenschutzes für die weitere Entwicklung des Online Marketings und hat die Initiative für eine Selbstregulierung ergriffen. <http://www.iabeurope.eu/news/self-regulation-framework.aspx> Die „European Self Regulation for Online Behavioural Advertising“ setzt bei der Information des Konsumenten an und will diesen in die Lage versetzen, einen informierten Entscheid über die Zulassung oder Sperrung von Tracking-Methoden zu treffen. Zu diesem Zweck sollen Online-Werbemittel mit einem Link zu einer Online-Plattform versehen werden, auf der Konsumenten sich informieren und ihre Präferenzen individuell einstellen können <http://www.youronlinechoices.eu>.

Beim Umgang mit Personendaten ist zu bedenken, dass diese das wertvollste Gut für Marketingmassnahmen darstellen, da sie eine direkte und weitgehend individualisierte Kontaktnahme mit dem (potenziellen) Kunden ermöglichen. Der Datenschutz verdient daher nicht nur aus rechtlichen Gründen Beachtung. Ein fairer, transparenter und verantwortungsvoller Umgang mit Personendaten schafft Glaubwürdigkeit und Vertrauen beim Konsumenten. Es hat sich daher die Praxis etabliert, dass Unternehmen die bei ihnen geltenden Grundsätze der Datenbearbeitung in Datenschutzrichtlinien festlegen und ihren Kunden zugänglich machen.

3. Urheberrecht

Das Urheberrecht schützt Texte, Fotografien, Musikwerke, audiovisuelle Werke, Computerprogramme und vergleichbare kreative Werke. Wer fremde Werke für Online Marketingmassnahmen verwendet muss die Nutzungsrechte vorgängig erwerben. Die Lizenz muss die in Aussicht genommene Nutzungsart, die Nutzungsdauer und das relevante geographische Gebiet umfassen.

Wer im Rahmen einer Kampagne Material einer professionellen Werbeagentur/Bildagentur verwendet wird erwarten, dass die Rechte geklärt sind. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass selbst ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten bei einer unberechtigten Person nicht vor Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen des Rechteinhabers schützt.

Mit noch grösserem Risiko behaftet sind Online Marketingmassnahmen mit Material aus frei zugänglichen Quellen. Auch diese Materialien dürfen grundsätzlich nur mit Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden. Die Lizenzierung kann direkt beim Urheber (Autor, Fotograf, etc.)

erfolgen. Häufig werden Werke auch von Agenturen vermarktet (bspw. Getty Images für Fotografien und audiovisuelle Werke).

Zunehmend beliebt ist die Verwendung von Inhalten, die unter der sogenannten „Creative Commons“ Lizenz veröffentlicht wurden. Entgegen einem weit verbreiteten Irrtum handelt es sich dabei nicht um urheberrechtsfreie Werke, sondern um solche, die wie alle anderen Werke ebenfalls dem Urheberrecht unterstehen. Der Autor hat sie jedoch unter den in der Creative Commons Lizenz definierten Bedingungen (<http://creativecommons.org>) zugänglich gemacht. Er kann dabei wählen, ob seine Werke von Nutzern verändert werden dürfen oder nicht und ob sie auch für kommerzielle Zwecke eingesetzt werden dürfen. Vor dem Einsatz von Inhalten, die unter der Creative Commons Lizenz veröffentlicht wurden sind daher immer die konkret anwendbaren Lizenzbedingungen zu prüfen. Gleiches gilt im Übrigen für Open Source Software.

Weiter besteht die Möglichkeit, Rechte an Werken von so genannten Verwertungsgesellschaften zu erwerben. Verwertungsgesellschaften sind private Institutionen, welche Urheberrechte treuhänderisch für die ihnen angeschlossenen Urheber wahrnehmen. Verwertungsgesellschaften können auch eine hilfreiche Anlaufstelle sein, wenn in einem konkreten Fall der Rechteinhaber nicht ermittelt werden kann. In der Schweiz sind fünf Verwertungsgesellschaften aktiv:

- SUISA (zuständig für musikalische, nicht-theatralische Werke)
- SUISSIMAGE (zuständig für audiovisuelle Werke)
- ProLitteris (zuständig für Literatur, Fotografie und bildende Kunst)
- Société Suisse des Auteurs SSA (zuständig für wort- und musikdramatische sowie audiovisuelle Werke)
- SWISSPERFORM (zuständig für die Rechte der Interpreten, Sendeanstalten, Musik- und Filmverlage)

Die Abgeltung von Rechten erfolgt anhand von Tarifen und richtet sich nach der konkreten Verwendungsform. Alle vorgenannten Verwertungsgesellschaften verfügen über eine Webseite, auf der die Tarife abrufbar sind.

Eine besondere Herausforderung stellen interaktive Werbemassnahmen dar, bei denen Teilnehmer selber Fotos, Videomaterial, Texte, und dergleichen einstellen können (User Generated Content). Die von Nutzern beigesteuerten Inhalte können kaum auf ihre Rechtskonformität kontrolliert werden, da nur schwer nachzuprüfen ist, ob der Nutzer tatsächlich Urheber des Inhalts ist oder Nutzungsrechte erworben hat. Die Teilnahme an solchen interaktiven Marketingkampagnen sollte daher zumindest an die Voraussetzung geknüpft werden, dass der Nutzer bestätigt, über die erforderlichen Rechte zu verfügen (bspw. Teilnahmebedingungen mit entsprechender Gewährleistungs- und Haftungsregelung). Im Zusammenhang mit der Verwendung von Drittmaterialien ist allerdings zu beachten, dass ein Geschädigter gegen jede Person Vorgehen kann, die an der Verletzung beteiligt ist. Das werbetreibende Unternehmen wird in solchen Fällen in der Regel als primärer Anspruchsgegner wahrgenommen. Dieses kann je nach vertraglicher Konstellation bei finanziellen Forderungen Rückgriff auf die verantwortliche Person oder Werbeagentur nehmen. Der mit einem Verletzungsvorwurf zusammenhängende Reputationsschaden bleibt jedoch unabhängig von einem

allfälligen Rückgriff bestehen. Es ist daher wichtig, dieses Risiko bei der Verwendung von Drittmaterialien vorausschauend zu berücksichtigen.

4. Kennzeichenrecht

Unter das Kennzeichenrecht fallen jene Bestimmungen, welche die Verwendung von Kennzeichen von Personen oder Unternehmen regeln. Kennzeichen sind Personennamen, Firmennamen, Marken oder auch Domainnamen. Firmennamen und Marken sind im Firmen- bzw. Markenregister eingetragene Kennzeichen und verleihen dem Inhaber unter gewissen Voraussetzungen einen Alleinbenutzungsanspruch.

So ist der Schutzzumfang von Marken – mit Ausnahme von berühmten Marken – auf die Waren und Dienstleistungen beschränkt, für die die Marke eingetragen ist. Der Schutz erstreckt sich zudem nicht auf die in einem Kennzeichen enthaltenen gemeinfreien Begriffe. Beispielsweise verleiht die Marke „ABC Internet Media Agentur“, eingetragen für Internetdienstleistungen, dem Inhaber keinen Monopolanspruch am Begriff „Internet Media Agentur“, da dieser für die beanspruchten Dienstleistungen beschreibend und damit freihaltebedürftig ist.

Vorsicht ist geboten, wenn fremde Kennzeichen als Bestandteil einer Werbemassnahme verwendet werden sollen. So kann beispielsweise die Verwendung fremder Kennzeichen im Bereich des Suchmaschinenmarketings problematisch sein (für das Lauterkeitsrecht vgl. oben II. 1.c). In der Schweiz ist allerdings nach wie vor umstritten, ob die Verwendung fremder Marken als Metatag oder Keyword per se bereits eine Markenrechtsverletzung darstellt. Diese Frage ist jeweils anhand der konkreten Ausgestaltung der Werbemassnahme zu prüfen. Wenn jemand eine fremde Marke als Suchmaschinen-Keyword verwendet, hat dies zur Folge, dass bei der Eingabe der Marke als Suchwort im Werbeteil, d.h. ausserhalb der generischen Trefferliste, seine eigene Anzeige erscheint. Enthält die Anzeige keine weitere Bezugnahme auf die Drittmarke (Nennung der Drittmarke oder ein anderer Hinweis auf den Markeninhaber), dürfte diese Verwendung der fremden Kennzeichen markenrechtlich und lauterkeitsrechtlich unproblematisch sein. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht dies im Einzelfall anders beurteilt. Aus diesem Grund ist von der Verwendung von Drittkennzeichen grundsätzlich abzuraten. Häufig geschieht eine Verwendung von Drittmarken allerdings auch unwissentlich, beispielsweise wenn bei Google AdWords die Funktion „weitgehend passend“ (Matching Option) verwendet wird. In diesem Modus werden auch Keyword-ähnliche Kennzeichen erfasst, welche wiederum fremde Kennzeichen sein können.

Ob ein Begriff als Firma, Marke oder Domain geschützt ist, lässt sich in den relevanten Registern (Firmenregister, Markenregister, Whois – Datenbank) relativ problemlos recherchieren.

5. Werbeverbote und -beschränkungen

Nebst den vorgenannten allgemeinen rechtlichen Anforderungen an Werbemassnahmen existieren weitere punktuelle Werbeverbote bzw. Einschränkungen, die von Fall zu Fall zu beachten sind. Es würde den Rahmen dieses Leitfadens sprengen, diese Schranken abschliessend darzustellen. Die in den entsprechenden Bereichen tätigen Werbekunden sind in der Regel selber bestens damit vertraut.

a) Produkt- oder branchenspezifische Werbeverbote

Branchenspezifische Einschränkungen von Werbung gelten beispielsweise für Anlagefonds, Finanzinstitute, Konsumkredite/Teilzahlungsgeschäfte sowie Anwälte. In diesen Bereichen gilt

entsprechend der Natur der betroffenen Geschäfte ein strenges Wahrheitsgebot, die Pflicht zur klaren Information der Konsumenten sowie ein Verbot aufdringlicher Werbung.

Produktspezifische Beschränkungen bestehen in Bezug auf Heilmittel (Publikumsverbot für bestimmte Produkte), Kosmetika (Regulierung der möglichen Anpreisungen, Vermeidung Gefahr einer gesundheitsschädigenden Verwendung des beworbenen Produktes) und für Lebensmittel (es gilt ein striktes Wahrheitsgebot im Bereich Lebensmittelwerbung und detaillierte Vorschriften betreffend Deklaration der Inhalte und Nährwerte).

Ferner gilt ein Werbeverbot in Bezug auf alkoholische Getränke gegenüber Jugendlichen und ein Verbot von Gesundheitsanpreisungen. Das Werbeverbot gegenüber Jugendlichen ist im Bereich Online Marketing relevant, wenn alkoholische Produkte beispielsweise über Plattformen beworben werden, welche ein klar jüngeres Zielpublikum ansprechen. Dasselbe gilt für Tabakwaren. Für diese gilt ein Verbot von Werbung, die sich speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richtet und bezweckt, sie zum Tabakkonsum zu animieren.

b) Mediengattungsspezifische Verbote

Besonders detaillierte Anforderungen gelten an Werbung in Radio und Fernsehen. Das ist historisch bedingt und steht im Zusammenhang mit dem grossen Einfluss dieser Medien auf die öffentliche Meinung zu Zeiten des öffentlichen Monopolrundfunks. Heute verschmelzen die linearen elektronischen Medien immer mehr mit interaktiven Onlineangeboten. Dennoch sind nach Schweizer Recht die rundfunkspezifischen Werbeverbote (beispielsweise für politische Parteien oder religiöse Bekenntnisse) nur auf linear verbreitete und zeitlich angesetzte Rundfunkprogramme anwendbar (dies aber auch dann, wenn die entsprechenden Programme über IP basierte Technologien verbreitet werden). Anders ist die Rechtslage in der EU, welche Werbebeschränkungen für nicht linear verbreitete audiovisuelle Dienste erlassen hat. Eine Anpassung an das EU Recht steht nicht unmittelbar bevor, dürfte jedoch auf längere Sicht unvermeidlich sein.

c) Wettbewerbe und Gewinnspiele

Die Teilnahme an Wettbewerben und Gewinnspielen darf nicht von der Leistung eines Einsatzes oder dem Abschluss eines Rechtsgeschäftes abhängig gemacht werden. Andernfalls stellt das Gewinnspiel eine unzulässige lotterienähnliche Veranstaltung gemäss Lotteriegesez dar. Die Durchführung unerlaubter Lotterien ist strafbar. Ein Einsatz liegt bereits dann vor, wenn die Teilnahme über eine kostenpflichtige Mehrwertnummer (Telefon oder SMS) vorgesehen ist. In diesem Fall muss eine gleichwertige Gratisteilnahmemöglichkeit existieren. Gleichwertigkeit ist gegeben bei Teilnahmemöglichkeiten per Normaltarifnummer, Gratisnummer, E-Mail, direkt über Internet oder aber auch per Postkarte (die Kosten für eine Normaltarifnummer oder eine Briefmarke gelten als „Transportkosten“ und nicht als Einsatz).

Bei der Durchführung von Wettbewerben und Gewinnspielen über Plattformen Dritter ist zudem zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen die Durchführung vertraglich überhaupt zulässig ist. So sind auf Facebook in diesem Zusammenhang die Richtlinien für Promotions zu beachten, welche die Zulässigkeit von Wettbewerben und Gewinnspielen regeln (und stark einschränken).

Wettbewerbe und Gewinnspiele unterliegen ausserdem selbstverständlich auch den allgemeinen Anforderungen des Lauterkeitsrechts. Die Bedingungen für die Teilnahme müssen eindeutig und klar

formuliert und für den Kunden verständlich sein. Der Wettbewerb ist sodann wie angekündigt durchzuführen, ansonsten eine Irreführung des Publikums vorliegt.

6. Sanktionen

Die Rechtsfolgen einer Verletzung der werberechtlich relevanten Bestimmungen sind je nach Gesetz unterschiedlich und beinhalten zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Massnahmen. Im Vordergrund stehen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche. Einige Vorschriften des Werberechts sind mit strafrechtlichen Sanktionen belegt, wobei der Strafrahmen stark variieren kann. Unlautere Werbemethoden können beispielsweise mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu CHF 100'000 geahndet werden. Freiheitsstrafen sind allerdings äusserst selten, und auch die Bussenhöchstsätze werden in der Praxis kaum je ausgeschöpft. Häufig erfolgt bei einem Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht auch eine Anzeige an die Lauterkeitskommission. Diese kann zwar keine Sanktionen aussprechen, doch publiziert sie ihre Fälle, was häufig weitere negative Publizität zur Folge hat.

7. Grenzüberschreitendes Online Marketing

Die obigen Ausführungen geltend nur, solange auf eine Online Marketingmassnahme Schweizer Recht zur Anwendung kommt. Bei grenzüberschreitender Werbung ist zu bedenken, dass das lokale Recht ausländischer Empfänger/Kunden gegebenenfalls zur Anwendung kommen kann. Entsprechend ist bei grenzüberschreitender Werbung abzuklären, ob die Werbemassnahmen den lokalen rechtlichen Anforderungen entsprechen. Dies besonders im Hinblick auf Datenschutzbestimmungen, Preisbekanntgabepflichten und im Falle des Direktmarketings in Bezug auf Regelungen zu Spam. Unter Umständen gelten sodann unterschiedliche Bestimmungen, je nachdem ob die Werbemassnahme sich an Privatpersonen (Business to Consumer) oder an Unternehmen (Business to Business) richten. Es empfiehlt sich bei grenzüberschreitenden Aktivitäten, lokale Fachpersonen beizuziehen.

Zürich, 13. September 2011

© VISCHER AG, Dr. Rolf Auf der Maur und lic. iur. Claudia Keller, Rechtsanwälte

Bei Fragen zum Dokument und weiteren Informationen wenden sie sich bitte an:

IAB Switzerland, Postfach 224, 8832 Wollerau. Roger Baur, Geschäftsführer,
roger.baur@iabschweiz.ch