



Deutscher
Dialogmarketing
Verband e.V.

Stellungnahme des DDV

**zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes
gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**

06. November 2014

I. VORBEMERKUNG

Der Deutsche Dialogmarketing Verband e.V. ist einer der größten nationalen Zusammenschlüsse von Dialogmarketing-Unternehmen in Europa. Laut aktuellem Dialog Marketing Monitor der Deutschen Post investieren Unternehmen über 27 Milliarden Euro in den Dialog mit ihren Kunden. Das entspricht 36 Prozent der Gesamtwerbeaufwendungen von 75,8 Milliarden Euro. Der DDV setzt sich daher für einen ausgeglichenen Ansatz im Wettbewerbs- und Werberecht ein, der sowohl die Interessen der Verbraucher bzw. der Marktteilnehmer als auch der Wirtschaft berücksichtigt.

Hauptziel des Gesetzesentwurfs eines „Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)“ ist die weitere Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern (UGP-Richtlinie). Dazu sollen im Wesentlichen gesetzessystematische Änderungen vorgenommen werden. Obgleich die Rechtsanwendung im Bereich des Lauterkeitsrechts in Deutschland bereits heute den Vorgaben der UGP-Richtlinie entspreche, so die Begründung, bestehe bei einzelnen Punkten noch Klarstellungsbedarf gesetzessystematischer Art, um auch bereits im Wortlaut des UWG selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen. Änderungen in der Rechtsanwendung seien durch den Entwurf nicht beabsichtigt.

Tatsächlich dürfte die geplante Gesetzesänderung für die Rechtsanwendungspraxis nur geringe Auswirkungen haben, was allerdings eher dadurch begründet ist, dass die Gerichte die Vorgaben der UGP-Richtlinie auch heute schon im Wege der richtlinienkonformen Auslegung umsetzen. Allerdings finden sich in dem Entwurf auch verschiedene „Klarstellungen“, die dazu führen könnten, dass sich die Gerichte in Zukunft zu einer strengeren Handhabung verschiedener Sachverhalte veranlasst sehen, und auch über die europäischen Vorgaben hinausgehen. Risiken sehen wir insbesondere:

- bei der Einführung des § 4 a UWG-E, der eine eigenständige Bestimmung hinsichtlich aggressiver geschäftlicher Belästigungen regelt und von der europäischen Vorgabe abweicht;
- durch § 5 a Abs. 2 Nr. 4 UWG-E, der die Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung als einen Fall der Täuschung durch Unterlassen regeln soll.

II. ZU DEN GEPLANTEN ÄNDERUNGEN IM EINZELNEN:

1. In **§ 4 Satz 1 UWG (Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen)** soll durch einen Einschub („Unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 handelt insbesondere, wer unter den Voraussetzungen des § 3 Absatz 2 oder 4...“) verdeutlicht werden, dass es sich bei den Tatbeständen des § 4 UWG lediglich um Beispielfälle der Unlauterkeitsgeneral-klauseln gemäß § 3 Abs. 2 und 4 handelt. Insbesondere im Hinblick auf § 4 Nr. 6 (Kopp-lung von Preisausschreiben oder Gewinnspielen an Umsatzgeschäfte) soll dadurch klar-gestellt werden, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Nr. 6 (ebenso wie bei al-len anderen Nummern des § 4) stets noch zu prüfen ist, ob die Maßnahme im Einzelfall gegen die unternehmerische Sorgfalt verstößt und dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Diese Klarstellung erfolgt im Hinblick auf die entsprechenden Vorgaben des EuGH, der § 4 Nr. 6 UWG bislang (ohne

diese Einschränkung) für richtlinienwidrig erachtete (Urteil vom 14. Januar 2010, Az.: C-304/08).

Diese Einschränkung ist zwar grds. zu begrüßen, auch wenn die deutschen Gerichte die Vorschrift ohnehin schon entsprechend ausgelegt hatten. Sie stellt klar, dass nicht jede Kopplung von Preisausschreiben oder Gewinnspielen an Umsatzgeschäfte unlauter ist, was aber durch Streichung der Norm besser hätte gewährleistet werden können. Auch bei den übrigen Tatbeständen dürfte sich der Begründungsaufwand in der Rechtspraxis erhöhen.

2. § 4 Nr. 1 (Unlautere Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit) und Nr. 2 UWG (Ausnutzung besonderer Umstände) sollen gestrichen werden. Dafür soll mit **§ 4a UWG-E** eine eigenständige Bestimmung hinsichtlich **aggressiver geschäftlicher Handlungen** in das UWG aufgenommen werden.

- 2.1 Eine unlautere aggressive geschäftliche Handlung soll nach der neuen Vorschrift nun ausdrücklich auch bei einer „**Belästigung**“ vorliegen. Unter Belästigung ist eine geschäftliche Handlung zu verstehen, die auf Grund ihrer Form oder ihres Inhalts in die Privatsphäre des Verbrauchers eingreift und seine Aufmerksamkeit ohne oder gegen seinen Willen auf das Anliegen des Unternehmers lenkt. Die Belästigung muss geeignet sein, die „Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, Mitbewerbers oder sonstigen Marktteilnehmers wesentlich zu beeinflussen“. Das ist nicht der Fall, wenn das durchschnittliche Mitglied der angesprochenen Personengruppe die Belästigung zwar wegen ihrer Form oder ihres Inhalts möglicherweise als unangenehm empfindet, sich aber in seinen Entscheidungen oder seinem Verhalten davon nicht beeinflussen lässt. Die Belästigung muss außerdem geeignet sein, den Verbraucher, Mitbewerber oder sonstigen Marktteilnehmer „zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit muss also so erheblich sein, dass die Gefahr besteht, der Verbraucher werde die gewünschte geschäftliche Entscheidung treffen, nur um der weiteren Belästigung zu entgehen. Das soll z.B. anzunehmen sein, wenn ein Werber Kunden hartnäckig verfolgt, obwohl sie ihm erklärt haben, sie würden nichts kaufen. Der Tatbestand des geplanten § 4 a UWG-E und des § 7 Abs. 1 UWG (Unzumutbare Belästigungen) überschneiden sich teilweise, sind aber nicht identisch. Insbesondere erfasst § 7 nur den Fall der Belästigung auf Grund der Art und Weise des Herantretens an den Verbraucher, nicht auch den Inhalt der Botschaft. Diese Voraussetzung muss bei § 7 Abs. 1 nicht erfüllt sein, so dass diese Vorschrift einen weiteren Anwendungsbereich hat als § 4 a UWG-E.

Zwar wurde die Belästigung im Wege der richtlinienkonformen Auslegung von den Gerichten auch bislang schon als ein Unterfall des § 4 Nr. 1 behandelt. Es kann aber zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass Gerichte durch die explizite Regelung in Zukunft zu einer - im europäischen Recht nicht vorgesehenen - noch strengeren Handhabung kommen, jedenfalls wird die Belästigung von Verbrauchern ohne Anlass weiter als Problem zugespitzt. Die Belästigung von Mitwerbern und sonstigen Marktteilnehmer ist zudem von der auf Verbraucherschutz beschränkten UGP-Richtlinie nicht gefordert.

- 2.2 Nicht nur bei der nunmehr ausdrücklich geregelten „Belästigung“, sondern auch der „Ausnutzung einer Machtposition“ macht sich besonders bemerkbar, dass der Entwurf nicht bloß die UGP-Richtlinie umsetzt, sondern bei der Ausdehnung auf Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer einerseits, andererseits aber auch der zu prüfenden Spürbarkeitsschwelle großzügiger formuliert. Während der europäische Gesetzgeber eine tatsächliche oder voraussichtlich erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit fordert, ist in dem Entwurf „nur“ eine wesentliche Beeinflussung ausreichend, die in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG-E bloß als spürbare Beeinträchtigung der Fähigkeit des Verbrauchers geregelt ist, eine informierte Ent-

scheidung zu treffen. Letzten Endes besteht damit die Gefahr, dass jeglicher Druck auf Vertragspartner in Zukunft unlauter ist. In einer Marktwirtschaft bestehen zwischen Anbietern und Nachfragern eher selten ausgeglichene Marktverhältnisse. Auch hat der Anbieter ein legitimes Interesse daran, seine Ware oder Dienstleistung zu vertreiben und hierfür auch sein Entgelt zu erhalten. Bei einem Gesamtangebot, das neben Vorteilen eben auch Nachteile enthält (z. B. Handy mit Vertrag), besteht derzeit die Gefahr, dass ein solches Angebot als Ausnutzung einer Machtposition angesehen wird. Mahnungen sind sicherlich belästigend, gehören aber in einer Marktwirtschaft zum Alltag - mehr noch: sie sind legitim. Mit anderen Worten: Die derzeitige Formulierung führt möglicherweise dazu, dass jede als belastend empfundene Vertragsbedingung (z. B. zur Zahlung) entweder als Belästigung oder als Ausnutzung einer Machtposition unlauter ist.

Zumindest § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG-E ist daher zu streichen, zumindest aber sind die Vorgaben der UGP nicht auszudehnen, sondern in der Formulierung, aber auch hinsichtlich ihrer Streckung allein auf Verbraucher im Wortlaut umzusetzen.

3. Die Regelung des **§ 5 a UWG (Irreführung durch Unterlassen)** wird in Absatz 2 für Verbraucher stärker an die Terminologie des Art. 7 UGP-Richtlinie (Irreführende Unterlassungen) angepasst und durch weitere, bisher nicht (ausdrücklich) genannte Merkmale ergänzt.

Die für Abs. 2 Satz 1 geplante Ergänzung „im Sinne des § 3 Absatz 1“ soll verdeutlichen, dass die geschilderten irreführenden Unterlassungen unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 und somit ohne Prüfung weiterer Umstände außerhalb des § 5 a unzulässig sind.

Satz 1 stellte bisher darauf ab, ob die irreführende Unterlassung die „Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Absatz 2“ beeinträchtigt. Im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 7 UGP-Richtlinie soll diese Formulierung nun geändert werden zu „geeignet ist, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

Auch insoweit dürften sich angesichts der ohnehin schon praktizierten richtlinienkonformen Auslegung keine wesentlichen Änderungen in der Rechtsanwendungspraxis ergeben.

§ 5 a Abs. 2 (sog. allgemeines Transparenzgebot) regelte bisher ausdrücklich lediglich das „Vorenthalten“ von Informationen“. Satz 2 UWG-E regelt jetzt, dass eine Irreführung durch Unterlassen gegenüber Verbrauchern auch vornimmt, wer Informationen „verheimlicht“ oder „**auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitstellt**“. Außerdem soll dem der Fall gleichgestellt werden, dass der „**kommerzielle Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich**“ gemacht wird, sofern sich dieser „nicht unmittelbar aus dem Umständen ergibt“. Diese Formulierung ist auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 der UGP-Richtlinie zurückzuführen. Die bislang in Satz 1 enthaltene Regelung hinsichtlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels findet sich nun – in erweiterter Form – in Satz 3. Nach Satz 3 sind nun nicht mehr nur die Beschränkungen durch das Kommunikationsmittel zu berücksichtigen, sondern auch „alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen“.

Zwar wurde die verspätete Bereitstellung bzw. die Bereitstellung unklarer Informationen von den Gerichten auch bislang schon als ein Fall des § 5 a Abs. 2 behandelt, so dass

insoweit nicht mit einer Änderung der Rechtsanwendungspraxis zu rechnen ist. Aber auch hier kann nicht ausgeschlossen werden, dass die ausdrückliche Regelung die Gerichte in Zukunft zu einer strengeren Handhabung veranlasst. Gleichfalls nachteilhaft erscheint aus Sicht des Direktmarketings die ausdrückliche Regelung der Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks einer geschäftlichen Handlung als ein Fall des § 5 a Abs. 2 UWG-E. Die bisherige Rechtsprechung ging davon aus, dass diesbezüglich § 4 Nr. 3 (Verschleierung des Werbecharakters von geschäftlichen Handlungen) der Umsetzung der UGP-Richtlinie diene und i.S. dieser Bestimmung richtlinienkonform auszulegen ist. Zumal die geplante Formulierung des § 5 a Abs. 2 Nr. 4 verfehlt wirkt, weil die Norm auf die „Bereitstellung wesentlicher Informationen“ abstellt, was die UGP Richtlinie in diesem Zusammenhang nicht tut. Die Erweiterung in Satz 3 ist hingegen zu begrüßen, da danach auch alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen anderweitig zur Verfügung zu stellen, zu berücksichtigen sind.

Kontakt bei weiteren Fragen:

Justiziar Hans Jürgen Schäfer, hj.schaefer@ddv.de, Tel. 069/401276531

Deutscher Dialogmarketing Verband e.V., Hahnstraße 70, 60528 Frankfurt

www.ddv.de

Frankfurt, 06.11.2014

gez. Patrick Tapp, Präsident