

## **Erhöhte Haftungsrisiken für Werbe- und Direktmarketingagenturen**

*Mit einer neuen Entscheidung hat das OLG Düsseldorf der Werbebranche einen herben Schlag verpasst: Es konkretisiert den Haftungsrahmen für Werbetreibende und insbesondere Direktvermarkter und sorgt mit einer Entscheidung zu Lasten einer Werbeagentur zurecht für unruhige Stimmung in der Branche (Az.: I 5 U 39/02).*

*RA Jochen-P. Kunze, Flensburg*

Was war geschehen? Eine Werbeagentur bot ihrem Kunden die Konzeption, die Gestaltung und den Text für drei Mailing - Aktionen an. Der zugrunde liegende Vertrag enthielt zumindest minimale Regelungen über das, was aus rechtlicher Sicht von großer Bedeutung ist: den konkreten Inhalt der Leistung und die vorzunehmenden Abstimmungen zwischen den Vertragspartnern. Verwendet hatte die Werbeagentur jedoch relativ unkonkrete und lückenhafte Formulierungen, wie sie eher branchentypisch sind. Insbesondere fehlten haftungsrechtliche Einschränkungen und eine Abgrenzungen der Verantwortlichkeiten. Dies sollte sich nach Übergabe des ersten Konzepts bereits rächen, als weitere Leistungen zur Umsetzung und Nacharbeitung der Mailing - Aktion von dem Unternehmen nicht abgefordert wurden und es die Mailing - Aktion umsetzte.

### **Hohe Kosten durch spätes Handeln**

Das Unternehmen wurde aufgrund des mailings von einem Mitbewerber wegen wettbewerbsrechtlichen Verstoßes anwaltlich abgemahnt und aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben und die Anwaltskosten zu tragen. Das Unternehmen verlangte von der Agentur deswegen Ersatz der ihr hierdurch entstandenen Kosten. Nachdem die Agentur eine Haftungsübernahme abgelehnt hatte, verweigerte das Unternehmen die Abgabe der Unterlassungserklärung und unterlag in dem folgenden Rechtsstreit gegenüber dem Mitbewerber vor dem Landgericht Hamburg. Auf diese Weise entstanden neben der anwaltlichen Gebührennote für die Abmahnung erhebliche weitere Verfahrenskosten. Diese Kosten machte das Unternehmen letztlich vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf in einem Schadensersatzprozess gegen die Agentur geltend.

Das Gericht hatte nun festzustellen, auf welcher rechtlichen Grundlage ein Schadensersatzanspruch des Unternehmens in Betracht kommt.

### **Vertragliche Haftungsgrundlagen**

Das Gericht ordnete den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag als „Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungsscharakter“ ein und ging hierbei konform mit einer seit langem bereits geltenden Rechtsprechung. Die Agentur schuldete dem Unternehmen danach einen werkvertraglichen Erfolg, nämlich die Entwicklung von drei Mailings mit näher bezeichneten Einzelleistungen.

Noch auf der Grundlage des bis zum 31.12.2001 geltenden alten Schuldrechts sah das Gericht die erbrachte Leistung der Agentur als Schlechterfüllung, als so genannte „Positive Vertragsverletzung“ an. Denn die von der Agentur vorgeschlagene und gelieferte Werbemaßnahme verstieß nach dem Urteilstenor gegen die Vorschriften des Wettbewerbsrechts.

Ob die Werbemaßnahme tatsächlich einen Verstoß im Rechtssinne darstellte, hatte das OLG Düsseldorf gar nicht näher zu prüfen. Es konnte sich schlicht auf das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Hamburg beziehen, dass die Abmahnung gegen das Unternehmen bestätigt hatte. Das Unternehmen hatte der Agentur nämlich im Wege der Streitverkündung bereits in dem Rechtsstreit mit dem Mitbewerber vor dem LG Hamburg Gelegenheit gegeben, sich

1

in diesem Punkt zu verteidigen. Eine nochmalige Prüfung der Frage, ob die von der Agentur vorgeschlagene Wettbewerbsmaßnahme rechtswidrig war, konnte damit unterbleiben.

Damit betrachtete das OLG Düsseldorf die von der Agentur vorgeschlagene Maßnahme auch vertragsrechtlich als „fehlerhaft“, weil der Wettbewerbsverstoß den Wert oder die Tauglichkeit der konzipierten Werbeleistung zu ihrem gewöhnlichen oder vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufhebt bzw. mindert.

### **Hinweis auf fehlende rechtliche Prüfung der Werbemaßnahme enthaftet nicht**

Die Agentur wurde auch nicht mit ihrem Einwand gehört, das Unternehmen hätte den Vertrag vorzeitig abgebrochen und so hätte keine Gelegenheit bestanden, das Konzept noch rechtlich zu prüfen. Das Konzept wäre noch im „Ideenstadium“ gewesen. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass auch solche, dem Auftraggeber übergebenen, „Handmuster“ wettbewerbsrechtlich einwandfrei sein müssen. Selbst wenn die Agentur darauf hingewiesen hätte, dass der Entwurf rechtlich ungeprüft wäre, so würde dies nichts daran ändern, dass die Leistung schlicht mangelhaft ist. Der Mangel bestünde ja unabhängig von dem Hinweis, dass das Bestehen eines Mangels nicht gesondert geprüft worden wäre.

### **Anbieter müssen Konsequenzen ziehen, Auftraggeber sind geschützt**

Was bedeutet dieses Urteil für Werbeagenturen und Direktvermarkter? Es besteht Handlungsbedarf. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass das Urteil des OLG Düsseldorf einen untypischen Einzelfall -Entscheid darstellt. Die vertragsrechtlichen Haftungsregeln gebieten eine solche Entscheidung auch dann, wenn nicht -wie im vorliegenden Fall- noch das bis Ende 2001 geltende „alte Schuldrecht“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung findet. Die aktuell geltenden Pflichtenregelungen des BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2002 lassen die Entscheidung auf sogar noch sicherer gesetzlicher Grundlage stehen.

Wer sich aber mit dem Risiko auseinandersetzt und als Werbeagent oder Direktvermarkter seine eigenen Geschäftsabläufe kritisch analysiert, wird daher langfristig Konflikte und Kosten vermeiden, die eigene Qualität verbessern und kann sogar Marktvorteile für sich schaffen. Ein Ausschluss jeglicher Haftungsrisiken in diesem Geschäft ist jedoch nicht möglich.

Die Auftraggeber sind demgegenüber grundsätzlich in einer angenehmen rechtlichen Position. Denn auch vertragliche Haftungsausschlussklauseln der Agenturen und Berater unterliegen der richterlichen Inhaltskontrolle und scheitern häufig daran, dass sie rechtlich gar nicht oder zumindest teilweise nicht zulässig sind. Eine Umdeutung solcher Ausschlussklauseln auf das gerade noch rechtlich zulässige Maß verbietet das neue Schuldrecht weitestgehend.

Auf diese Weise müssen Anbieter sehr gut abgewogene Vertrags- und Geschäftsablaufgestaltungen umsetzen, wenn sie sich rechtlich optimal absichern wollen. Intelligente Konzepte sind also gefragt. Was können Agenturen grundlegend tun, um ihre Risiken zu vermindern?

### **Unausweichliche Haftungsrisiken**

Kern des Problems ist immer, dass die von dem Anbieter entwickelte Werbemaßnahme oder Marketingstrategie regelmäßig dann am wirkungsvollsten ist, wenn sie sich im Grenzbereich zwischen gerade noch zulässigem Wettbewerbsverhalten und Unzulässigem bewegt. Erfolgreiche Anbieter werden daher selten überzeugende Konzeptionen ohne jedes Risiko erstellen können. Dies entpflichtet sie jedoch nicht von der Verantwortung, wettbewerbsrechtlich beanstandungsfreie Konzepte anzubieten. Gleichzeitig ist aber die Frage, ob ein Konzept rechtlich zulässig ist oder nicht, auch von einem spezialisierten Juristen selten völlig zweifelsfrei zu beantworten sein.

## **Einfache Maßnahmen für Agenturen und Berater zur Verminderung des Haftungsrisikos**

Für Agenturen gilt es also, frühzeitig eine solide Risikoeinschätzung zu erlangen und diese nachweislich und in haftungsrelevanter Weise im Rahmen der Leistungserbringung gegenüber dem Auftraggeber zu kommunizieren.

Vertragliche Haftungsausschlüsse und Allgemeine Geschäftsbedingungen sind mögliche und zulässige Instrumentarien zur Risikoverminderung. Entscheidend bei diesen Maßnahmen ist die rechtsprechungskonforme Gestaltung der einzelnen Regelungen, die wirksame Einbindung in die Vertragsbeziehung und die Kongruenz der Regelungen zur konkret erbrachten Leistung. Es hilft selten, allgemeine rechtliche Phrasen willkürlich in die Vertragsgrundlagen einzubinden, die mit den erbrachten Leistungen nicht im Einklang stehen oder durch Ihre Gestaltung bereits wirkungslos werden.

Jede rechtliche Festlegung ist nur soviel wert, wie sie zeitlich und situationsgerecht in die Vertragsbeziehung eingebunden wird, alle Nachweismöglichkeiten ausgeschöpft sind und die eigenen Agenturmitarbeiter umfassend in die Schutzstrategie eingebunden sind. Agenturen jeder Größenordnung weisen in diesem Zusammenhang in der täglichen Praxis regelmäßig vermeidbare Schwächen auf. Ebenso wirksame wie wenig aufwendige Basis-Schutzmaßnahmen verbleiben hierdurch ungenutzt.

Was sie aber auch tun, ein Haftungsrisiko wenn auch minderer Art verbleibt immer.

### **Das Problem zum Vorteil wandeln**

Wenn man Schwierigkeiten nicht lösen kann muss man sie zu einem Vorteil wandeln. Dies gilt auch hier. Die Belastungen, die sich in der Kundenbeziehung durch Haftungseinschränkungen und Abstimmungen zur Eigensicherung ergeben, können auch als Kundenvorteil verkauft werden. In Zeiten steigender Abmahnfälle und aggressiverer Kämpfe um Marktpositionen ist jedes Unternehmen dankbar für werbliche Konzepte, deren Chancen und Risiken im Vornherein gleichermaßen und objektiv einschätzbar ist. Wer seinen Kunden eine solche Risikoeinschätzung als Mehrwert verkauft, hilft nicht nur sich selbst, sondern auch seinen Kunden:

Denn er sichert sich selbst haftungsrechtlich weitgehend ab. Er bindet sich durch die Einbindung eines wettbewerbsrechtlich kompetenten Rechtsberaters einen weiteren Verantwortlichen neben sich in die Haftungskette ein. Und er schränkt das Haftungsrisiko intelligent bereits dadurch ein, dass er die Risikoeinschätzung selbst zur Leistungsbestimmung und zu einem (gesondert abrechenbaren) Leistungsbestandteil werden lässt.

Auch der Kunde hat viel von einer solchen Vorgehensweise: Er erlangt eine integrierte Leistung hoher Güte und ist zu einer eigenständigen unternehmerischen Risikoentscheidung in der Lage. Diese Entscheidung hat ihm zwar früher der Marketingberater stillschweigend - manchmal ohne es zu wissen und ohne es selbst einschätzen zu können - abgenommen. Aber welche Vorteile hatte der Unternehmer davon, dass er mit ungeprüften Konzepten Prozessrisiken begründete, Marketingbudgets wirkungslos verpuffen ließ und erhebliche Imageverluste in Kauf nahm? Jeder Unternehmer wird es als Vorteil empfinden, wenn er vorher eine klare Mitteilung bekommt, ob das vorgeschlagene Konzept risikofrei ist, oder ob ein bestimmbares Risiko bewusst in Kauf genommen werden kann, weil der Vorteil der Werbemaßnahme das eingegangene Risiko überwiegt.

---

**Auf der nächsten Seite:      Maßnahmenkataloge**

#### Maßnahmenkatalog für Agenturen und Direktvermarkter

- Fixieren Sie den Auftrag grundsätzlich schriftlich.
- Gestalten Sie den Auftrag transparent, formulieren Sie klar und präzise.
- Grenzen Sie die Verantwortlichkeiten zwischen den Vertragspartnern eindeutig voneinander ab.
- Legen Sie verbindlich fest, welche für die Auftragserfüllung relevanten Informationen Sie von Ihrem Auftraggeber benötigen und welche Sie erhalten haben.
- Führen Sie vor Übergabe des Konzeptentwurfs eine rechtliche Vorprüfung mit konkreter Risikoanalyse durch. Verkaufen Sie Ihrem Auftraggeber dies als Zusatzleistung.
- Binden Sie dieses Risikomuster in die vertragliche Leistungsbestimmung mit ein.
- Lassen Sie sich von Ihrem Auftraggeber die Kenntnisaufnahme des von Ihnen konkret dargelegten Risikos schriftlich bestätigen, bevor er die Leistung abnimmt.
- Informieren Sie sich umfassend über die Neuerung durch die Reform des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs 2004.

#### Maßnahmenkatalog für Unternehmen und Auftraggeber

- Fragen Sie Ihren Marketingberater, wie er die Haftungsrisiken aus rechtlich unzulässigen Konzepten vermindern will. Weiß er hierauf keine Antwort, überlegen Sie, ob Sie das Risiko und den Imageverlust einer Abmahnung eingehen können. Wechseln Sie sonst den Anbieter.
- Prüfen Sie den Agenturvertrag im Vorwege. Viele Verträge beinhalten unzulässige Klauseln oder Widersprüche. Manche Verträge enthalten Klauseln, die Sie vor Vertragsabschluß verhandeln sollten, um Ihre Position im Schadensfall nicht unnötig zu schwächen.
- Lassen Sie mündliche Besprechungen und Abstimmungen durch eigene Mitarbeiter protokollieren und abzeichnen.
- Vorsicht bei Freigabeerklärungen/ Bestätigungen durch Mitarbeiter, insbesondere wenn eilig per Fax. Instruieren Sie Ihre Mitarbeiter, Ihre Bestätigung vorher einzuholen – auch wenn Ihnen dies unbequem erscheint.
- Vermeiden Sie unnötige Prozessrisiken und Mitverschuldensquoten durch Einholen sofortiger rechtlicher Beratung im Abmahn- oder Klagefall (Kosten der Beratung zum Schadensersatz-Anspruch ziehen). Sofortiges Handeln schafft oft die besten Verhandlungspositionen. Auf diese Weise können Sie manchmal sogar die Fortsetzung einer ansonsten erfolgreichen Werbemaßnahme für einen gewissen Zeitraum durchsetzen.