

Besprechung / Compte rendu

Direktmarketingmethoden

CHRISTIAN SAGER-GLUR

Eine Darstellung unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR, Bd. 653 Stämpfli Verlag AG, Bern 2001, 316 Seiten, CHF 82.–, ISBN 3-7272-0385-4

Die 2001 publizierte Berner Dissertation von CHRLSTIAN SAGER-GLUR berücksichtigt für die Darstellung der Direktmarketingmethoden unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten neben der deutschen Rechtsprechung und Lehre auch die europarechtlichen Regulierungen bis Ende September 2000. In einem ersten Teil stellt der Verfasser die Grundlagen (Definitionen und Umschreibungen der einzelnen Direktmarketingmethoden) dar. Der zweite (und zugleich Haupt-)Teil ist der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der einzelnen Direktmarketingmethoden gewidmet. Themen des dritten und letzten Teils sind schliesslich Rechtsbehelfe, Zuständigkeiten und anwendbares Recht.

SAGER-GLUR umschreibt den Begriff Direktmarketing als «eine besondere Art, gezielt auf Produkte (Dienstleistungen oder Sachgüter) aufmerksam zu machen», und zwar indem versucht wird, «eine interaktive Beziehung [mittels direkter Kommunikation oder mit der Schaffung eines Antwortmechanismus] zu Zielpersonen herzustellen, um sie zu einer individuellen, messbaren Reaktion zu veranlassen» (S. 5). Im Folgenden unterscheidet SAGER-GLUR auf der Grundlage des betriebswirtschaftlichen Begriffs zwischen direkter Einzelansprache (Direktmarketing im engeren Sinn) und Massenkommunikation mit Rückkoppelungsmöglichkeit (Direktmarketing im weiteren Sinn), wobei er dieser Unterscheidung auch unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten Bedeutung zumisst, und zwar insofern, als er Massenkommunikation mit Rückkoppelungsmöglichkeit – aufgrund der vom Werbebestinatär ausgehenden Kontaktaufnahme – lauterkeitsrechtlich als weniger problematisch betrachtet (S. 13 (, 182)). Bei den Direktmarketingmethoden im engeren Sinn beschränkt sich SAGER-GLUR auf mündliche (Vertreterbesuch), fernmündliche (Telefonmarketing) und schriftliche Einzelansprachen (adressiertes Briefmarketing, Telefax- und E-Mailmarketing). beiden Direktmarketingmethoden im weiteren Sinn auf unadressierte Wurfsendungen, Printmedienbeilagen und Printmediendirektmarketing, Teleshopping und Onlinemarketing. Das Kriterium der fehlenden physischen Präsenz der beiden Parteien ist für SAGER-GLUR nicht begriffsbestimmend; er fasst den Begriff des Direktmarketing damit weiter als private Normen, welche Direktmarketing als «auf dem Korrespondenzweg gemachte Anpreisungen» bzw. «Massnahmen gegenüber ausgewählten, physisch nicht anwesenden Personen» (Grundsatz SLK Nr. 1.5 [Stand 1998 bzw. April 2001]) oder «... all communication activities ... presented in any medium...» (IHK-Direktmarketing-RL [1998, rev. 2001]) definieren.

Ausgangslage für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der einzelnen Direktmarketingmethoden im zweiten Teil ist die Feststellung, dass sich – angesichts der gleichen zivilrechtlichen Rechtsfolgen – eine Subsumtion der einzelnen Direktmarketingmethoden unter die Generalklausel (Art. 2 UWG) oder den Spezialtatbestand von Art. 3 lit. h UWG (besonders aggressive Verkaufsmethoden) erübrige. SAGER-GLUR verkennt dabei nicht, dass sich die Frage einer Subsumtion unter Art. 2 bzw. Art. 3 lit. h UWG spätestens im Hinblick auf eine strafrechtliche Verfolgung nach Art. 23 UWG stellt, welcher Verstösse gegen die Spezialtatbestände, nicht aber gegen die Generalklausel unter Strafe stellt. In der Folge geht SAGER-GLUR gestützt auf die Wirtschafts- und Meinungsäusserungsfreiheit und die Zielsetzung des UWG – von der grundsätzlichen Lauterkeit der einzelnen Direktmarketingmethoden aus und zeigt deren Grenzen unter Berücksichtigung der reichhaltigen deutschen Kasuistik auf. Einen gewissen Handlungsbedarf sieht er bei den opt-out-Registern, insbesondere mit Blick auf die Schaffung einer einheitlichen und zentralen Stelle (S. 254).

Im dritten Teil stellt SAGER-GLUR fest, dass sich ein zwiespältiges Bild ergebe angesichts der breit geregelten Sachlegitimation einerseits und der Ausgestaltung der Rechtsbehelfe des UWG andererseits, welche dem Konsumenten namentlich nicht den Ausstieg aus einem durch unlautere Direktmar-

ketingmethoden zustande gekommenen Vertrag ermöglichen. Im anschliessenden Exkurs zum Widerrufsrecht kommt er zum Schluss, dass eine Ausdehnung des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzmodells auf Fernabsatzverträge problematisch sei, da nicht die eigentliche Überrumpelung im Zentrum der Betrachtung stehe, sondern das Risiko eines nicht den Erwartungen entsprechenden Vertragsabschlusses, was die «Unmündigkeit» der Konsumenten fördere (S. 228 f.). Die Tatsache, dass unlautere Direktmarketingmethoden selten Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen sind, dürfte im Übrigen wohl weniger auf den verantwortungsbewussten Umgang der Werbe- und Absatzwirtschaft mit dem Einsatz von Direktmarketingmethoden zurückzuführen sein, als vielmehr in der Spruchfähigkeit der Schweizerischen Lauterkeitskommission im Bereich der kommerziellen Kommunikationen liegen.

Die liberale Haltung von SAGER-GLUR gegenüber dem Einsatz von Direktmarketingmethoden ist vor dem regulatorischen Hintergrund Ende September 2000 (Stand der Dissertation) zu verstehen: Auf nationaler Ebene war die Anpassung des schweizerischen Rechts an die europarechtlichen Vorschriften (namentlich die Fernabsatz-Richtlinie) im Gang, ein Vorschlag lag aber noch nicht vor. Auf europarechtlicher Ebene sahen die – für die Frage der Zustimmung der Empfänger bestimmter Formen der nicht angeforderten kommerziellen Kommunikationen massgebenden Richtlinien 97/7 (Fernabsatz-RL) und 97/66 (Datenschutz-RL) ausser bei Voice Mail Systemen und Telefax (für deren Einsatz die vorherige Zustimmung des Verbrauchers vorliegen muss) für alle übrigen Fernkommunikationstechniken das opt-out-Prinzip vor (Zulässigkeit bis zum Widerspruch), namentlich auch für die mittels E-Mail unaufgefordert zugestellten kommerziellen Kommunikationen. Diesen schien mit der Mitte Juli 2000 in Kraft getretenen Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. L 178/1 vom 17. Juli 2000) und den darin als Mindestanforderungen statuierten zusätzlichen Informations- und Kennzeichnungspflichten (Art. 6 und Art. 7 Abs. 1 E-Commerce-RL) sowie der den Diensteanbietern auferlegten Konsultationspflicht von opt-out-Registern (Art. 7 Abs. 2 E-Commerce-RL) Genüge getan. Vor diesem regulatorischen Hintergrund liess sich wohl auch (noch) Ende September 2000 eine liberale Haltung, insbesondere gegenüber der Verwendung von elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung, vertreten (vgl. Auch YVONNE JÖHRL, Werbung im Internet, Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen, ZIK Bd. 8, Zürich 2000).

Seit September 2000 ist der Einsatz von Kommunikationstechniken für Zwecke der Direktwerbung auf europäischer und nationaler Ebene allerdings Gegenstand intensiver Regulierungsbestrebungen. Auf europarechtlicher Ebene wurde Ende 2000 mit einem Vorschlag für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (KOM [2000] 385 endg., ABl. C 365/223 vom 19. Dezember 2000) eine – datenschutzrechtlich motivierte – Ausdehnung des opt-in-Systems auch auf die Verwendung von elektronischer Post für Zwecke der Direktwerbung vorgeschlagen. Nach der inzwischen in Kraft getretenen Richtlinie darf Privaten – ausser im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung – nur mit vorheriger Zustimmung elektronische Werbung per E-Mail, Fax, automatischem Telefondienst und SMS zugesandt werden (Richtlinie 2002/58/EG vom

12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. Nr. L 201/37 vom 31. Juli 2002).

Auf nationaler Ebene wurde am 17. Januar 2001 ein vom Bundesrat erarbeiteter Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr in die Vernehmlassung geschickt, der einen der europäischen Fernabsatz-RL entsprechenden Schutz des Konsumenten bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz sicherstellen soll. Erwartungsgemäss schlug der Bundesrat in Anlehnung an die europarechtlichen Vorgaben die Einführung eines Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen – in Analogie zu den Haustürgeschäften (Art. 40a ff. O R) – sowie zusätzliche Informationspflichten im Fernabsatz und elektronischen Geschäftsverkehr vor. Auf eine der E-Commerce-RL entsprechende Regelung betreffend spezifische Kennzeichnungs- und Informationspflichten für kommerzielle Kommunikationen wird im Vorentwurf dagegen verzichtet. Sodann liegt seit Anfang Juli 2002 ein Entwurf für eine Teilrevision des Fernmeldegesetzes (Ende der Vernehmlassungsfrist: 15. Oktober 2002) vor, der die vorherige Zustimmung beim Einsatz von Direktmarketingmethoden regelt. Werbemitteilungen per E-Mail, Fax, SMS und Telefon sollen künftig nur noch mit vorgängig eingeholter Einwilligung der Empfänger oder bei bereits bestehender Geschäftsbeziehung zulässig sein; das opt-out-Modell mit *-Vermerk im Telefonbuch, um sich vor unerbetenen Werbemitteilungen zu schützen, soll dann der Vergangenheit angehören. Die vorgeschlagene Teilrevision des Fernmeldegesetzes verpflichtet nicht nur die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, «mit geeigneten und zumutbaren Massnahmen die Übermittlung von

Werbemittelungen an Kundinnen und Kunden, die dazu nicht ihre ausdrückliche Zustimmung gegeben haben oder nicht schon in einer Geschäftsbeziehung mit der Absenderin oder dem Absender der Mitteilung stehen», zu verhindern (Art. 45a E-FMG), sondern sieht auch die Aufnahme der unaufgeforderten Verwendung von Telekommunikationsmitteln zu Werbezwecken in die in Art. 3 UWG aufgeführten Spezialtatbestände der Unlauterkeit vor. Nach Art. 3 lit. n E-UWG handelt unlauter, «wer Telekommunikationsmittel zu Werbezwecken bei Personen verwendet, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben und mit denen er oder sie nicht schon in einer Geschäftsbeziehung steht».

Angesichts der richtungsweisenden Bedeutung der regulatorischen Bestrebungen Ende 2000/ Anfang 2001 (datenschutzrechtlich motiviertes opt-in beim Einsatz von E-Mail, Fax und automatischem Telefondienst auf europäischer Ebene) Einführung eines Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen auf nationaler Ebene) ist zu bedauern, dass diese Entwicklungen keinen Eingang mehr in die Publikation gefunden haben. Ihre Berücksichtigung hätte der Abhandlung angesichts der noch immer hängigen Anpassungen der nationalen Vorschriften an die europarechtlichen Regulierungen zunächst einmal einen hohen Aktualitätsgrad verschafft und zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit den Regulierungsbestrebungen ermöglicht. Sicher wäre auch die zunehmende Bedeutung des Fernabsatzes im Direktmarketing deutlicher geworden. Denn gerade beim Fernabsatz -verstanden als Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems und unter ausschliesslicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen wird -handelt es sich um eine eigentliche Direktmarketingmethode. Der im Einzelfall gewählte Werbeträger (gemäss Fernabsatz-RL, Anhang 1 u.a. Drucksachen mit oder ohne Anschrift, Telefon, Telefax, E-Mail und Fernsehen) spielt eine untergeordnete Rolle. Schliesslich macht die Entwicklung Ende 2000/Anfang 2001 deutlich, dass eine Darstellung der Direktmarketingmethoden (vorwiegend) unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten angesichts der Verlagerung der Problemlösung auf das vertragsrechtliche Verbraucherschutzmodell (Widerruf) und angesichts des Umstandes, dass datenschutzrechtliche Aspekte beim Einsatz von elektronischen Kommunikationen zum Zwecke der Direktwerbung an Bedeutung gewinnen -wohl zu kurz greift. Eine Betrachtung der Direktmarketingmethoden müsste heute wohl unter lauterkeits-, vertrags- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen.

RA Dr. Yvonne Jöhri, Rüschlikon