



18. Oktober 2023

**Positionspapier des
Deutschen Dialogmarketing Verbandes e. V. (DDV)
zur
Spendenwerbung und NGO-Kommunikation
in Deutschland**

Hintergrund:

- Soziales Engagement in Deutschland nimmt auf hohem Niveau weiter zu. Es wird mittlerweile sogar von wirtschaftlich tätigen Unternehmen erwartet und von diesen gelebt (Stichwort: Corporate Social Responsibility).
- Die rechtlichen Voraussetzungen für Werbung um Spenden oder sonstiges soziales Engagement (im Folgenden zusammen „Spendenwerbung“) sind jedoch teilweise unklar. Im Fall von Verstößen drohen, dabei, insbesondere seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), hohe Bußgelder. Diese **Rechtsunsicherheit erschwert die Arbeit gemeinnütziger Organisationen und hemmt soziales Engagement wirtschaftlich tätiger Unternehmen.**
- Entscheidend ist insbesondere die **wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Spendenwerbung**. Sofern (wie z.B. beim Direktmarketing) auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, sind zwar auch datenschutzrechtliche Bestimmungen und insbesondere die DSGVO zu beachten. In der Praxis wird jedoch (wenn auch zu Unrecht) vielfach vertreten, dass die datenschutzrechtliche Bewertung zumindest im Regelfall der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung folgt.
- Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist dabei von zentraler Bedeutung, ob **Spendenwerbung als geschäftliche Handlung** i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) anzusehen ist, da das UWG nur dann Anwendung findet. Ebenfalls maßgeblich ist, ob es sich bei Spendenwerbung auch um Werbung i.S.v. § 7 Abs. 2 UWG handelt, da sodann auch die strengen Vorgaben für das Direktmarketing zu beachten sind.

Spendenwerbung durch gemeinnützige Organisationen:

- Auch wenn gemeinnützige Unternehmen nicht generell aus dem Anwendungsbereich des UWG ausgenommen sind, steht die **Rechtsprechung der Anwendung des Wettbewerbsrechts bei Spendenwerbung durch gemeinnützige Organisationen traditionell ablehnend gegenüber**. Dabei wurde (aufgrund der damaligen Rechtslage) zumeist die Wettbewerbsförderungsabsicht verneint. Nach heutiger Rechtslage wäre insoweit wohl eher auf den fehlenden Bezug zur Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen abzustellen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn zur Finanzierung wohltätiger Zwecke Waren oder Dienstleistungen vertrieben werden, da die Tätigkeit dann der Absatzförderung dient und die Organisation in Konkurrenz zu kommerziellen Anbietern derselben Leistung tritt. In solchen Fällen könnte das UWG daher Anwendung finden.
- In der Literatur wird diese Rechtsprechung mittlerweile jedoch teilweise kritisiert, da ein regulierungsbedürftiger „Markt der Spendenwerber“ existiere. Die (für die Annahme einer geschäftlichen Handlung notwendige) **Gegenleistung des Spendenempfängers soll dabei in der zweckentsprechenden Verwendung der Spende** liegen. Daher müsse zumindest Spendenwerbung „professioneller Akteure“, die regelmäßig Spenden

einwerben und aus diesen Einnahmen auch ihre hauptamtlichen Mitarbeiter finanzieren, bei zweckgebundenen Spenden am Maßstab des UWG gemessen werden.

- Diese **Kritik ist jedoch unberechtigt**. Die Annahme es liege ein Vertrag mit gegenseitigen Leistungspflichten vor, ist weder mit der zivilrechtlichen Einordnung (regelmäßig Schenkung, ggf. unter Auflagen) noch der steuerlichen Definition von Spenden (freiwillig und ohne Gegenleistung erbrachte Leistung) vereinbar. Darüber hinaus führt die nach dieser Auffassung notwendige Differenzierung nach der Art der Spende (zweckgebunden oder frei), und dem Grad der Professionalisierung des Empfängers (vereinzelt oder regelmäßiges Spendenwerben, Bezahlung von Mitarbeitern aus Spendeneinkommen) nicht zu sachgerechten Ergebnissen, da es zu einer **Aufspaltung von gesetzlichen Vorgaben innerhalb eines einheitlichen Umfelds anhand sachfremder Kriterien** käme.
- Aufgrund dieser Literaturstimmen und einem Mangel an aktuellen gerichtlichen Entscheidungen besteht jedoch **nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit**, welche die Tätigkeit gemeinnütziger Organisationen spürbar erschwert.

Spendenwerbung durch wirtschaftlich tätige Unternehmen:

- Treten hingegen wirtschaftlich tätige Unternehmen als Spendenwerber auf, unterfällt die betreffende Kommunikation als geschäftliche Handlung und Werbung i.S.d. UWG nach Auffassung der neueren Rechtsprechung in aller Regel den Bestimmungen des UWG. Sie wird damit **wie „gewöhnliche“, nicht-altruistische Werbung behandelt**.
- Begründet wird dies mit der **weiten Auslegung der Begriffe Werbung und geschäftliche Handlung**, die nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshof **auch die mittelbare Absatzförderung**, z.B. durch Kundenzufriedenheitsbefragungen erfassen. Da wirtschaftlich tätige Unternehmen bei der Bewerbung gemeinnütziger Aktionen oder Zwecken in aller Regel zumindest auch die Verbesserung des eigenen Images beabsichtigen würden, dienen solche Maßnahmen nach Ansicht der Rechtsprechung zumindest mittelbar der Absatzförderung und unterfallen somit dem UWG.
- Der Rechtsprechung kann insoweit jedoch nicht beigetreten werden. Bereits die Erstreckung des Begriffes der geschäftlichen Handlung und des (als Unterfall eigentlich engeren) Begriffes Werbung auf die mittelbare Absatzförderung überzeugt nicht, da die europäische Richtlinie gegen den Unlauteren Wettbewerb und seit dem 28. Mai 2022 auch das deutsche UWG gerade einen unmittelbaren Zusammenhang der betreffenden Tätigkeit mit der Absatzförderung verlangen. Die **Ausdehnung dieser Begriffe auf die nur mittelbare Absatzförderung läuft daher dem Gesetzeswortlaut zuwider**.
- Es besteht auch **kein Bedürfnis für eine derart weite Auslegung**. Denn Verbraucher und weitere Marktteilnehmer, die durch die Regelungen des § 7 Abs. 2 UWG geschützt werden sollen, erwarten zunehmend, dass auch wirtschaftlich tätige Unternehmen sich sozial engagieren. Daher kann auch davon ausgegangen werden, dass sie Spendenwerbung deutlich aufgeschlossener gegenüberstehen als sonstiger Werbung.

Die pauschale Annahme, dass Spendendirektwerbung ohne Einwilligung als Belästigung wahrgenommen werde, überzeugt daher nicht.

- Zutreffend erscheint es vielmehr die strengen **Vorgaben des UWG nur dann anzuwenden, wenn wirtschaftliche Interessen eines Unternehmens bei der Bewerbung eines gemeinnützigen Zwecks erkennbar überwiegen**, da beispielsweise ein direkter Zusammenhang zum Absatz von Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird (z.B. „wir spenden für jedes verkaufte Produkt“). Steht hingegen der beworbene altruistische Zweck im Vordergrund, liegt mangels Bezug zur Absatzförderung schon keine geschäftliche Handlung und somit erst recht keine Werbung i.S.d. UWG vor. Denn ein ggf. mittelbar aus einer solchen Spendenwerbung folgender **wirtschaftlicher Vorteil**, stellt sich dann **als bloßer „Reflex der guten Tat“** dar und rechtfertigt die Anwendung der Regelungen des UWG nicht.

Lösung:

Dringend geboten ist ein gesetzgeberisches Eingreifen im Hinblick auf die Spendenwerbung durch wirtschaftlich tätige Unternehmen. Sinnvoll wäre hier eine differenzierende gesetzliche Regelung, nach der Spendenwerbung durch Unternehmen keine geschäftliche Handlung darstellt, sofern der altruistische Zweck im Vordergrund steht und insbesondere kein Bezug zu Produkten oder Leistungen des Unternehmens hergestellt wird.

Wir schlagen folgende

Änderung von § 2 Nr. 2 UWG in Form einer Ergänzung (kursiv) vor:

...„geschäftliche Handlung“ jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke und digitale Inhalte, Dienstleistungen sind auch digitale Dienstleistungen, als Dienstleistungen gelten auch Rechte und Verpflichtungen; *ein Verhalten, das der Förderung eines oder mehrerer der in § 52 Abs. 2 der Abgabenordnung genannten gemeinnützigen Zwecke dient, stellt keine geschäftliche Handlung dar; dies gilt nicht, wenn die Förderung gemeinnütziger Zwecke erkennbar nachrangig ist.*

Auswirkungen einer solchen Änderung

Bei einer entsprechenden Änderung, wäre die bisherige Rechtsunsicherheit im Hinblick auf Spendenwerbung durch gemeinnützige Organisationen weitestgehend beseitigt. Denn Spendenwerbung durch gemeinnützige Organisationen dient überwiegend gemeinnützigen Zwecken unabhängig von den bisher relevanten Fragen, ob gemeinnützige Organisationen Unternehmen im Sinne des UWG sind und ob ein hinreichender Bezug zum Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen besteht. Zweifel könnten allenfalls noch in den (eher seltenen) Fällen bestehen, in denen gemeinnützige Organisationen zur Finanzierung ihrer Tätigkeit Leistungen am Markt anbieten. Denn hier wäre dann ggf. zu klären, ob die Leistung im Einzelfall überwiegend zur Erfüllung eines gemeinnützigen Zwecks oder zu sonstigen Zwecken (z.B. Finanzierung des Bestands der Organisation, Steigerung der eigenen Bekanntheit) erfolgt. Auch dies stellt im Vergleich zur aktuellen Rechtslage jedoch einen erheblichen Fortschritt dar, da das Anbieten von Gütern oder Leistungen durch gemeinnützige Organisationen von der Rechtsprechung bisher regelmäßig als geschäftliche Handlung eingestuft wurde (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2013, 219).

Auswirkungen auf Spendenwerbung durch wirtschaftlich tätige Unternehmen

Auch für wirtschaftlich tätige Unternehmen würde sich die Rechtslage durch die Änderung erheblich verbessern. Bisher geht die Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die weite Auslegung der Begriffe Werbung und geschäftliche Handlung durch den BGH, nach der auch die mittelbare Werbung insb. in Form der Imagewerbung erfasst wird (vgl. BGH NJW 2018, 3506; BGH GRUR 2013, 1259; BGH NJW 2016, 3445), bekanntermaßen davon aus, dass wirtschaftlich tätige Unternehmen in der Regel durch Spendenwerbung auch ihr eigenes Image verbessern wollen und ordnen diese daher als geschäftliche Handlung ein (vgl. insb. OLG Frankfurt a.M. GRUR-Prax 2016, 567). Demnach dürfte die öffentliche Spendenwerbung durch Unternehmen momentan in aller Regel als geschäftliche Handlung angesehen werden.

Bei Umsetzung der oben vorgeschlagenen Änderung wäre die Verbesserung des eigenen Images oder die Steigerung der eigenen Bekanntheit als (beabsichtigter oder unbeabsichtigter) Nebeneffekt unbeachtlich, solange das Verhalten überwiegend dem geförderten gemeinnützigen Zweck dient. Hier besteht zwar – anders als bei den gemeinnützigen Organisationen – aufgrund der notwendigen Einzelfallentscheidung grundsätzlich ein Raum für Rechtsunsicherheit. Allerdings bestehen hinreichend objektive Kriterien um festzustellen, ob der geförderte soziale Zweck tatsächlich im Vordergrund steht (z.B. Zusammenhang zwischen Absatz und sozialem Engagement, Verweise auf eigene Produkte oder Leistungen, Art der Darstellung des Unternehmens als Urhebers/Unterstützers der Aktion, Ausmaß des Engagements). Es sollte daher, jedenfalls auf Grundlage dieses Vorschlags auch für wirtschaftlich tätige Unternehmen regelmäßig möglich sein, sich mit überschaubarem Risiko darauf zu verlassen, dass Spendenwerbung nicht den strengen Regeln des UWG unterfällt. Zudem dürfte mit der Zeit auch ober- und ggf. höchstrichterliche Rechtsprechung die Klärung dieser Frage im Einzelfall erleichtern.

Argumente für die Änderung:

1. Handlungen, die überwiegend nicht dem Absatz von Dienstleistungen oder Waren dienen, werden nach zutreffender Auffassung bereits jetzt nicht vom UWG erfasst.

Zunächst lässt sich anführen, dass Spendenwerbung, die überwiegend gemeinnützigen Zwecken dient, bei zutreffender Bewertung schon jetzt nicht vom UWG erfasst wird. Denn das UWG und die Richtlinie 2005/209/EG (UGP-Richtlinie) sehen vor, dass nur Handlungen, die unmittelbar mit der Absatzförderung in Verbindung stehen erfasst sein sollen. Erwägungsgrund 7 der UGP Richtlinie stellt zudem ausdrücklich klar, dass Handlungen, die vorrangig anderen Zielen dienen, nicht erfasst werden. Auch wenn die Rechtsprechung diese Vorgaben bisher überwiegend nicht umsetzt, handelt es sich damit eigentlich eher um eine Klarstellung als eine tatsächliche Änderung in der Sache.

2. Geänderte gesellschaftliche Erwartungen, insbesondere im Bezug auf soziales Engagement von Unternehmen

Soziales Engagement hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten erheblich an Bedeutung gewonnen. Insbesondere erwarten immer mehr Verbraucher, dass Unternehmen sich sozial engagieren (siehe Fußnoten 1 bis 4 in unserem Aufsatz und insb. der Corporate Social Mind Report aus dem März 2022). Daher überzeugt es nicht, Spendenwerbung im Bereich der Direktwerbung (§ 7 UWG) mit sonstiger Werbung gleichzusetzen und zu unterstellen, dass Verbraucher diese grundsätzlich als Belästigung wahrnehmen.

3. Insbesondere im Zusammenspiel mit dem Datenschutzrecht drohen „Chilling effects“ für soziales und gesellschaftliches Engagement

DSGVO und UWG finden nach herrschender Auffassung nebeneinander Anwendung, wobei die wettbewerbsrechtliche Beurteilung das Ergebnis der datenschutzrechtlichen Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO regelmäßig vorgeben oder jedenfalls indizieren soll. Dadurch hat sich der mögliche Bußgeldrahmen bei der (immer mit der Verarbeitung personenbezogener Daten verbundenen) Direktwerbung von maximal EUR 300.000 (vgl. § 20 Abs. 2 UWG) auf bis zu EUR 2.000.000 oder sogar 4% des Jahresumsatzes (vgl. Art. 83 Abs. 4 DSGVO) erhöht. Diese Risiken können dazu führen, dass insbesondere wirtschaftlich tätige Unternehmen sich im Zweifelsfall gegen die Unterstützung eines sozialen Projekts entscheiden.

Kontakt bei weiteren Fragen:

Daniela Henze, Leiterin Public Affairs und des Hauptstadtbüros
Französische Straße 12, 10117 Berlin, d.henze@ddv.de, +49 30 509 3209-33

Rechtsanwalt (Syndikus) Franz Peter Altemeier, Geschäftsführer und Leiter Recht
Französische Straße 12, 10117 Berlin, fp.altemeier@ddv.de, +49 30 509 3209-44

www.ddv.de

Über den DDV:

Der Deutsche Dialogmarketing Verband ist der größte nationale Zusammenschluss von Dialogmarketing-Unternehmen innerhalb der EU und gehört zu den Spitzenverbänden der Kommunikationswirtschaft in Deutschland. Als die treibende Kraft der Data Driven Economy repräsentiert der DDV Unternehmen, die Daten generieren oder für den professionellen datenbasierten und kundenzentrierten Dialog nutzen. Gemeinsam mit unseren Mitgliedern wollen wir substanzielle Mehrwerte durch individuelle Beziehungen zwischen Menschen, Marken und Unternehmen in einer vernetzten Welt schaffen. Schwerpunkte des Verbandsengagementssind politische Arbeit, Informationsaustausch, Qualitätssicherung und Nachwuchsförderung.